

# Konsesjoner og konkurranse – om krav fra fellesskapsretten til prosedyrer ved tildeling av offentlige tillatelser

Fagfellevurdert artikkel

Av professor dr. juris Hans Petter Graver

Krav om offentlig konsesjon er en restriksjon på EØS-avtalens friheter. Tildeling av en konsesjon som er et begrenset gode, kan i tillegg være opprettelse av en privilegert posisjon i markedet som kan utgjøre en særlig eller eksklusiv rettighet i konkurransereglene forstand. Denne artikkel beskriver de krav som EØS-avtalen stiller til den prosedyre forvaltningen skal følge ved tildeling av konsesjoner. Dersom man følger en anbudslignende prosedyre, vil EØS-avtalens krav være oppfylt. Det offentlige er likevel ikke bundet til en slik prosedyre, men kan tildele konsesjoner ut fra et individuelt skjønn og uten at en konkurranseprosedyre er fulgt. Dette forutsetter likevel at en slik tildelingsmåte kan begrunnes ut fra de hensyn som ligger bak ordningen, at konsesjonsordningen bygger på objektive og ikke diskriminerende krav, og at prosedyrene er upartiske og gjennomsiktige og avgjørelsene overprøvbare.

HANS PETTER GRAVER er født 1955, ble cand. jur. 1980, dr. juris 1986 og har siden 1993 vært professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. I årene 2000–2002 var han faglig leder ved ARENA. Han er tilknyttet markedsrettsprosjektet ved Institutt for privatrett og foreleser bl.a. i forvaltningsrett.

## 1 INNLEDNING

I nordisk forvaltningsrett er det tradisjon for at mange typer av aktiviteter trenger offentlig tillatelse eller konsesjon. Tildeling av konsesjon bygger på at adgangen til å drive en form for aktivitet er stengt gjennom et generelt forbud som det gjøres unntak fra etter søknad hvor søkeren oppfyller en rekke betingelser som er satt i loven. Bakgrunnen for at en aktivitet er regulert på denne måten, varierer fra område til område. Det er vanskelig å gi en uttømmende liste over hensyn som begrunner konsesjonsordninger. Hensynene er mange, og de har også utviklet seg over tid, i takt med utviklingen

i statens generelle samfunns- og næringsregulering. I noen tilfeller ønsker myndighetene å begrense antallet utøvere for å sikre en viss lønnsomhet for dem som får operere. Eksempel på slik regulering har vi i tillatelsene til å drive kollektivtrafikk. Begrensningsbehovet behøver ikke være knyttet til økonomi, men kan være knyttet til sosialpolitiske vurderinger, slik som reguleringen av hvor mange som skal få tillatelse til å skjenke alkohol. I andre tilfeller er det snakk om et gode som er begrenset, og som bare én eller noen få aktører kan utnytte, som for eksempel utbygging av vassdrag. I noen tilfeller tar en konsesjonsordning sikte på å gi myndighetene muligheter til å styre næringsutviklingen, som for eksempel i jordbruket eller finansnæringen. Endelig har vi konsesjonsordninger begrunnet i å gi myndighetene muligheter til å stille individuelle krav og utøve kontroll, som for eksempel tillatelser til forurensende utslipp eller til å tilby vaktjenester. Mange konsesjonsordninger er begrunnet i en sammensetning av flere hensyn.

Et hovedskille går mellom konsesjonsordninger der antallet konsesjoner er begrenset, på den ene side og konsesjoner som gis til alle som fyller vilkårene, på den annen side. I sistnevnte tilfelle snakker vi ofte om autorisasjons- eller godkjenningsordninger. Det er særlig den førstnevnte gruppen, der hvor konsesjon utgjør et begrenset gode, som jeg behandler i denne artikkelen.

Etter fellesskapsretten er alle konsesjonsordninger restriksjoner på friheten til å investere, etablere seg eller yte tjenester. En ordning med forutgående godkjenning «kan være til gene for præsteringen af sådanne tjenesteydelser eller gøre den mindre interessant, hvorfor den udgør en restriktion for den frie udveksling af tjenesteydelser». <sup>1)</sup> En konsekvens av at en godkjenningsordning anses som en restriksjon, er at den er underlagt fellesskapsrettens krav til forholdsmessighet. EF-domstolen har presisert forholdsmessighetskravene til konsesjonsordninger til bl.a. å innebære at ordningen må bygge på ikke-diskriminerende objektive kriterier som er kjent på forhånd, og som setter klare rammer for myndighetens skjønnsfrihet. <sup>2)</sup> De vilkår som settes for å få konsesjon, må også være forholdsmessige. <sup>3)</sup>

- 1) Se EF-domstolen sak C-205/99, *Analir m.fl. mot Administración General del Estado*, Saml. 2001 s. I-1271 avsnitt 22. På det område artikkelen behandler er EF-domstolens praksis like relevant for fortolkning av EØS-avtalen som fellesskapsretten, se for øvrig om EF-domstolens praksis som rettskilde i norsk rett Hans Petter Graver, *Internasjonale konvensjoner som rettskilde*, LoR 2003 s. 468–489.
- 2) Sak C-205/99, *Analir m.fl. mot Administración General del Estado*, Saml. 2001 s. I-1271 avsnitt 38. Se også bl.a. sak C-483/99, *Kommisjonen mot Frankrike*, Saml. 2002 s. I-4781.
- 3) Sak C-452/01, *Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung*, ennå ikke i Saml. (bo- og driveplikt ved konsesjon for landsbrukseiendom. I denne dommen slo EF-domstolen for øvrig fast at kapitalreglene skal anvendes identisk i EØS-avtalen).

Der hvor konsesjonen utgjør et begrenset gode, kan tildeling utgjøre «særlige eller eksklusive rettigheter» i forhold til EØS-avtalens artikkel 59. Hvis konsesjonen anses som en særlig eller eksklusiv rettighet, innebærer det at de rettigheter den gir, anses som en dominerende stilling etter artikkel 54, og den atferd konsesjonshaveren utviser i medhold av konsesjonen, må vurderes i forhold til misbrukskriteriet i denne bestemmelsen.<sup>4)</sup> Dersom tildelingen skjer ut fra objektive, forholdsmessige og ikke-diskriminerende kriterier, dreier det seg imidlertid ikke om en særlig eller eksklusiv rettighet i bestemmelsens forstand.<sup>5)</sup> Da vil bruk av artikkel 54 forutsette en markedsvurdering på vanlig måte for å konstatere om virksomheten eventuelt har en dominerende stilling. Kravet til objektivitet går både på spørsmålet om konsesjonen skal være en begrenset rettighet eller noe som gis til alle som oppfyller visse betingelser, og på kriteriene og prosedyrene for tildeling av konsesjon.

I markedsstaten er det nær sammenheng mellom tradisjonelle konsesjoner, tildeling av offentlige kontrakter og såkalte konsesjonskontrakter. Alle tre former kan være virkemidler der offentlige myndigheter samarbeider med private i å utføre samfunnsoppgaver innen for eksempel samferdsel, renovasjon og avfallsbehandling eller omsorg.<sup>6)</sup> Uansett det konkrete formålet representerer alle tre former en måte å gi en aktør en privilegert stilling i markedet på. De krav som stilles til saksbehandlingen, er dermed krav til måten denne aktøren skal plukkes ut på av mengden av potensielle aktører. Det er imidlertid også viktige forskjeller. Ved tildeling av en konsesjon opptrer det offentlige som myndighet overfor et marked som det regulerer adgangen til. Ved tildeling av en offentlig kontrakt er forholdet at myndighetene kjøper varer eller tjenester som ledd i sin egen virksomhet. Konsesjonskontrakter er en mellomform hvor det offentlige definerer de oppgaver som skal utføres, og velger ut en aktør som skal få utføre denne på egen regning og risiko, med et større eller mindre tilskudd fra det offentlige som vederlag for at

- 4) Se sak 26/75, General Motors mot Kommissjonen, Saml. 1975 s. 1367 hvor domstolen avgjorde at en ordning hvor det måtte innhentes et sikkerhetsbevis fra den autoriserte importøren ved privat import av biler, ga hver enkelt autorisert importør en dominerende stilling i markedet for sikkerhetsbevis uavhengig av markedsandelen til det bilmerket de representerte.
- 5) Se Sak C-302/94, The Queen mot Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications, Saml. 1996 s. I-6417 avsnitt 44 og 45.
- 6) For en fremstilling av spørsmål knyttet til statsstøtte og anbud ved konkurranseutsetting av kommunale oppgaver, se Marco Lilli i LoR 2004 s. 43–71. Se også om bruk av private rettssubjekter i offentlig virksomhet, Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten, Oslo 2002 kapittel 8.

oppgaven utføres.<sup>7)</sup> Tildeling av konsesjoner er klassisk myndighetsutøvelse, mens tildeling av kontrakter er utøvelse av eierrådighet og formuerettslig avtalekompetanse. Konsesjonskontrakter består av begge deler.

I denne artikkelen er temaet utelukkende fellesskapsrettens krav til forvaltningens prosedyrer når det tildeles konsesjoner. I motsetning til de krav som gjelder tildeling av offentlige kontrakter, finnes det ingen overgripende regulering av kravene på fellesskapsnivå. I norsk rett gjelder selvsagt forvaltningslovens regler. Men forvaltningsloven sier på sin side intet om valg mellom forskjellige tildelingsmåter som anbudsprosedyrer, «skjønnhetskonkurranser», bruk av faste kriterier eller rene forvaltningsprosedyrer basert på skjønnsmessige vurderinger.

I det følgende skal jeg se på hva kravene til objektivitet og forholdsmessighet innebærer for kriterier og prosedyrer for tildeling av en konsesjon. Særlig skal jeg se på i hvilken utstrekning de kan sies å pålegge medlemsstatene å tildele konsesjon på grunnlag av utlysning og anbudslignende prosedyrer. Dette spørsmålet dukker stadig opp i tilknytning til konsesjonstildelinger i Norge, sist i den celebre saken om utlysning av P4s radiokonsesjon.<sup>8)</sup> Generelt må det være riktig å si at dersom en konsesjon tildeles etter anbud, vil forholdsmessighetskravet være tilfredsstilt både i forhold til de fire friheter og konkurransereglene, dersom det å ha en konsesjonsordning i seg selv ikke er en uforholdsmessig restriksjon.<sup>9)</sup> Man kan likevel ikke slutte fra dette til å si at det er et krav etter fellesskapsretten at konsesjoner tildeles ved bruk av anbud eller konkurranseprosedyrer. I artikkelen ser jeg først på hvilke krav til prosedyrer som kan utledes av de generelle regler om de fire friheter og konkurransereglene. Deretter ser jeg på en del sentrale sekundærregler. For kontrastens skyld berører jeg også konkurransekravet i reglene om offentlige anskaffelser. Særlig i forhold til de konsesjonskontrakter som faller utenfor disse reglene, har Kommisjonen gått langt i å hevde at kravet i disse reglene må ha mer generell rekkevidde.

- 7) Forskrift om offentlige anskaffelser § 1-4 bokstav g definerer en bygge- og anleggskonsesjon som en bygge- og anleggskontrakt der vederlaget for arbeidene som skal utføres enten utelukkende består av retten til å utnytte byggverket eller i en slik rett sammen med betaling.
- 8) Se Sivilombudsmannens uttalelse i sak om klage fra P4 Radio Hele Norge ASA – spørsmål om konsesjonstildeling for riksdekkende reklamefinansiert radio (06.06.2003) 2003-0179B-1BDA.
- 9) Sammenlign EF-domstolens dom i sak C-280/00, Altmark Trans GmbH mot Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH, ennå ikke i Saml.

## 2 OVERSIKT OVER KRITERIER OG METODER FOR TILDELING AV KONSESJON

Utover de generelle regler i forvaltningsloven finnes det ingen bestemte krav til hvordan tildeling av konsesjoner skal skje etter norsk rett.<sup>10)</sup> Hvilken prosedyre som følges, varier fra område til område. Ut fra den praksis som følges på forskjellige områder, kan vi skille mellom forskjellige tildelingsmåter. Tildelingsmåtene kan grupperes ut fra de kriterier som brukes for avgjørelsen av om konsesjon skal gis, og den saksbehandling som følges. Et hovedskille når det gjelder tildelingskriterier, går mellom tildelinger som er basert på skjønn, og tildeling basert på faste regler. Et hovedskille når det gjelder saksbehandlingen, er tildelinger hvor initiativet kommer fortløpende fra den som søker konsesjon, og tildelinger hvor initiativet kommer fra det offentlige. Når det gjelder tildeling av konsesjoner, er den klare hovedregelen i norsk forvaltningsrett at utvelgelse og vilkår for tildeling er overlatt til forvaltningens skjønn. Det er neppe tilfeldig at det nettopp var i forhold til konsesjoner at domstolene utviklet teknikker for kontroll med forvaltningsskjønnet – skjenkebevillinger og drosjeløyver.

På mange områder brukes en fortløpende tildeling, dvs. at myndighetene tar stilling til om en konsesjon skal gis etter søknad. Dette er den vanlige formen der det ikke er noen begrensning på hvor mange konsesjoner som skal gis, men hvor konsesjon er avhengig av om søkeren oppfyller bestemte krav. Eksempel på dette har vi ved utslippstillatelser etter forurensningsloven. Fortløpende tildeling kan også benyttes der antallet konsesjoner er begrenset enten av naturlige eller av politiske grunner. Mange kommuner bruker en slik tildelingsform ved skjenkebevillinger. Innenfor elektronisk kommunikasjon har fortløpende tildelinger vært benyttet ved tildeling av radiofrekvenser. Fortløpende tildeling er også vanlig der konsesjoner er tidsbegrensede men fornybare, hvor det foretas en vurdering av om det skal gis ny konsesjon når den gamle løper ut.

Der hvor tildeling skjer etter initiativ fra myndighetene, må forvaltningen på en eller annen måte skaffe oversikt over hvem som er aktuelle for å få konsesjon. En vanlig måte å få slik oversikt på, er gjennom kunngjøring eller utlysning på annen måte om at det er aktuelt å tildele konsesjon. I de senere år er det blitt stadig mer vanlig å bruke konkurranse og anbudsmechanismer ved valg av hvem som skal få en konsesjon, og som metode for å fastsette betingelsene for konsesjonen. I Norge brukes anbudsformen bl.a. ved tildeling av konsesjon til å drive rutegående transport, radio, tv og telefoni.

10) Rt. 1998 s. 1398 innebærer at forvaltningslovens habilitetsregler får et noe annet innhold i forhold til heleide offentlige selskaper der de søker om konsesjon i konkurranse med private, se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 2. utg. Oslo 2002 s. 327–328.

Forut for en konsesjonstildeling har vi også ofte offentlige utlysninger selv om anbudsformens rigide saksbehandlingsregler ikke benyttes. Slik har for eksempel offentlig utlysning lang tradisjon ved tildeling av tillatelser til å utvinne undersjøiske petroleumforekomster, se nå petroleumsløven § 3-1. I tildeling av utvinningstillatelser ligger også element av forhandlinger, men auksjoner brukes ikke som virkemiddel.<sup>11)</sup> Det finnes på den annen side rettsområder hvor det ikke er noen tradisjon for utlysning eller konkurranse før tildeling av konsesjon, men hvor konsesjon vurderes i forhold til den som måtte søke. Eksempel på dette har vi i vannkraftutbygginger.<sup>12)</sup>

Det er selvsagt mange gode grunner som taler for at myndighetene foretar en utlysning før det tildeles konsesjoner. Særlig gjelder dette konsesjoner som gir rett til å utnytte et begrenset gode. Utlysning sikrer like muligheter for dem som er interessert i å delta til å søke om konsesjon, bidrar til at myndighetene kan få informasjon om aktuelle konsesjonshavere og sikrer åpenhet om at en konsesjon skal tildeles. I enkelte tilfeller kan det likevel være begrunnet å gjøre unntak fra en utlysning. Det kan tenkes at man på forhånd vet hvem som er aktuelle kandidater, eller at man ønsker å tildele konsesjon til en aktør ut fra spesielle hensyn. For eksempel åpner lov om retten til å delta i fiske og fangst § 16 for at konsesjon tildeles uten utlysning i forbindelse med behandling av en enkeltsak hvor det gjør seg gjeldende distriktmessige hensyn.<sup>13)</sup> Fornylse eller forlengelse av tillatelse blir på mange områder gitt uten utlysning. Mange konsesjoner forutsetter at søkeren på et privatrettslig grunnlag eier eller råder over en ressur som det trengs offentlig tillatelse til å utnytte. I slike tilfeller er det ikke vanlig med utlysning før saken tas opp.

Utlysninger kan i større eller mindre grad binde opp de kriterier forvaltningen skal benytte i tildelingen. I de senere årene har det innenfor kringkasting og telefoni vært vanlig med såkalte «skjønnhetskonkurranser» eller «tilbudskonkurranser» hvor myndighetene kunngjør et sett av kriterier som skal oppfylles av konsesjonshavere, og hvor konsesjonssøkerne i søknaden gjør rede for hvordan de tenker seg disse oppfylt. Myndighetene gir så konsesjonen til den av søkerne som de synes best oppfyller de krav myndighetene har til tjenesten. I noen tilfeller brukes en mer formalisert anbudsform, se for eksempel yrkestransportloven § 8. I slike tilfeller vil myndighetene ha bundet seg til å gi konsesjonen på grunnlag av de kriterier som er kunngjort, uten muligheter til å trekke andre momenter inn i en skjønsmessig vurdering av hvem som skal tildeles konsesjonen, se Rt. 1998 s. 1398.<sup>14)</sup>

11) Se Finn Arnesen, *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, Oslo 1996 s. 131.

12) Se for en oversikt over systemet her, Kjell Haagensen og Odd Stiansen, *Vannkraftutbygging i Falkanger og Haagensen* (red.) Vassdrags- og energirett, 2. utg., Oslo 2002.

13) Se Ot.prp. nr. 67 (1997–1998) merknad til § 16.

14) Se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* s. 257–258.

En annen variant av en regulert tildelingsmåte har vi hvor konsesjon tildeles etter en auksjon. En auksjon er karakterisert ved at potensielle konsesjonshavere inngir pristilbud til myndighetene. På denne måten ønsker myndighetene både å få et vederlag for konsesjonen og sikre seg en mer effektiv fordeling av knappe ressurser i den forstand at den som kan betale mest for rettene, også er den som best er i stand til å gjøre nytte av ressursen.<sup>15)</sup> Det har siden 1990-tallet vært en internasjonal trend mot bruk av auksjoner. Auksjon ble brukt som tildelingsmetode i Norge ved fordelingen av frekvensretter i 900 og 1800 MHz båndene høsten 2001.

### 3 FELLESKAPSRETTLIGE KRAV TIL KRITERIER OG METODER FOR TILDELING AV KONSESJON

#### 3.1 Oversikt

I traktatverket finnes ingen uttrykkelige krav til medlemsstatenes prosedyrer ved tildeling av konsesjoner eller andre offentlige tillatelser. Medlemsstatens nasjonale forvaltningsrett er ikke harmonisert. Her som ellers er likevel ikke nasjonal forvaltningsrett upåvirket av fellesskapsrettens krav. Siden en konsesjonsordning per definisjon griper inn i en av traktatens frihetsrettigheter, stilles det krav til den nasjonale forvaltningsprosess under behandlingen av en konsesjonssak.<sup>16)</sup> Disse kravene følger først og fremst av ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet og innebærer særlig at behandlingen skal være åpen og kontrollerbar og avgjørelsen skje ut fra kjente og objektive kriterier. Effektivitetshensynet taler også for åpenhet og kontrollerbarhet i prosedyrene. I den utstrekning en konsesjon innebærer tildeling av en dominerende markedsposisjon, kan det også tenkes krav til saksbehandlingen utledet av EØS-avtalens artikkel 59.

Det finnes heller ingen overgripende regulering av medlemsstatenes tildeling av konsesjoner på sekundærregelnivå. Mangel på generell harmonisering har flere ganger vært tatt opp av EUs økonomiske og sosiale utvalg, se for eksempel uttalelsen fra 2001 som gir en oversikt over rettstilstanden og forslag til hva en regulering bør inneholde.<sup>17)</sup> Uttalelsen er særlig fokusert på såkalt «offentlig og privat samarbeide» og passer ikke like godt for den typen konsesjoner som er mitt hovedanliggende i denne artikkelen,

15) Se St.meld. nr. 32 (2001–2002) Om situasjonen i den norske mobilmarknaden pkt. 3.3.2 Tildeling av konsesjoner for mobilkommunikasjon.

16) Se generelt Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten, Oslo 2002 s. 83 flg.

17) Det Økonomiske og Sosiale Utvalgs uttalelse om «Styrkelse af lovgivningen om koncessioner og kontrakter vedrørende offentlige og private partnerskaber», EF-Tidende nr. C 014 av 16/01/2001 s. 0091–0099.

nemlig konsesjoner som regulerer tilgangen til markedet uten at den som får tilgang utfører en oppgave på vegne av det offentlige eller spesielt i statens eller kommunens interesse.

På en rekke områder er det gitt sekundærregler som også inneholder mer detaljerte krav til saksbehandlingen. Særlig tett er reguleringen av tidligere monopoliserte offentlige tjenester innen samferdsel, kommunikasjon og kraftforsyning. Det pågår også en diskusjon om hvor langt reglene for offentlige anskaffelser og de prinsipper som er utviklet gjennom disse, får anvendelse for konsesjonstildelinger. En gruppe konsesjoner, konsesjonskontrakter i bygg og anlegg (for eksempel tillatelsen til å kreve bompenger i tilknytning til en privat finansiert vei) går direkte under anskaffelsesreglene.

I det følgende skal jeg gjennomgå de krav som kan utledes av traktatreglene og gi en kort oversikt over reglene i en del sentrale direktiver. Avslutningsvis trekker jeg noen hovedkonklusjoner.

### 3.2 Krav til tildelingen ut fra generelle fellesskapsrettslige prinsipper

#### 3.2.1 Fire friheter

Det finnes ingen rettspraksis som direkte avgjør spørsmålet om den forvaltningsmessige behandlingsmåte av konsesjonssaker i forhold til traktatens generelle regler. Det finnes imidlertid dommer som indirekte kan si noe om hvilke krav som eventuelt kan utledes av fellesskapsrettens generelle prinsipper om forbud mot restriksjoner på de fire friheter, forbud mot forskjellsbehandling og kravet til ikke å begrense konkurransen gjennom særrettigheter.

Det fremgår av EF-domstolens dom i Unitron Scandinavia<sup>18)</sup> at det materielle kravet til likebehandling inneholder krav til åpenhet, men ikke med nødvendighet et krav til tildeling på grunnlag av en anbudsprosedyre. Saken dreide seg om en anskaffelseskontrakt, men reglene om offentlige anskaffelser kom ikke til anvendelse fordi kjøperen ikke var myndighet som falt inn under direktivenes krav. EF-domstolen slo imidlertid fast at forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling kom til anvendelse på kontraktstildelingen, og uttalte seg om hva dette forbudet innebar av krav til saksbehandlingen. Domstolen sa her at «en ordregivende myndighet ikke skal krøve, at det pågældende organ overholder udbudsprocedurerne i direktiv 93/36», samtidig som den sa at «princippet om, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er tilladt, ikke må fortolkes indskrænkende. Dette indebærer navnlig en gennemsig-

18) Sak C-275/98 Unitron Scandinavia A/S og 3-S A/S, Danske Svineproducenters Service-selskab mot Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri, Saml.1999 s. I-08291.



tighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan fastslå, at princippet overholdes».

En sentral avgjørelse fra EF-domstolen om konsesjonskontrakter er *Telaustria*.<sup>19)</sup> Heller ikke denne saken falt inn under reglene om offentlige anskaffelser. Krav til tildelingsprosedyren måtte derfor utledes på grunnlag av traktatens generelle bestemmelser. I denne saken uttalte domstolen:

«Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om de pågældende aftaler på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 93/38, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed.

Som Domstolen fastslog i sin dom af 18. november 1999, sag C-275/98, *Unitron Scandinavia* og 3-S (Sml. I, s. 8291, præmis 31), indebærer dette princip navnlig en gennemsigtighedsforpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at princippet overholdes.

Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelse for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.»

Telekom Austria hadde i denne saken kunngjort en oppfordring om å komme med tilbud, slik at saken ikke direkte gjaldt spørsmål om en offentlig myndighet må bruke en anbuds- eller konkurranseprosedyre ved tildeling av en konsesjon. Dommen er således direkte bare avgjørende for de krav som stilles til offentlighet og konkurranse når det er utgått en offentlig oppfordring i markedet. Det som denne dommen bringer inn i tillegg til åpenhetskravet som ble slått fast i *Unitron Scandinavia*, er kravet om upartiske prosedyrer.

Generaladvokat Fennelly fremhever i premiss 43 i sin uttalelse i saken at kravene til likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet særlig skal «sikre en grundlæggende retfærdighed og åbenhed i tildelingsprocedurerne (min uthevelse)». Samtidig understreker han at dette ikke innebærer at den ordregivende myndighet er forpliktet til å anvende reglene om offentlige anskaffelser analogt.

Spørsmålet om det foreligger en generell plikt på grunnlag av traktatbestemmelsene til å gjennomføre en utlysingsprosedyre ved valg av samarbeidspartner, er berørt av generaladvokat Alber i *RI.SAN Srl mot Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA og Ischia*

19) Sak C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH og Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, Saml. 2000 s. I-10745 premiss 60–62.

Ambiente SpA. EF-domstolen tok ikke stilling til realiteten i saken fordi den etter domstolens mening ikke inneholdt noe grenseoverskridende element. Generaladvokaten avgrenset mot spørsmålet om det gjelder et utlysningskrav, men uttalte likevel at det ikke er åpenbart at en forpliktelse til å gjennomføre en anbudsprosedyre kan utledes av traktaten.<sup>20)</sup> Vi ser med andre ord fra EF-domstolens praksis at likebehandlingskravet klart innebærer krav til åpenhet og upartiskhet, men ikke så klart et krav til utlysning og konkurranseprosedyrer.

De nevnte sakene er saker fra grenselandet mot offentlige anskaffelser og konsesjonskontrakter. Kravene til likebehandling, gjennomsiktighet og upartiskhet gjelder imidlertid ikke bare i forhold til såkalte konsesjonskontrakter, men er et generelt krav til enhver form for offentlig godkjennelsesordning som innebærer en restriksjon på de fire friheter. I tillegg kommer et krav til forholdsmessighet, fordi en konsesjonsordning som bygger på forbud mot etablering eller tjenesteytelse, per definisjon utgjør en restriksjon i forhold til de fire friheter. I en sak mot Frankrike om regler som gir adgang til skjønnsmessig godkjenning av aksjer i privatiserte selskaper («Golden shares») uttaler domstolen:

«For så vidt angår en forudgående administrativ godkennelsesordning ... har Domstolen allerede fastslået, at den skal være forholdsmessig ud fra det tilstræbte mål på en sådan måde, at det samme mål ikke kan realiseres ved mindre restriktive foranstaltninger, navnlig ved en ordning med efterfølgende anmeldelser. ... En sådan ordning skal bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling og kendt på forhånd af de berørte virksomheder, og enhver person, der er berørt af en sådan restriktiv foranstaltning, skal kunne have retsmidler til rådighed.»<sup>21)</sup>

Også forholdsmessighetskravet rommer med andre ord krav til prosedyrer og tildelingskriterier i retning av åpenhet, upartiskhet, forutberegnelighet og overprøvrbarhet. Siden disse kravene er ledd i et krav til forholdsmessighet, innebærer det at de kan fravikes, men bare i den utstrekning det kan begrunnes i de almene hensyn som berettiger restriksjonen. Dette innebærer at både det forhold at en aktivitet krever konsesjon, og den nærmere utforming av ordningen med hensyn til kriterier og saksbehandling, må kunne begrunnes ut fra læren om almene hensyn.

Konklusjonen av gjennomgangen av rettspraksis er at saksbehandlingen ved tildeling av konsesjoner må tilfredsstille generelle krav til likebehandling, gjennomsiktig-

20) Sak C-108/98 Saml. 1999 side I-05219 avsnitt 38.

21) Sak C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike, Saml. 2002 side I-4781 premiss 46.

het og upartiskhet. Det er imidlertid intet generelt krav til at tildeling må skje ut fra anbud eller andre konkurranseprosedyrer.

### 3.2.2 Foretak med særlige eller eksklusive rettigheter

I tillegg til de krav som kan utledes til konsesjonsordninger av reglene om de fire friheter, kan det være av interesse å se hvilke krav som eventuelt kan utledes av konkurransereglene, og da særlig EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1. Siden denne bestemmelsen gjelder virksomheter som medlemsstatene har tildelt særrettigheter, kan det tenkes at det kan utledes krav ikke bare til omfanget av rettighetene, men også prosedyrene og kriteriene for tildeling. Som nevnt ovenfor følger det av rettspraksis at hvis konsesjonen tildeles ut fra objektive regler uten innslag av skjønn, så dreier det seg ikke om tildeling av særlige eller eksklusive rettigheter i konkurransereglenes forstand. Dersom grunnlaget for å begrense tilgangen er skjønnspreget, kan man imidlertid spørre om bestemmelsen stiller krav til tildelingskriteriene og -prosedyren, som betingelse for at det særlige unntaket fra konkurransereglene i bestemmelsens nr. 2 skal komme til anvendelse. Det er selvsagt sammenheng mellom disse to spørsmål, siden tildeling av en konsesjon etter en anbudsprosedyre vil være en tildeling ut fra objektive kriterier uten innslag av skjønn. Spørsmålet blir derfor om bestemmelsen stiller krav til tildelingsmåten der det offentlige ikke velger en anbudsprosedyre.

Utgangspunktet etter de generelle regler er at medlemsstatene kan velge om de selv vil drive en kommersiell aktivitet, om de vil gi lisens til offentlig- eller privateide virksomheter, eller om de vil overlate det økonomiske liv til private virksomheter uten et offentlig engasjement.<sup>22)</sup> EF-domstolen har i *Ambulanz Glöckner*<sup>23)</sup> gitt følgende forklaring på hva som ligger i begrepet «særlig eller eksklusiv rettighet»:

«Ved en lovbestemmelse indrømmes der et begrenset antal virksomheder en beskyttelse, og denne er egnet til på afgørende vis at påvirke andre virksomheders mulighet for at udøve den pågældende økonomiske virksomhed inden for samme område på i det væsentlige tilsvarende vilkår.»

Artikkel 59 nr. 1 slår fast at «når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EFs medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller opprettholde tiltak som strider mot reglene i denne

22) Se Fejø, EU-konkurranceret almindelig del 3 utg., København 2003 s. 169.

23) Sak C-475/99 Firma Ambulanz Glöckner mod Landkreis Südwestpfalz, Saml. 2001 side I-8089 premiss 24.

avtale, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63». Etter sin ordlyd legger ikke bestemmelsen selv begrensninger på avtalepartenes adgang til å gi foretak særlige eller eksklusive rettigheter. Hvor langt medlemsstatene kan gå i å forbeholde visse aktiviteter til virksomheter med konsesjon, og dermed begrense andre virksomheters markedsadgang, må bedømmes etter andre regler i traktaten, særlig etableringsreglene og tjenesteytingsreglene.

Det kan likevel reises spørsmål om artikkel 59 selv utgjør en selvstendig begrensning i medlemsstatenes adgang til å tildele særlige og eksklusive rettigheter. Hvis den tolkes slik, vil det ha den betydning at det ikke bare må være forholdsmessig å begrense den frie tilgang til markedet, men også det å tildele konsesjon ut fra en skjønsmessig vurdering av hver enkelt sak må begrunnes særskilt. Etter de fire friheter er det med andre ord nektelse av konsesjon som må være proporsjonal, mens det eventuelt etter artikkel 59 vil være tildelingen som må være proporsjonal. I mange tilfeller vil dette være to sider av samme sak, men det kan tenkes tilfeller hvor det kan ha særlig betydning å konstatere at artikkel 59 utgjør en selvstendig skranke for medlemsstatene.

Hvis man legger til grunn at det gjelder krav til proporsjonalitet ved tildelingen av særlige eller eksklusive rettigheter, kan man hevde at dersom særlige hensyn begrunner at bare en eller et fåtall tildeles en rett til å drive en form for virksomhet, for eksempel fordi det er begrenset plass, så er der ikke dermed sagt at konkurranse kan utelukkes i valget av dem som skal få tildelt de angjeldende rettigheter. Tvert imot kan det anføres at de formål som ligger bak konkurransereglene, herunder hensynet til effektiv ressursutnyttelse, ofte vil tilsi at konkurranse anvendes så langt det er mulig. På den annen side ligger i dette at konkurranse ikke er noe krav i seg selv, det er nettopp etter artikkel 59 nr. 2 mulig å begrense konkurransen der dette er nødvendig i forhold til de mål som skal nås med angjeldende regulering. Bestemmelsen som sier at «foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem». Det kan derfor ikke utledes noe ubetinget krav om at rettigheter tildeles på grunnlag av konkurranse der hvor dette rettslig eller praktisk hindrer avtalepartene fra å realisere de mål som skal forfølges gjennom etableringen av et konsesjonssystem. Skal det velges en annen tildelingsmåte enn en konkurranseprosedyre, må dette imidlertid begrunnes med at en slik tildeling vil hindre myndighetene i å oppnå sine mål med konsesjonsordningen.

Svaret på om artikkel 59 legger en slik begrensning på tildelingsmåten, er usikkert. Etter EF-domstolens praksis må artikkelens nr. 1 ses i sammenheng med nr. 2. I Corbeau, som gjaldt det belgiske postmonopolet, uttaler domstolen:<sup>24)</sup>

«Således bestemmes det i artikkel 90, stk. 1 [nåværende artikkel 86, som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 59, min anmerkning] at medlemsstatene for så vidt angår offentlige virksomheter og virksomheter, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheter, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med bl.a. traktatens konkurrence-regler.

Artikel 90, stk. 1, skal læses i sammenheng med stk. 2, hvori det hedder, at virksomheter, der har fået overdraget at utføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er underkastet konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller praktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem.

Sidstnevnte bestemmelse gjør det således muligt for medlemsstatene at indrømme virksomheter, som de overdrager utførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eksklusive rettigheter, der kan begrense anvendelsen af traktatens konkurrence-regler, i det omfang en begrensning af konkurransen eller en udelukkelse af enhver konkurranse fra andre erhvervsdrivendes side er nødvendig for, at de virksomheter, der er indrømmet eksklusive rettigheter, kan utføre de særlige opgaver, som er betroet dem.»

I denne saken var det spørsmål om Corbeau hadde gjort noe ulovlig da han i strid med belgiske regler hadde opprettet en lokal, rask posttjeneste. EF-domstolen gikk inn i en vurdering av om reglene som forbeholdt alle slags posttjenester for postmonopolet var forenlig med artikkel 59. Her la EF-domstolen et proporsjonalitetskrav inn i tolkningen av art. 59 nr. 1. Tildeling av særlige og eksklusive rettigheter, dvs. den begrensning av konkurransen som ligger i dette, kunne bare skje i den utstrekning det er nødvendig for å nå de hensyn som tilsier tildelingen av de særlige eller eksklusive rettighetene.<sup>25)</sup>

På bakgrunn bl.a. av denne avgjørelsen er det hevdet at EF-domstolen med en rekke avgjørelser på åtti- og nittitallet, hvor Corbeau var den mest generelle, endret det tradisjonelle utgangspunktet om at det å tildele en enerett i seg selv ikke er i strid med konkurransereglene. Det hevdes at utgangspunktet nå tvert imot er at en enerett bare kan tildeles så langt det er nødvendig og kan rettfærdiggjøres ut fra reglene i artikkel 59 nr. 2.<sup>26)</sup> Det er imidlertid også hevdet at domstolen senere har fraveket dette proporsjona-

24) Sak C-320/91 Corbeau, Saml. 1993 side I-02533 premiss 12–14.

25) Se nærmere Richard Whish, *Competition Law*, 4th edition, London 2001 s. 201.

26) Se Anthony Gardner, *The Velvet Revolution: Article 90 and the Triumph of the Free Market in Europe's Regulated Sectors*, 1995 *European Competition Law Review* 2 s. 263–272.

litetskravet.<sup>27)</sup> De sakene hvor domstolen har fulgt opp Corbeau, synes å ha det til felles at den enerett som er tildelt, gir vedkommende foretak en reguleringskompetanse, dvs. en adgang til å regulere andre foretaks tilgang til markedet.

På telekommunikasjonsområdet er rettstilstanden uttrykkelig slik at en rettighet som er tildelt etter objektive, forholdsmessige og ikke-diskriminerende kriterier, ikke anses som en «særlig rettighet».<sup>28)</sup> Dette innebærer at dersom konkurranse velges i tildelingen, er det ikke nødvendig å underkaste innholdet av rettighetene en nærmere konkurranserettslig analyse i medhold av artikkel 59 nr. 2. Dette er i så fall på linje med den tilnærming EF-domstolen har trukket opp i forhold til anvendelse av statsstøttereglene på vederlag som betales for utførelsen av offentlige oppgaver.<sup>29)</sup> I litteraturen har det vært hevdet at dette prinsippet også må anvendes på andre områder ved tolkningen av artikkel 59.<sup>30)</sup> I alle fall i de tilfeller hvor antallet rettighetsposisjoner som gis ikke er begrenset, er det vanskelig å snakke om en særlig eller eksklusiv rettighet, selv om den forutsetter en offentlig tillatelse og ikke kan utøves direkte på grunnlag av en lovbestemmelse eller den alminnelige handlefrihet.<sup>31)</sup> Hvis derimot antallet tillatelser er begrenset uten at dette har en objektiv begrunnelse, er det vanskelig å snakke om at rettigheter er tildelt på bakgrunn av objektive, forholdsmessige og ikke-diskriminerende kriterier.

I visse situasjoner hvor det er andre forhold enn statens lovgivning som begrenser deltakelsen fra andre virksomheter, dvs. naturlige monopoler, kommer ikke artikkel 59 til anvendelse selv om staten beskytter foretakenes rettigheter. Når det gjelder tildeling av immaterielle enerettigheter, som for eksempel patenter, regnes dette ikke som tildeling av en særlig eller eksklusiv rettighet etter artikkel 59, fordi tildelingen av særretten ikke beror på noe skjønn fra myndighetenes side. Samme type resonnement kunne man anføre hvor staten tildeler en tillatelse til å utnytte en begrenset ressurs. I slike tilfeller vil det likevel kunne sies å være tale om en særlig eller eksklusiv rettighet dersom rettighetshaveren utpekes etter kriterier som ikke anvendes generelt og likt for

27) Whish, *op. cit.* s. 200 sier det slik at «it is possible that this was the 'high tide' of intervention under Article 86 (1)», eller at det nevnte proporsjonalitetskravet i alle fall ikke kan gjelde generelt. I samme retning Alison Jones og Brenda Sufirin, *EC Competition Law*, Oxford 2001 s. 450–456.

28) Kommissjonensdirektiv 2002/77/EF av 16. september 2002 om konkurranse på markedene for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester artikkel 1 nr. 6.

29) Se sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, ennå ikke i saml.

30) Whish, *Competition Law*, 4th edition, London 2001 s. 193.

31) Se EF-domstolens dom i sak C-302/94, *The Queen mod Secretary of State for Trade and Industry*, *ex parte British Telecommunications*, Saml. 1996 s. I-6417.

alle. Denne innfallsvinkelen ble benyttet av kommisjonen i beslutning av 4. oktober 1995 om driftsbetingelsene for den annen utbygning av GSM- mobilradiokommunikasjon i Italia.<sup>32)</sup> Dette innebærer at anvendelse av kriterier som er spesielt tilpasset den som tildeles konsesjon, i tilfelle må begrunnes etter artikkel 59 nr. 2.

### 3.3 Sekundærregler og kriterier og prosedyrer for tildeling av offentlige rettigheter

På en rekke rettsområder gjelder det fellesskapsrettslige sekundærregler både om innholdet av konsesjonsordninger og om krav til måten de tildeles på. Ser vi på sekundærregler for tildeling av konsesjoner på forskjellige områder, finner vi intet entydig bilde.

Tildeling av konsesjon til utvinning og produksjon av petroleum er regulert av *oljedirektivet*.<sup>33)</sup> I fortalet til dette direktivet er hensynet til lik tilgang til konsesjon understreket:

«Det bør uten forskjellsbehandling sikres adgang og mulighet til å utøve virksomhet i forbindelse med leting etter og utvinning av hydrokarboner på vilkår som fremmer konkurransen i denne sektor, slik at den best mulige leting etter og utvinning av medlemsstatenes ressurser fremmes og integrasjonen i det indre energimarked styrkes.

For dette formål er det nødvendig å fastsette felles regler som sikrer at framgangsmåtene for tildeling av tillatelse til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner er åpne for alle enheter som har den nødvendige kapasitet. Tillatelser må tildeles på grunnlag av objektive og offentliggjorte kriterier. Alle enheter som deltar i framgangsmåten, må dessuten på forhånd være kjent med vilkårene for tildeling.»

For å nå målet om mulighet til å utøve virksomhet på vilkår som fremmer konkurransen i denne sektor, bestemmer direktivet artikkel 3 at tillatelser skal tildeles etter en offentlig kunngjøring som skal angi tillatelsens art, det eller de geografiske område(r) som helt eller delvis er eller kan være gjenstand for søknaden, samt den forventede datoen eller fristen for tildeling av tillatelsen. Dette direktivet gir med andre ord, i motsetning til bl.a. tillatelsesdirektivet for telesektoren, uttrykkelige regler om prosedyren som skal følges ved konsesjonstildelinger som innebefatter krav til en utlysning før en konsesjon gis.

*Gassmarkedsdirektivet* overlater til medlemsstatene spørsmålet om det skal kreves tillatelse til bygging eller drift av naturgassanlegg.<sup>34)</sup> Men dersom medlemsstatene har et

32) EF-Tidende nr. L 280 av 23/11/1995 s. 49–57.

33) Europaparlaments- og rådsdirektiv 94/22/EF av 30. mai 1994 om vilkårene for tildeling og bruk av tillatelser til å drive leting etter og utvinning av hydrokarboner.

34) Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/30/EF av 22. juni 1998 om felles regler for det indre marked for naturgass.

tillatelsessystem, følger det av artikkel 4 nr. 2 at de «skal fastsette objektive og ikke-diskriminerende kriterier som skal oppfylles av foretak som søker om tillatelse til å bygge og/eller drive naturgassanlegg, eller som søker om tillatelse til å levere naturgass. De ikke-diskriminerende kriteriene og framgangsmåtene for tildeling av tillatelser skal offentliggjøres.» Direktivet stiller med andre ord ikke krav om at det skal skje en offentlig kunngjøring før tildeling av lisenser eller konsesjoner. I direktivets fortale pkt. 17 er nevnt at «det bør innføres grunnleggende kriterier og framgangsmåter for tillatelsene som medlemsstatene kan gi for bygging eller drift av de aktuelle anleggene innenfor rammen av sine nasjonale systemer». Det sies imidlertid straks videre at «disse bestemmelsene bør ikke berøre gjeldende bestemmelser i den nasjonale lovgivning om krav om tillatelse til bygging eller drift av de aktuelle anleggene. Dette kravet bør imidlertid ikke føre til at konkurransen mellom foretakene på dette området begrenses.» Direktivet åpner med andre ord bevisst opp for at medlemsstatene selv velger den ordning de vil ha for å tildele konsesjoner og tillatelser innenfor rammen av det generelle forbudet mot forskjellsbehandling.

*Elektrisitetsdirektivet* artikkel 4 bestemmer uttrykkelig at «ved opprettelse av ny produksjonskapasitet kan medlemsstatene velge mellom en konsesjonsprosedyre og/eller en anbudsprosedyre. Ved bruk av konsesjon og anbud skal det anvendes objektive, oversiktlige og ikke-diskriminerende kriterier.»<sup>35)</sup> Direktivet åpner med andre ord uttrykkelig for bruk både av forvaltningsbaserte og konkurransebaserte prosedyrer.

*Sekundærregelverket for elektronisk kommunikasjon* består av et generelt direktiv, rammedirektivet<sup>36)</sup> og fire spesifikke direktiver. I vår sammenheng er det det såkalte tillatelsedirektivet som er av interesse.<sup>37)</sup>

Utgangspunktet etter tillatelsedirektivet artikkel 3 er at medlemsstatene skal sikre fri adgang til å utby elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester. Bare der det er nødvendig å tildele individuelle bruksrettigheter til radiofrekvenser og numre, kan antallet bruksrettigheter begrenses og gjøres avhengig av konsesjon. I dette ligger et proporsjonalitetskrav. Den aktuelle bestemmelse i direktivet når det gjelder tildeling og vilkår for en frekvenstillatelse, er artikkel 7. Denne bestemmer:

35) Europaparlaments- og rådsdirektiv 96/92/EF av 19. desember 1996 om felles regler for det indre marked for elektrisitet. For en oversikt over reguleringen inn elektrisitets- og telekommunikasjonssektorene med vekt på den materielle siden se Ulf Hammr, EC secondary legislation of network markets and public service: an economic and functional approach, *Journal of Network Industries* 3: 39–75, 2002.

36) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/21/EF av 7. mars 2002 om felles rammebestemmelser for elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester.

37) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/20/EF av 7. mars 2002 om tillatelser til elektroniske kommunikasjonsnett og -tjenester.



«Hvis det er nødvendig at begrænse tildelingen af brugsrettigheder til radiofrekvenser, tildeler medlemsstaterne sådanne rettigheder på grundlag af udvælgelseskriterier, som skal være objektive, transparente, ikke-diskriminerende og forholdsmæssigt afpassede.»

Bestemmelsen gir ingen uttrykkelige krav til saksbehandlingen, men sier:

«Hvis der bruges konkurrenceprægede eller sammenlignende udvælgelsesprocedurer, kan medlemsstaterne forlænge den i artikel 5, stk. 3 omhandlede maksimumperiode på seks uger så meget, som det måtte være nødvendigt for at sikre, at sådanne procedurer er retfærdige, rimelige, åbne og transparente for alle interesserede parter, dog højst med otte måneder.»

Direktivene inneholder ingen klare føringer på utformingen av saksbehandlingsreglene og hvordan valget av dem som skal få konsesjon skal skje. Forarbeidene viser at dette spørsmålet var omstridt. I sin kommunikasjon fra 1999 sier Kommisjonen:<sup>38)</sup>

«Since the availability of radio spectrum is limited, governments, being responsible for the distribution of the resource, should ensure that consumers and market players derive the maximum economic and social benefit from such a resource. This involves making difficult choices between competing demands for radio spectrum use, often between commercial and non-commercial users as well as between applicants wishing to provide similar services. As a consequence, new mechanisms, such as auctions and administrative pricing, are being introduced to supplement traditional administrative tools for distributing scarce resources efficiently. However, care is needed to ensure that the combination of administrative fees and special charges for certain players, such as mobile operators, does not render their activities uneconomic. Naturally, authorities responsible for radio spectrum management will need to balance the needs of commercial and non-commercial uses of radio spectrum and apply appropriate rules accordingly.»

Kommisjonen gikk som vi ser ganske langt i å antyde at valget av kommersielle operatører bør skje ut fra konkurransebaserte prosedyrer og auksjoner. Det kom flere innvendinger mot dette under høringen, og i oppsummeringen av høringen av kommunikasjonen sier Kommisjonen bl.a. at det var delte oppfatninger under høringen om bruk av auksjoner, men at oppfatningene blant medlemsstatene entydig gikk i retning

38) COM (1999) 539 COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services pkt. 4.3.

av at det måtte være opp til den enkelte medlemsstat å fastlegge de prosedyrer som anses formålstjenelige.<sup>39)</sup>

På denne bakgrunn må det kunne konkluderes med at når direktivet ikke uttrykkelig krever bestemte prosedyrer ved tildeling av konsesjoner, beror det på et bevisst valg om ikke å binde medlemsstatene til en bestemt løsning. Selv om forholdet til tidsbegrensning av konsesjonene ikke er uttrykkelig drøftet i disse kommunikasjonene, er hovedfokus i drøftelsene på å balansere forholdet til økonomisk effektivitet og konkurranse, teknisk utvikling for å frigjøre frekvenskapasitet og hensynet til operatørene. For de spørsmål som drøftes uttrykkelig, spørsmålet om bruk av auksjoner, prising av frekvenstillatelser og etablering av adgang til annenhånds omsetning, betoner både Kommisjonen og høringsinstansene behovet for å foreta forsvarlige avveininger på medlemsstatsnivå og fraværet av ensartede løsninger som kan begrunne harmonisering på fellesskapsnivå. Dette tilsier at også valget mellom å tidsbegrense eller ikke å tidsbegrense konsesjonene ligger til medlemsstatene.

Vi ser ut fra denne gjennomgangen at det på området for sekundærregelverk ikke er noen enhetlig tilnærming til bruk av konsesjoner, konsesjonsvilkår eller saksbehandling for å fremme konkurranse og likebehandling. Dette er uttrykk for at de krav som stilles, må tilpasses de aktuelle tekniske, økonomiske og politiske forhold. I tråd med dette uttaler kommisjonen i grønnboken om tjenester av almen økonomisk betydning:<sup>40)</sup>

«The Community has adopted different regulatory strategies for different network industries and services of general interest. This is because these industries are indeed different and at different stages of the liberalisation process. They differ notably in their profitability, their production structure, their capital intensity, their methods of service delivery, and their demand structure.»

Det har vært diskutert om det kan stilles generelle prosessuelle krav og krav til tildeling av kommersielle posisjoner fra det offentlige med grunnlag i reglene om offentlige anskaffelser. Særlig har dette vært hevdet i forhold til såkalte konsesjonskontrakter, dvs. utføring av oppdrag om å utføre en offentlig oppgave som anlegg og drift av en vei eller trafikkroute, hvor utførelsen skjer på foretakets egen regning og risiko, og hvor det offentliges vederlag helt eller delvis består av retten til å utnytte anlegget. Dersom det

39) COM (2000) 239 final COMMUNICATION FROM THE COMMISSION The results of the public consultation on the 1999 Communications Review and Orientations for the new Regulatory Framework pkt. 4.2.

40) Green paper on services of general interest COM/2003/0270 final avsnitt 71.

er tale om bygg og anlegg, går slike konsesjonskontrakter direkte inn under anskaffelsesreglene. Er det imidlertid tale om ren tjenesteyting omfattes forholdet ikke av disse reglene. Dette vil i det nye direktivet som ventes vedtatt våren 2004, uttrykkelig bli fastslått i artikkel 17.

Selv om konsesjonskontrakter generelt ikke går inn under anskaffelsesdirektivene, har det vært hevdet at tildeling må skje på grunnlag av kunngjøring og konkurranse. Kravene til bruk av offentlig kunngjøring og konkurranse utenfor direktivenes område har vært hevdet å hvile på generelle EF-rettslige prinsipper. Kommisjonen har i sin fortolkningsmeddelelse om konsesjoner i EU-lovgivningen lagt til grunn at krav til konkurranse, offentliggjøring og utforming av tildelingskriterier kan utledes av traktatens regler om de fire friheter gjennom prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. Denne fortolkningsmeddelelse omfatter etter sin ordlyd bare konsesjonskontrakter og ikke «tilfælde, hvor en offentlig myndighed udsteder en bemyndigelse eller en tilladelse til at udøve en økonomisk aktivitet, selv om disse i visse medlemsstater betragtes som koncessioner». I den utstrekning det kan utledes regler om prosedyre og tildelingskontrakter fra traktatens alminnelige bestemmelser, må tilsvarende prinsipper imidlertid også gjelde for andre typer av offentlige tillatelser. Dette fremgår tydelig av Kommisjonens argumentasjon:

«Koncessionskontrakter er imidlertid, ligesom enhver statslig akt, der fastsætter betingelserne for udøvelse af økonomiske aktiviteter, underkastet bestemmelserne i traktatens artikkel 28–30 (tidl. 30, 34 og 36) og 43–55 (tidl. 52–66) og de principper, der er udledt af Domstolens retspraksis på området (33). Det drejer sig især om principperne om ikkeforskelsbehandling, ligebehandling og proportionalitet (34). Traktaten begrænser ikke en medlemsstats frihed til at benytte koncessioner, når blot tildelingen sker efter fremgangsmåder, som er forenelige med fællesskabsretten.»

Kommisjonens oppfatning om at forbudet mot å legge restriksjoner på de fire friheter innebærer positive krav til en spesiell fremgangsmåte ved tildeling av konsesjoner, er imidlertid ikke ubestridt. Braun hevder at de saker fra EF-domstolen som Kommisjonen viser til som en begrunnelse for krav til fremgangsmåten, alle utleder generelle ulovfestede prosessuelle krav fra direktivene om offentlige anskaffelser og ikke fra traktatbestemmelsene om de fire friheter.<sup>41)</sup> Han mener det er en tilsnikelse å si at disse

41) Peter Braun, *A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives*, (2000) 9 *Public Procurement Law Review* s. 39–48.

bestemmelsene kan tas til inntekt for mer enn det *negative*, nemlig plikten til å avstå fra å innføre restriksjoner. Det er nettopp dette som er begrunnelsen for at det er behov for sekundærregler på området, nemlig for å innføre *positive* krav til den fremgangsmåte medlemsstatene skal følge når de tildeler offentlige kontrakter.

Etter mitt syn kan det som nevnt ovenfor ikke utledes noe generelt krav til utlysning og konkurranse, verken av de fire friheter, likebehandlingskravet eller konkurransereglene. Det er derfor ikke grunnlag for å anvende de prinsipper Kommisjonen gir anvisning på i sin meddelelse på konsesjoner i egentlig forstand. Det er også tvilsomt om det Kommisjonens sier er holdbart for konsesjonskontraktene.

#### 4 KONKLUSJONER OM FELLESKAPSRETTLIGE KRAV TIL TILDELINGSPROSEDYRER

Som vi ser, går enkelte sekundærregler nokså langt i å harmonisere medlemsstatenes nasjonale forvaltningsrett ved tildeling av konsesjoner. Kommisjonen har også i sin tolkningsmeddelelse om konsesjonskontrakter gått langt i å hevde at en stor grad av harmonisering også følger av traktatens generelle prinsipper. Min gjennomgang viser imidlertid at det ikke kan hevdes at fellesskapsrettens generelle prinsipper krever at konsesjoner og eneretter tildeles etter en konkurranseprosedyre. Det som kan sies med sikkerhet, er at forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet ikke er tillatt med mindre det kan begrunnes som et forholdsmessig tiltak i forhold til de hensyn som lovlig kan fremmes i forhold til de enkelte traktatbestemmelser. Fra forbudet mot forskjellsbehandling kan utledes krav om åpenhet om tildelingskriterier og prosess og krav til upartiske prosedyrer. Det er også sikkert at kravet til konkurranse kan fravikes der hvor det enten er overflødig eller upraktisk. Dette spørsmålet må bedømmes på grunnlag av hvor mange som er aktuelle i forhold til de krav det offentlige vil stille for å få konsesjon, hvilken informasjon man vil få gjennom en åpen eller lukket invitasjonsrunde, og hvilke kostnader en utlysningsrunde vil innebære for det offentlige og de involverte foretakene.

Det må på denne bakgrunn være klart at alle de tradisjonelle former for tildeling av konsesjon, både fortløpende etter søknad eller etter hvert som tidsbegrensede konsesjoner løper ut, og etter initiativ fra myndighetene, i prinsippet er forenelige med fellesskapsretten. Det samme er tilfellet med kriterier som åpner for skjønn, så vel som faste kriterier uten særlig innslag av skjønn. Grunnkravene i fellesskapsretten til ikke-diskriminering, offentlighet og upartiskhet kan oppfylles og må oppfylles uavhengig av den prosedyre som benyttes. Det er imidlertid intet generelt krav til at en konsesjonstildeling skal starte med en utlysning, enn si at den skal avgjøres på grunnlag av en

anbudsprosedyre, med alt dette innebærer til fastlegging av kriterier på forhånd og binding av forvaltningens skjønn. Hvor myndighetene velger å tildele konsesjoner etter konkurranse der kriterier er fastlagt på forhånd og utlyst, oppstår likevel få problemer. Hvis man velger en annen fremgangsmåte enn utlysning og konkurranse, må dette begrunnes i at den valgte prosedyren er nødvendig for å realisere de mål medlemsstaten har med angjeldende konsesjonsordning.

På den annen side, de enkelte ordninger må utformes på bakgrunn av kravet til proporsjonalitet. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende hvor konsesjonsordninger er begrunnet i politiske hensyn som tilsier å begrense adgangen til fri markedsadgang. I slike tilfeller vil et innslag av skjønn som ikke kan begrunnes ut fra tvingende almene hensyn, i seg selv innebære en uproporsjonal restriksjon på vedkommende frihet. Hvis konsesjoner skal tildeles ut fra et skjønn, må således behovet for en skjønnsmessig vurdering være begrunnet i almene hensyn. Hvor det er tekniske eller økonomiske forhold som begrunner konsesjonsordningen, slik som tilfellet er med fordeling av tilgang til en begrenset ressurs eller hvor det bare er plass til et fåtall aktører i markedet, vil ikke konsesjonsordningen i seg selv utgjøre en restriksjon. I den grad ordningen ikke bygger på almene kriterier hvor alle aktuelle operatører har samme mulighet til å få konsesjon, må dette likevel begrunnes i at det er proporsjonalt i forhold til de hensyn som tildelingen skal tilgodese. Konsesjonsordningen må således uansett bygge på objektive og ikke-diskriminerende krav, prosedyrene må være upartiske og gjennomsiktede og avgjørelsene overprøvbare.