DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Kulturdepartementet
Grubbegata 1
0030 Oslo

Deres ref	Vår ref	Dato
	17/534	16.02.17

Vurdering av forholdet til anskaffelsesregelverket ved overføring av forvaltningsansvaret for gravplasser til norske kommuner

Det vises til Kulturdepartement (KUD) sin henvendelse av 11. januar 2017. KUD arbeider med en ny helhetlig lov for tros- og livssynssamfunn og det er i den forbindelse aktuelt å vurdere dagens ordning med forvaltning av gravplasser i norske kommuner. I henvendelsen ber KUD om en vurdering av hvilke anskaffelsesrettslige problemstillinger som kan oppstå ved endring av dagens ordning.

1. Bakgrunn og problemstilling

Etter gjeldende rett er det gravferdsloven og kirkeloven som regulerer administrasjonen av og ansvaret for norske gravplasser. Gravferdsloven § 6 første ledd angir at avdøde personer som ved dødsfallet hadde bopel i kommunen har rett til fri grav på gravplass der. Gravferdsloven § 1 fjerde ledd fastsetter at *"(g)ravplassene er soknets eiendom, med mindre annet følger av særskilt rettsgrunnlag*".

Et sokn er et geografisk område som kirken betjener og er den grunnleggende kirkelige forvaltningsenhet. I hvert sokn skal det være et menighetsråd, mens det i kommuner med flere sokn i tillegg skal være et kirkelig fellesråd jf. kirkeloven § 5 første ledd. I kommuner med bare ett sokn utøver menighetsrådet de funksjoner som ellers ligger til kirkelig fellesråd jf. kirkeloven § 5 andre ledd, andre setning. Det kirkelige fellesrådet ivaretar administrative og

Postadresse
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo
postmottak@nfd.dep.no

Besøksadresse
Grubbegata 1
www.nfd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
912 660 680

Konkurransepolitisk avdeling

Saksbehandler
Elin Engelsen Geitle
47618173

økonomiske oppgaver på vegne av soknene og er ilagt ansvaret for *"anlegg, drift og forvaltning av gravplasser"* etter kirkeloven § 14 andre ledd bokstav b.

Den enkelte kommunen utreder *"utgifter til anlegg og drift av gravplasser"* etter budsjettforslag fra kirkelig fellesråd jf. kirkeloven § 15 første ledd bokstav b. Kirkeloven § 15 fjerde ledd fastsetter at etter avtale med kirkelig fellesråd "*kan kommunal tjenesteyting tre i stedet for særskilt bevilgning til formål som nevnt".*

Etter avtale mellom kirkelig fellesråd og kommunen, kan ansvaret og myndigheten som i gravferdsloven er lagt til kirkelig fellesråd, med departementets godkjennelse overføres til kommunen, jf. gravferdsloven § 23. Det sees i arbeidet med en helhetlig lov om tros- og livssynsamfunn på muligheten for å speilvende dagens system, slik at forvaltningsansvaret for gravplassene som hovedregel ligger til kommunene, men etter avtale kan overføres til kirkelig fellesråd.

Spørsmålet fra KUD er hvilke anskaffelsesrettslige problemstillinger som kan oppstå dersom forvaltningsansvaret for gravplasser, som vil ligge til den enkelte kommunen, i enkelttilfeller overføres til kirkelig fellesråd.

2. Forutsetningen for at man er innenfor anskaffelsesregelverket

Den praktiske driften av gravplasser kan bestå både av håndteringen av selve gravene i form av utgraving og faktisk gravlegging, samt andre tilknyttede tjenester som eksempelvis gartnerarbeid.

Kjøp av denne typen tjenester vil være underlagt anskaffelsesforskriften jf. forskriften § 1-2 første ledd bokstav b, dersom den har en verdi som er lik eller overstiger 100 000, jf. anskaffelsesforskriften § 1-1. For at det skal være kjøp av en tjeneste som gjør at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, må det dreie seg om en gjensidig bebyrdende kontrakt. I en tjenesteavtale som er «gjensidig bebyrdende», skal både den offentlige oppdragsgiveren og leverandøren ha forpliktelser, som er gjensidig avhengige av hverandre. Kontraktsbegrepet i anskaffelsesretten har en grenseflate mot tilskudds- og støtteordninger.

Når det gjelder spørsmålet om noe utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt, er det to forhold som er av betydning i vår sak. For det første at det er den enkelte kommune og ikke kirkelig fellesråd som har ansvaret for forvaltningen av gravplassene. For det andre at det er kirkelig fellesråd, og ikke kommunens ansatte som skal utføre tjenestene. Situasjonen må altså være at den enkelte kommune ikke selv ønsker å forvalte driften av gravplassene den har ansvaret for, men vil la kirkelig fellesråd gjøre dette med egne ansatte mot betaling.

2.1. Spørsmålet om hvem som har ansvaret for forvaltningen av gravplassene

Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måten som anses mest hensiktsmessig for å løse det offentliges oppgaver. Det vil derfor være mulig å omorganisere forvaltningen av ulike offentlige oppgaver, eksempelvis overføre kompetansen til og ansvaret

for å utføre bestemte offentlige oppgaver fra et organ til et annet uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse. Det foreligger en kontraktsrettslig relasjon der en offentlig oppdragsgiver, for å utføre ulike oppgaver den har ansvaret for, faktisk kjøper tjenester fra noen andre. Dette vil ikke være tilfelle dersom hele ansvaret for en offentlig oppgave overføres fra et organ til et annet.

I vår sak kunne man tenke seg at en overføring av forvaltningen av gravplasstjenestene fra kommunen til kirkelig fellesråd var en organisering av offentlig forvaltning i stedet for en gjensidig bebyrdende kontrakt. For at dette skal være tilfellet må ansvaret kunne overføres til kirkelig fellesråd, og det må faktisk overføres til kirkelig fellesråd.

Når det gjelder spørsmålet om ansvaret for gravplassforvaltningen kan overføres til kirkelig fellesråd er det av betydning at det, som lagt til grunn i NOU 2013:3, på sikt planlegges at den norske kirke skal utvikles til et mer selvstendig trossamfunn. Det er derfor ikke gitt at kirkelig fellesråd vil kunne ha forvaltningsansvaret for denne typen oppgave på sikt.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt ansvaret faktisk overføres til kirkelig fellesråd, er det en forutsetning at ansvaret for forvaltningen av gravplassene overføres i sin helhet. Dette involverer en overføring av den offentlige myndigheten og eventuelt tilknyttede økonomiske aktiviteter. Det organet som overfører kompetanse skal ikke ha noe ansvar igjen, og den nye enheten skal utøve kompetansen selvstendig og på eget ansvar. EU-kommisjonen behandler dette temaet nærmere i sin veileder til offentlig-offentlig samarbeid.[1] Under henvisning til praksis fra EU-domstolen er det i veilederen angitt visse forhold som gjør at det ikke er tale om en overføring av kompetanse. Dette er for det første dersom den offentligheten enheten, som opprinnelig var ansvarlig, fortsetter å være primært ansvarlig fordi den har en rettslig forpliktelse til ikke å trekke seg fra oppgaven. Det er for det andre dersom den opprinnelig ansvarlige enheten må godkjenne handlinger som den nye enheten foretar seg. For det tredje er det dersom den nye enheten er finansiert av den enheten som var opprinnelig ansvarlig, med det resultat at det resultatet at den nye enheten ikke har noe handlingsrom.[2]

Det er NFD sin oppfatning at KUD ved å si at forvaltningsansvaret for gravplassene som hovedregel ligger til kommunene, men etter avtale kan overføres til kirkelig fellesråd, ikke snakker om en permanent overføring av ansvaret for denne forvaltningen. På bakgrunn av ordlyden i gravferdsloven § 23 er det imidlertid vanskelig å konkludere i dette. NFD har en imidlertid den forståelsen at noe av bakgrunnen for revideringen av lov om tros- og livsstilsamfunn er et ønske om at ikke et spesifikt trossamfunn skal ha ansvaret for forvaltningen av gravplasser. På bakgrunn av dette er det også vår forståelse at ordningen snarere vil medføre at den enkelte kommune delegerer arbeidet med praktisk forvaltning av gravplassene til noen andre, i stedet for en overføring av all formell kompetanse og ansvar. Dersom tanken er en komplett overføring av kompetanse og ansvar, må det likevel foretas en vurdering av om det i

[1] Se http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_en.pdf s. 17-18.
[2] Tilsvarende fotnote nr. 1.

praksis foreligger forhold som utelukker at det er tale om et ansvar som overføres i sin helhet. Det kan eksempelvis tenkes at det kan oppstå problemstillinger knyttet til finansiering.

2.2. Spørsmålet om hvilke ansatte som utfører oppgavene

NFD bemerker at det er vår forståelse at det ved en overføring av forvaltningsansvaret fra kirkelig fellesråd til kommunen også vil skje en pålagt virksomhetsoverdragelse. En slik virksomhetsoverdragelse kan reise problemstillinger tilknyttet flere rettsområder, eksempelvis arbeidsrettslige problemstillinger. Anskaffelsesrettslig vil en virksomhetsoverdragelse derimot være en fordel dersom stillingene som er tilknyttet forvaltningsansvaret for gravplassene overføres til kommunen. Dersom dagens ansatte i kirkelig fellesråd er ansatte hos kommunen fra tidspunktet for overføringen og utfører arbeidet i sin rolle som kommunalt ansatt, er det ikke tale om en anskaffelse. Kommunen står fritt til å disponere sine egne ansatte uten at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse.

Forutsetningen for at det skal oppstå anskaffelsesrettslige problemstillinger er dermed at den enkelte kommunen ikke selv ønsker å forvalte driften av gravplassene den har ansvar for, men vil la kirkelig fellesråds egne ansatte gjøre dette mot betaling.

3. Mulige unntak fra anskaffelsesregelverket

3.1. Offentlig myndighetsutøvelse

Det første spørsmålet er om det kan tenkes unntak fra anskaffelsesreglene fordi forvaltningen av gravplassen er utøvelse av offentlig myndighet.

Anskaffelsesforskriften § 2-4 fastsetter at anskaffelsesloven og forskriften ikke gjelder for kontrakter om *"tjenester som innebærer en utøvelse av offentlig myndighet som er unntatt EØS-avtalen etter artikkel 39, jf. artikkel 32"*. EØS-avtalens artikkel 39 fastsetter at reglene om fri bevegelighet av tjenester ikke gjelder for *"virksomhet for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet"*.

Bestemmelsen må tolkes i samsvar med EØS-retten. Siden det er tale om et unntak fra de alminnelige reglene om fri bevegelighet må det foretas en snever tolkning. EU-domstolen har om den tilsvarende EU-bestemmelsen uttalt at dens *"rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendig for at varetage de interesser, som disse bestemmelser tillader medlemsstaterne at beskytte"*[3].

Det følger av rettspraksis at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse bare omfatter virksomhet som *"i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighet"*.[4] Dette forutsetter at virksomheten har en *"tilstrækkelig kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige*

[3] Se Sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, premiss 76.
[4] Se Sak C-2/74 Reyners, premiss 45.

beføielser, statsmagtens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang".[5] Domstolen har også uttalt at myndighet som enhver har eller kan utføre ikke kan oppfylle kriteriene.[6]

KUD er nærmest til å vurdere om vilkårene i unntaket er oppfylt. NFD bemerker imidlertid at det utfra de opplysningene vi besitter fremstår som om forvaltningen av gravplassene i hovedsak er av praktisk karakter. Det synes ikke som om ekstraordinære rettslige beføyelser, privilegier som ligger til statsmakten eller tvang er knyttet til denne forvaltningen. Selv om enkelte elementer i forvaltningen skulle kunne sees som utøvelse av offentlig myndighet, fremstår det også som sannsynlig at denne andelen av tjenester uansett vil være bagatellmessig sett hen til tjenesten som helhet. Sammenholdt med den høye terskelen for å betegne noe som offentlig myndighetsutøvelse anser NFD det ikke som sannsynlig at det er mulig å anvende unntaket om offentlig myndighetsutøvelse.

3.2. Samarbeid i offentlig sektor

Det neste spørsmålet er om det kan tenkes unntak fra anskaffelsesregelverket fordi en gravplassforvaltning av kirkelig fellesråd er et ledd i samarbeid i offentlig sektor. Hvordan det offentlige organiserer sin egen virksomhet reguleres ikke av regelverket om offentlige anskaffelser.

3.2.1. Utvidet egenregi

Anskaffelsesforskriften § 3-1 første ledd regulerer utvidet egenregi. Bestemmelsen fastsetter at anskaffelsesregelverket ikke gjelder for kontrakter som oppdragsgiveren inngår med et annet rettssubjekt dersom kontrollvilkåret, omsetningsvilkåret og kapitalvilkåret er oppfylt. Dette medfører at oppdragsgiveren for det første må utøve en kontroll over rettssubjektet som svarer til den kontrollen som han utøver over sin egen virksomhet. Rettssubjektet må for det andre utføre mer enn 80 % av sin aktivitet for oppdragsgiveren eller andre rettssubjekter som oppdragsgiveren kontrollerer. Det må for det tredje være tale om et rettssubjekt som det ikke er direkte private eierandeler i.

Kravet til kontroll er oppfylt når oppdragsgiveren utøver bestemmende innflytelse over strategiske mål og viktige beslutninger i det kontrollerte rettssubjektet, jf. § 3-1 annet ledd. Det må foretas en konkret vurdering av alle relevante rettslige og faktiske omstendigheter.

For NFD fremstår det som om rådet i større grad er et organ som skal ivareta samarbeidet mellom kommunen og de kirkelige menighetene der det er behov, enn et organ som kommunen har kontroll eller styring over. Selv om det faller inn under vurderingen av aktivtetskriteriet, fremheves det at kirkelig fellesråd også utøver aktiviteter som kommunen ikke virker å ha en rolle i, eksempelvis anskaffelse av lokaler, utstyr og materiell til konfirmasjonsopplæring.

NFD er ikke nærmest til å konkludere i spørsmålet om utvidet egenregi, men anser det likevel som svært tvilsomt at den enkelte kommune har en kontroll over kirkelig fellesråd som svarer

[5] Se sak C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland, premiss 79.
[6] Se sak C-114/97 kommisjonen mot Spania, premiss 35 følgende.

til den kontrollen som kommunen utøver over sin egen virksomhet og som er nødvendig for å oppfylle kontrollkriteriet. Det er også i denne sammenheng sentralt at det, som lagt til grunn i NOU 2013:3, på sikt planlegges at den norske kirke skal utvikles til et mer selvstendig trossamfunn. Dersom kirkelig fellesråd per i dag kunne oppfylle kriteriene for utvidet egenregi, ville det med andre ord likevel kunne være vanskelig å legge til grunn at de kirkelige fellesrådene kan betraktes som kontrollert av kommunene på sikt.

3.2.2. Samarbeidsavtaler

Anskaffelsesforskriften § 3-3 regulerer samarbeidsavtaler mellom det offentlige. Bestemmelsen fastsetter at anskaffelsesregelverket ikke gjelder for kontrakter som inngås utelukkende mellom to eller flere oppdragsgivere, og som etablerer eller gjennomfører et samarbeid og hvor tre nærmere definerte vilkår er oppfylte. For det første må samarbeidet ha til formål å sikre at offentlige oppgaver blir utført for å oppnå et felles mål. For det andre må samarbeidet bli utført utelukkende av hensyn til offentlige interesser. Og for det tredje er det et krav om at mindre enn 20 % av aktivitetene som samarbeidet omfatter, blir utført for andre enn oppdragsgiverne.

Det er lagt til grunn i KOFA-praksis knyttet til tidligere anskaffelsesregelverk at kirkelig fellesråd er en offentlig oppdragsgiver som er omfattet av regelverket jf. anskaffelsesloven § 2. Det er ingen realitetsforskjeller knyttet til hvem forskriften gjelder for i det nye regelverket. Samtidig påpekes det at ved en plan om at den norske kirke på sikt skal utvikles til et mer selvstendig trossamfunn og ved eventuelle endringer i finansieringsordningene, er det ikke gitt at kirkelig fellesråd vil regnes som en offentlig oppdragsgiver også i fremtiden.

I vilkåret om at samarbeidet skal bli utført for å oppnå et felles mål ligger det at det må dreie seg om utføringen av felles oppgaver, i alle fall må samarbeidet dreie seg om utføringen av oppgaver som realiserer en målsetning som er felles for alle oppdragsgiverne som deltar i samarbeidet.[7] [8] [9] Det må videre dreie seg om et reelt samarbeid.[10] Det er ikke et krav for reelt samarbeid at alle oppdragsgiverne påtar seg utførelse av kontraktsmessige hovedforpliktelser så lenge deltakerne er forpliktet til å bidra til en felles gjennomførelse av den aktuelle offentlige tjenesteytelsen. I dette ligger det at det ikke kun kan være en ordinær kontrakt der oppdragsgiver kjøper varer eller tjenester fra en annen oppdragsgiver, men at det må handle om et samarbeid der alle samarbeidspartene bidrar for å få oppgavene utført. Hva som ligger i dette er ikke avklart i praksis og det er derfor ikke mulig å angi generelt hva et slikt bidrag må bestå i, eller hvor aktive de enkelte samarbeidspartene må være for at vilkåret skal anses oppfylt. [11]

---

[7] Se Advokatfirmaet Hjort sin rapport med tittelen "Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid – Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger" s. 52.
[8] Se direktiv 2014/24/EU som fastsetter "the contract establishes or implements a cooperation between the participating contracting authorities with the aim of ensuring that public services they have to perform are provided with a view to achieving objectives they have in common".
[9] Fortalen til direktivet sier "Such cooperation might cover all types of activities related to the performance of services and responsibilities assigned to or assumed by the participating authorities, such as mandatory or voluntary tasks of local or regional authorities or service conferred upon specific bodies by public law".
[10] Se fortalen til direktiv 2014/247EU, premiss 33.
[11] Se Advokatfirmaet Hjort sin rapport med tittelen "Nye anskaffelsesdirektiver og unntaket for offentlig-offentlig samarbeid – Forholdet til norske interkommunale samarbeidsordninger" s. 53.

I det foreliggende tilfellet er nettopp spørsmålet å overføre ansvaret for forvaltningen av gravplassene. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvorvidt det er tale om et samarbeid som omfatter oppgaver som de samarbeidende oppdragsgiverne har til felles. Selv dersom dette er tilfellet er det vanskelig å se at det ved en ordning som planlagt, en ordning der kirkelig fellesråd håndterer tjenestene, er tale om en felles gjennomføres av oppgavene. En slik ordning vil snare fremstå som et alminnelig kjøp av tjenester fra en annen oppdragsgiver.

3.3. Enerett

Det neste spørsmålet er om det kan tenkes unntak fra anskaffelsesregelverket ved at kirkelig fellesråd får en enerett til gravplassforvaltning.

Anskaffelsesforskriften § 2-3 fastsetter at regelverket ikke gjelder "*for tjenestekontrakter som oppdragsgiveren inngår med en annen oppdragsgiver som har en enerett til å utføre tjenesten*". Unntaket gjelder bare der *"eneretten er tildelt ved lov, forskrift eller kunngjort forvaltningsvedtak som er forenlig med EØS-avtalen"*.

En enerett er et lovfestet monopol, som i praksis innebærer at det ikke er lovlig å kjøpe de aktuelle tjenestene fra andre enn det foretaket som har fått tildelt eneretten.

Ordlyden forutsetter at eneretten tildeles til en annen oppdragsgiver, og kirkelig fellesråd må derfor regnes som en offentlig oppdragsgiver dersom unntaket skal kunne benyttes. Det vises her til vurderingen av dette overfor.

Det vil derfor som utgangspunkt være en mulighet for at de enkelte kommunen kan treffe et forvaltningsvedtak som gir kirkelig fellesråd en enerett til å forvalte gravplassene i kommunen. Den sentrale vurderingen er om tildelingen av en slik enerett er i overensstemmelse med EØS-retten.

EØS-avtalens regler om de fire friheter skal sikre en åpen og likeverdig markedstilgang innenfor EØS-området, og tildelingen av en enerett er i utgangspunktet en restriksjon på adgangen til å yte tjenester etter EØS-avtalens artikkel 36. Av denne grunn er etableringen av eneretter som hovedregel ikke forenelig med EØS-retten. Det åpnes likevel for unntak fra dette der eneretten er begrunnet i tvingende eller allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til at de går foran hensynet til den frie bevegeligheten av tjenester.[12] For at unntaket skal kunne anvendes, må tiltakene oppfylle de kravene til proporsjonalitet som er nedfelt i både EFTA-domstolens og EF-domstolens rettspraksis. Dette innbefatter en vurdering av om eneretten er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene. Dersom eneretten er egnet, må det også avgjøres om den går ut over det som er nødvendig for å nå målene som forfølges. Nødvendighetstesten består her i en vurdering av om enerettens legitime målsetninger bare kan oppnås med eneretten, eller om andre og mindre inngripende tiltak ville være minst like effektive som middel til å nå målsetningene.[13]

---

[12] Se sak E-3/06, premiss 40-41.
[13] Se sak E-3/06, premiss 56-58.

EU-domstolen har anerkjent en rekke formål som allmenne hensyn som kan begrunne begrensninger i adgangen til fri bevegelse av tjenester, eksempelvis beskyttelse av arbeidstakere, forbrukere, miljø, trafikksikkerhet osv. Praksis på tildelingen av eneretter er imidlertid begrenset og grensedragningen mellom eneretter som kan etableres lovlig og som er ulovlig blir derfor nødvendigvis usikker.

NFD er ikke nærmest til å vurdere om det finnes allmenne hensyn som er tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne en enerett. Det er den enkelte kommunen som selv må vurdere om unntaket kommer til anvendelse og treffe et eventuelt vedtak om enerett, men utfra de opplysningene NFD har mottatt fra KUD er det ingenting som tilsier at det eksisterer slike allmenne hensyn som gjør seg gjeldende ved forvaltningen av gravplasser.

4. Konklusjon

NFD er av den oppfatning at det, ut fra en anskaffelsesrettslig vurdering, er den mest nærliggende løsningen at det ved en virksomhetsoverdragelse organiseres slik at kommunenes egne ansatte utøver arbeidet med forvaltning av gravplasser. Unntak fra anskaffelsesregelverket skal på generelt grunnlag tolkes snevert og det er i alminnelighet vanskelig å si noe om hvorvidt vilkårene for unntak er oppfylt. Vurderingen av om unntakene gjør seg gjeldende krever helt konkrete og detaljerte vurderinger av om vilkårene i og begrunnelsen bak unntakene gjør seg gjeldende på konkrete faktiske situasjoner. Dette krever en inngående kjennskap til en slik faktisk situasjon og detaljer knyttet til denne. Det er derfor KUD, eller kommunene selv, som er nærmest til å foreta den endelige subsumsjonen under hvert av unntakene for å se om det kan gjøres unntak fra anskaffelsesregelverket.

Med hilsen

Monica Elisabeth Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Elin Engelsen Geitle
rådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer.