

# Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører

Rapport fra arbeidsgruppe



# Innhold

<b>1</b>	<b>Bakgrunn, mandat og sammendrag</b> .....	9
1.1	Bakgrunn .....	9
1.2	Arbeidsgruppens mandat.....	10
1.3	Arbeidsgruppens forståelse av mandatet.....	11
1.4	Sammendrag av rapporten .....	13
1.5	Særmerknader .....	15
1.5.1	Overordnet særmerknad fra medlemmene Hennyng og Reegård .....	15
1.5.2	Særmerknad fra medlemmet Reegård .....	16
1.6	Arbeidsgruppens sammensetning og arbeid.....	17
1.7	Ordliste .....	18
<b>2</b>	<b>Offentlige tjenester og konkurranseflater mot private aktører</b> .....	21
2.1	Det offentlige oppgaver .....	22
2.1.1	Kommunal sektor .....	22
2.1.2	Staten .....	23
2.1.3	Helseforetak .....	24
2.2	Utviklingstrekk i sammensetningen av norsk økonomi.....	25
2.3	Mulige konkurranseflater mellom offentlige og private tjenester .....	27
2.3.1	Omfang av kommersiell virksomhet .....	27
2.3.2	Mulige konkurranseflater for kommunal sektor .....	30
2.3.2.1	<i>Eksempler på mulige konkurranseflater for kommunal sektor</i> .....	30
2.3.2.2	<i>Resultater fra kartlegging i kommuner og fylkeskommuner</i> .....	34
2.3.3	Mulige konkurranseflater i staten som rettssubjekt .....	36
2.3.3.1	<i>Eksempler på konkurranseflater</i> .....	36
2.3.3.2	<i>Resultater fra kartlegging i staten</i> .....	37
2.3.3.3	<i>Oppsummering</i> .....	39
2.3.4	Mulige konkurranseflater mellom private aktører og helseforetak .....	39
2.4	Begrunnelser for å etablere kommersiell virksomhet.....	40
2.5	Begrunnelser for valgt organisering .....	41
<b>3</b>	<b>Konkurranse på «like vilkår»? .....</b>	<b>43</b>
3.1	Innledning.....	43
3.2	Konkurranse på «like vilkår» og konkurransenøytralitet.....	44
3.3	Samfunnsøkonomisk effektivitet og konkurranse .....	44
3.3.1	Innledning.....	44
3.3.2	Markedsstruktur .....	49
3.3.3	Markedsadferd.....	49
3.3.4	Utnyttelse av restkapasitet, synergier og stordriftsfordeler .....	51
3.3.5	Dynamisk utvikling.....	52
3.4	Konkurransevirkninger av visse særfordeler og -ulemper .....	53
3.4.1	Konkurransevirkninger av ulik selskaps- og kapitalbeskatning .....	53
3.4.2	Konkurransevirkninger av konkursimmunitet .....	58
3.4.3	Etterlevelse av markedsaktørprinsippet og konkurranse .....	61
3.4.4	Konkurransevidninger av andre fordeler og ulemper.....	63
3.4.4.1	<i>Merverdiavgiftskompensasjon</i> .....	63
3.4.4.2	<i>Kapitaltilgang og -restriksjoner</i> .....	65
3.4.4.3	<i>Lønns- og pensjonskostnader</i> .....	66
3.4.4.4	<i>Administrative byrder</i> .....	66
3.4.4.5	<i>Særlige krav fra offentlige eiere til leveranser og produksjonsprosesser</i> .....	67
3.4.4.6	<i>Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård</i> .....	67
3.5	Oppsummering.....	68

<b>4</b>	<b>EØS-rettslige føringer</b> .....	71
4.1	Innledning .....	71
4.2	Reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen .....	71
4.2.1	Offentlig støtte .....	72
4.2.2	Eksisterende støtte .....	73
4.2.3	Markedsaktørprinsippet .....	74
4.2.3.1	<i>Bakgrunn og innhold</i> .....	75
4.2.3.2	<i>Anvendelse av markedsaktørprinsippet</i> .....	77
4.2.3.3	<i>Ulike underkategorier av markedsaktørprinsippet</i> .....	78
4.2.3.4	<i>Kort om kjennetegn på forskjellige underkategorier</i> .....	79
4.2.3.5	<i>Anbudskonkurranser ved kjøp og salg</i> .....	83
4.2.3.6	<i>Statens skjønnsmargin under markedsaktørtesten</i> .....	84
4.2.3.7	<i>Bevisbyrde ved vurdering av om markedsaktørtesten er oppfylt</i> .....	84
4.2.4	Krysssubsidiering .....	85
4.2.5	Betydningen av selskapsstruktur for krysssubsidiering og etterlevelse av markedsaktørprinsippet .....	88
4.3	Konkurransereglene i EØS-avtalen og i Norge.....	89
4.3.1	Foretaksbegrepet i konkurranseloven .....	89
4.3.2	EØS-konkurranseloven.....	89
4.3.3	Adferdsreglene i konkurranseloven .....	89
4.3.4	Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid .....	89
4.3.5	Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling .....	90
4.3.6	Sanksjonsmuligheter .....	91
4.3.7	Konkurransebegrensende reguleringer – påpekning .....	91
4.3.8	EØS-avtalens artikkel 59 – Tjenester av allmenn økonomisk betydning .....	94
4.4	Reglene om offentlige anskaffelser .....	97
4.5	EØS-avtalen artikkel 125 om eiendomsretten .....	99
<b>5</b>	<b>Begrepet økonomisk aktivitet i støtteregele</b> .....	101
5.1	Foretak driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet .....	101
5.2	Utøvelse av offentlig myndighet .....	102
5.3	Offentlige tjenester – helse, utdanning og kultur .....	104
5.3.1	Felles prinsipper for vurderingen .....	104
5.3.2	Helsetjenester .....	106
5.3.2.1	<i>Oversikt</i> .....	106
5.3.2.2	<i>Kommunale helse- og omsorgstjenester</i> .....	107
5.3.2.3	<i>Matsikkerhet</i> .....	107
5.3.2.4	<i>Spesialisthelsetjenester</i> .....	108
5.3.2.5	<i>Tannhelsetjenester</i> .....	108
5.3.3	Utdanningstjenester .....	108
5.3.4	Kulturtjenester .....	109
5.4	Tilknyttede aktiviteter .....	111
5.4.1	Interne støttetjenester .....	111
5.4.2	Aktivitet i markedet .....	113
5.5	Betydningen av egenregi .....	114
5.6	Restkapasitet og marginal aktivitet .....	115
5.7	Betydningen av konkurranseutsetting.....	116
5.8	Særlig om infrastruktur .....	117
5.9	Oppsummering.....	121

<b>6</b>	<b>Skattefritak og konkursimmunitet – nærmere om norsk rett .....</b>	<b>123</b>
6.1	Hovedregel – skatteplikt på inntekt fra virksomhet og kapital .....	123
6.1.1	Inntektsskatt.....	123
6.1.2	Formuesskatt.....	124
6.1.3	Eiendomsskatt.....	124
6.2	Skattefritak for stat, fylkeskommuner, kommuner, helseforetak mv. ....	124
6.2.1	Stat.....	124
6.2.2	Kommunal sektor .....	125
6.2.3	Regionale helseforetak og helseforetak .....	127
6.2.4	Offentlig virksomhet som er skilt ut i egne rettssubjekter mv. ....	127
6.2.5	Sammenslutninger som ikke har erverv til formål .....	128
6.2.6	Oppsummering .....	128
6.3	Konkursimmunitet.....	128
6.3.1	Innledning.....	128
6.3.2	Statens konkursimmunitet .....	129
6.3.3	Helseforetakenes konkursimmunitet .....	129
6.3.4	Kommuners og fylkeskommuners konkursimmunitet.....	129
6.3.5	Interkommunale selskap og konkurserbud.....	130
6.3.6	Oppsummering.....	131
6.4	Skattefritak og konkursimmunitet for kommunene .....	131
<b>7</b>	<b>Støtterettslig vurdering av skattefritak og konkursimmunitet .....</b>	<b>133</b>
7.1	ESAs foreløpige vurdering .....	133
7.2	Skattefritak .....	134
7.2.1	Tiltaket må gi mottaker en økonomisk fordel .....	134
7.2.2	Støtten må være gitt av offentlige midler .....	136
7.2.3	Selektivitetsvilkåret.....	136
7.2.4	Konkurranssevridnings- og samhandelsvilkåret .....	140
7.2.5	Avsluttende vurderinger .....	143
7.3	Konkursimmunitet.....	143
7.3.1	Vilkåret om at støtten må være gitt av offentlige midler .....	145
7.3.2	Selektivitetsvilkåret.....	145
7.3.3	Konkurransse- og samhandelsvilkåret .....	148
7.3.4	Fordelsvilkåret .....	148
7.3.5	Oppsummering .....	151
7.4	Skal tiltakene anses som støtteordninger eller individuell støtte?.....	152
7.5	Konklusjon.....	154
<b>8</b>	<b>Organisering, styring og kontrollmekanismer i offentlig sektor.....</b>	<b>155</b>
8.1	Kommunal sektor .....	155
8.2	Statsforvaltningen .....	159
8.3	Helseforetakene .....	161
<b>9</b>	<b>Erfaringer og tilnærminger i andre land.....</b>	<b>165</b>
9.1	OECDs arbeid med konkurransenøytralitet.....	165
9.2	Den norske kommunemodellen i et nordisk og europeisk perspektiv.....	167
9.3	Tiltak i nordiske land .....	168
9.3.1	Oppgaver for de nordiske landenes lokalforvaltning .....	168
9.3.2	Nordiske kommuners kompetanse.....	169
9.3.3	Særlig om forholdet mellom den kommunale kompetansen og adgangen til å drive forretningsvirksomhet.....	169

9.3.4	Sverige.....	170
	9.3.4.1 Konkurranseregler.....	170
	9.3.4.2 Skatteregler.....	175
9.3.5	Danmark.....	175
	9.3.5.1 Konkurranseregler.....	175
	9.3.5.2 Skatteregler.....	177
9.3.6	Finland.....	177
	9.3.6.1 Konkurranseregler.....	177
	9.3.6.2 Skatteregler.....	179
	9.3.6.3 Utskillingsplikt for kommunal markedsvirksomhet.....	180
9.4	EU-land utenfor Norden.....	182
9.4.1	Nederland.....	182
	9.4.1.1 Skatteregler.....	184
9.4.2	Tyskland, Frankrike og Belgia.....	185
9.5	Land utenfor EØS-området – Australia.....	186
9.6	Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård.....	188
<b>10</b>	<b>Tiltaksforslag.....</b>	<b>189</b>
10.1	Innledning.....	189
10.2	Forutsetninger.....	189
10.3	Løsninger uten utskilling.....	190
10.3.1	Innledning.....	190
10.3.2	Minimumskrav om separate regnskaper.....	190
10.3.3	Utforming av en skatteplikt.....	191
	10.3.3.1 Innledning.....	191
	10.3.3.2 Mulige utforminger av en begrenset skatteplikt i skatteloven.....	192
	10.3.3.3 Problemstillinger knyttet til en delvis skatteplikt.....	195
	10.3.3.4 Regnskapsmessige og ligningsmessige forhold.....	198
	10.3.3.5 Særlig om avskrivninger ved delvis skatteplikt.....	201
	10.3.3.6 Oppsummering.....	202
10.3.4	Løsninger for konkursimmunitet og garantier.....	202
	10.3.4.1 Løsningsmodeller.....	202
	10.3.4.2 Oppsummering.....	205
10.4	Løsninger basert på utskilling av offentlig økonomisk aktivitet.....	206
10.4.1	Innledning.....	206
10.4.2	Aktuelle former for utskilling.....	206
10.4.3	Støtterettslige krav ved utskilling.....	207
10.4.4	Arbeidstakerrettigheter og pensjon.....	208
	10.4.4.1 Utskillingsplikt som virksomhetsoverdragelse.....	209
	10.4.4.2 Tariffavtalene og arbeidsgiverorganisasjonene.....	210
	10.4.4.3 Konsekvenser av utskilling for lønnsdannelse og avtaleverk.....	210
	10.4.4.4 Spesielt om statsansatte.....	211
	10.4.4.5 Nærmere om pensjon.....	212
	10.4.4.6 Overgangsordninger for pensjon og reglene om offentlig støtte.....	212
10.4.5	Gjennomføring av en utskillingsplikt.....	214
	10.4.5.1 Beslutningsmyndighet/lovkrav.....	214
	10.4.5.2 Håndhevelse av en utskillingsplikt.....	215
	10.4.5.3 Nærmere om den praktiske gjennomføringen.....	216
10.4.6	Vurdering av skattemessige sider ved en utskillingsløsning.....	216
	10.4.6.1 Nærmere vurdering av løsninger.....	216
	10.4.6.2 Utforming av skatteplikt for kapitalinntekter.....	218
	10.4.6.3 Økonomiske virkninger av skatteplikt for kapitalinntekt.....	219

10.4.7	Styrker og svakheter ved utskillingsplikt.....	219
10.4.7.1	Løsningseffektivitet.....	219
10.4.7.2	Integrasjon med annen virksomhet: praktiske utfordringer .....	219
10.4.7.3	Det kommunale selvstyret og den kommunale organisasjonsfriheten.....	220
10.4.7.4	Styringslinjer, rolleforståelse og ansvarsforhold .....	220
10.4.7.5	Demokratiperspektiv og åpenhet i kommunene.....	220
10.4.7.6	Helhetlig planlegging og styring av kommunens virksomhet.....	221
10.5	Avgrensningskriterier for tiltak .....	221
10.6	Markedsaktørprinsippet og krysssubsidiering i utskilte enheter .....	224
10.6.1	Oversikt.....	224
10.6.2	Virksomhetens struktur (konserner) .....	224
10.7	Arbeidsgruppens anbefalinger .....	225
10.8	Ytterligere tiltak for å oppnå like konkurransevilkår.....	228
10.9	Mekanismer for etterlevelse av regelverk og tiltaksforslag .....	230
10.9.1	Innledning.....	230
10.9.2	Muligheter og begrensninger i konkurranseloven .....	231
10.9.2.1	Oversikt.....	231
10.9.2.2	Påpekningssadgangen overfor konkurransevridende offentlige tiltak .....	231
10.9.2.3	Vurdering.....	232
10.9.3	Gjennomføring av regnskapsmessig skille .....	232
10.9.3.1	Regnskaps- og revisjonsplikt .....	232
10.9.3.2	Nærmere om regnskapsprinsipper .....	234
10.9.3.3	Gjennomføring og forslag.....	239
10.9.4	Etterlevelse av markedsaktørprinsippet.....	240
10.9.4.1	Nærmere om nasjonal håndhevelse av støtteregele.....	241
10.9.4.2	Utforming av et tilsynsregime .....	243
10.9.4.3	Nærmere om et nasjonalt organ som kan behandle klager på brudd på støtteregele.....	244
10.10	Oppsummering om implementering av tiltak.....	249
<b>11</b>	<b>Økonomiske og administrative konsekvenser .....</b>	<b>251</b>
<b>12</b>	<b>Referanser .....</b>	<b>255</b>
<b>Vedlegg 1:</b>	<b>ESAs forslag til formålstjenlige tiltak .....</b>	<b>258</b>
<b>Vedlegg 2:</b>	<b>Metodisk tilnærming .....</b>	<b>286</b>
<b>Vedlegg 3:</b>	<b>Kartlegging – fase 1: Kommuner.....</b>	<b>287</b>
<b>Vedlegg 4:</b>	<b>Kartlegging – fase 1: Fylkeskommuner.....</b>	<b>292</b>
<b>Vedlegg 5:</b>	<b>Kartlegging – fase 1: Statlige etater .....</b>	<b>293</b>
<b>Vedlegg 6:</b>	<b>Kartlegging – fase 1: Helseforetak.....</b>	<b>296</b>
<b>Vedlegg 7:</b>	<b>Referat fra dialogmøte 24. januar 2017 .....</b>	<b>297</b>
<b>Vedlegg 8:</b>	<b>Ulike virksomhetsformer i Norge .....</b>	<b>304</b>
<b>Vedlegg 9:</b>	<b>Like konkurransevilkår for private og offentlige aktører – mandat for arbeidsgruppe.....</b>	<b>307</b>





# 1 Bakgrunn, mandat og sammendrag

## 1.1 Bakgrunn

Norge har en relativt stor offentlig sektor. Dette er et trekk vi har til felles med andre nordiske land. Offentlig sektor utgjør nær en tredel av samlet sysselsetting og verdiskaping og har således både direkte og indirekte stor innvirkning på landets samlede verdiskaping. Selv om offentlig sektors samfunnsoppdrag i all hovedsak ivaretar ulike typer velferds- og forvaltningsoppgaver som faller utenfor regelverket om offentlig støtte, driver det offentlige også med ulike aktiviteter i konkurranse med private aktører som er omfattet av regelverket. Samspillet mellom forretningsvirksomhet i offentlig regi og privat sektor reiser flere problemstillinger som danner bakgrunnen for arbeidsgruppens mandat.

Velfungerende konkurranse bidrar til økt verdiskaping, sysselsetting og innovasjon i samfunnet. Konkurransetilstand som favoriserer enkelte aktører kan imidlertid føre til motsatt resultat, for eksempel ved at mer effektive bedrifter presses ut av markedet. Dette innebærer at på de områder der offentlige og private tjenestetilbydere konkurrerer, bør dette skje på like vilkår i den forstand at rammebetingelsene for offentlige og private virksomheter er konkurransenøytrale.<sup>1</sup> Arbeidsgruppen har således blitt bedt om å identifisere mulige konkurransemessige fordeler og ulemper offentlige aktører har i forhold til private aktører, og drøfte de konkurransemessige virkningene av disse.

I tillegg til dette samfunnsøkonomiske perspektivet, kan konkurranseflaten mellom offentlig og privat virksomhet drøftes i et EØS-rettslig perspektiv. Formålet med EØS-avtalen er å styrke handelen og de økonomiske forbindelsene mellom landene som er parter til avtalen, og dermed den samlede europeiske verdiskapingen. EØS-avtalen gir EFTA/EØS-landene adgang til EUs indre marked samtidig som den gir EU en betydelig rolle i EFTA/EØS-landenes lovgivning. Sentralt i EØS står prinsippet om *de fire friheter*, det vil si at det som hovedregel skal være fritt varebytte over landegrensene, fri bevegelighet for arbeidstakere,

fri adgang for borgere i et land til å yte tjenester i et annet og fri bevegelse av kapital.

Formålet med EØS-avtalen er å «*fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler*», jf. EØS-avtalen artikkel 1. For å nå målsettingen med avtalen skal det opprettes «*et system som sikrer at konkurransen ikke vrir, og at reglene overholdes på samme måte*», jf. artikkel 2. Ett av vilkårene for delttagelse i det indre marked gjennom EØS-avtalen er at offentlige midler ikke brukes på en slik måte at det vil «*begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer*» på en måte som er egnet til å påvirke konkurransen i det indre markedet, jf. artikkel 61.<sup>2</sup> Spørsmålet blir da om offentlige foretaks delttagelse i markedet innebærer bruk av offentlige midler på en slik måte at det er i strid med EØS-avtalens vilkår.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har de siste årene behandlet flere klagesaker fra private som mener at offentlige aktører i markedet nyter godt av ulike konkurransefordeler i kraft av å være offentlige. Klagerne har påpekt regulatoriske fordeler som skattefritak, og fordeler som er gitt i enkelttilfeller, som bruk av offentlige midler (kryssubsidiering) på aktiviteter en offentlig aktør driver i markedet.<sup>3</sup> Dette er bakgrunnen for at ESA i brev til Norge av 15. desember 2015<sup>4</sup> foreløpig konkluderte med at det generelle skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd og konkursimmunitet for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan innebære at EØS-rettslig økonomisk aktivitet i regi av disse organene mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen.

Europakommisjonen (EU-kommisjonen) har vært opptatt av tilsvarende problemstillinger. I Finland ble en plikt til å skille ut visse aktiviteter i egne skattepliktige selskaper som kan gå konkurs

<sup>1</sup> Mandatet viser i denne sammenheng til Produktivitetskomisjonens første rapport, NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*.

<sup>2</sup> Det kan være former for støtte som er forenlig med EØS-avtalen, herunder støtte av sosial karakter. Støttereglene er nærmere omtalt i kapittel 4.

<sup>3</sup> På denne bakgrunn er det for eksempel innført skatteplikt for avfallshåndtering, jf. skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav c, og offentlige sykehusapoteks publikumsutsalg, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav g nr. 5.

<sup>4</sup> Se vedlegg 1 til rapporten.

(såkalt «bolagiseringsplikt») samt håndhevelse av nasjonale regler om konkurransenøytralitet innført i henholdsvis den finske kommune- og konkurranse-loven som en konsekvens av EU-kommisjonens vurderinger knyttet til konkursimmunitet og skattefritak for Vegværket (nå Destia Ab) samt Helsingfors by sitt foretak Palmia.<sup>5</sup> I senere tid har EU-kommisjonen krevd avvikling av skattefritak for offentlige havner i Nederland, Belgia og Frankrike på bakgrunn av at «*unjustified corporate tax exemptions for ports distort the level playing field and fair competition. They must be removed.*»<sup>6</sup> Gruppen er imidlertid ikke kjent med at EU-kommisjonen har kommet med generelle krav om utskilling av offentlig økonomisk aktivitet overfor EU-land.

På denne bakgrunn har arbeidsgruppen blitt bedt om å vurdere hvilke tiltak som er nødvendige etter EØS-avtalen, og synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte.<sup>7</sup> I tillegg er arbeidsgruppen også bedt om å vurdere tiltak som ikke er påkrevet, men som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn.

Et viktig bakteppe for arbeidsgruppens arbeid er hensynet til det offentlige samfunnsoppdraget. Offentlig sektor tilbyr, som ledd i å ivareta dette, en rekke ulike tjenester som er organisert på ulikt vis. Det er viktig at gjennomføringen av reglene om offentlig støtte i norsk rett tar tilstrekkelig høyde for at staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak fortsatt skal kunne oppfylle det offentlige samfunnsoppdraget de er tillagt på en effektiv måte.<sup>8</sup>

## 1.2 Arbeidsgruppens mandat

Arbeidsgruppen ble gitt følgende mandat:

### «2. Utredningen 2.1 Formålet

Formålet med utredningen er å gi norske myndigheter et godt grunnlag for å iverksette tiltak som skal sørge for at reguleringen av økonomisk aktivitet utøvd av staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er i tråd med

EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og at offentlige og private aktører har like konkurransevilkår. Samtidig er det viktig å sikre at det offentlige er i stand til å løse sine oppgaver på en god og effektiv måte.

### 2.2 Utredning

Arbeidsgruppen skal:

- Identifisere hvilke konkurransemessige fordeler og ulemper offentlige aktører har i forhold til private aktører, og drøfte de konkurransemessige virkningene av disse. Herunder skal arbeidsgruppen vurdere virkninger av det generelle skattefritaket (både for virksomhets-, formues- og kapitalinntekter), krysssubsidiering, implisitte garantier og manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet.
- Vurdere hvilke aktiviteter som er omfattet av dagens skattefritak og implisitte garantier, og som utgjør økonomisk aktivitet og derfor er underlagt EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Herunder skal arbeidsgruppen vurdere aktiviteter produsert i egenregi eller i samarbeid med andre offentlige aktører, tjenester der myndighetene er eneste kjøper, tjenester som tidligere har vært konkurranseutsatt, og tjenester som er basert på solidaritet og finansiert av offentlig midler. Arbeidsgruppen skal særlig vurdere i hvilken grad kommunale helse- og omsorgstjenester berøres.
- Vurdere i hvilken utstrekning samhandelskriteriet og konkurransebegrensningskriteriet vil påvirke vurderingen av hvilke aktiviteter som omfattes av EØS-avtalens regler om offentlig støtte.
- Med utgangspunkt i de foreløpige vurderingene fra ESA, foreta en EØS-rettslig vurdering av om dagens norske regelverk er i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte.
- Vurdere om EØS-avtalens regler om eiendomsretten og bestemmelser om foretak som er tillagt å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, setter grenser for hvor langt ESA kan gå i å pålegge tiltak som innebærer en bestemt organisering av offentlig virksomhet.

<sup>5</sup> Se den finske regjeringens proposisjon [RP 40/2013 rd](#) til riksdagen om forslag til endringer i konkurranse-loven.

<sup>6</sup> Kilde: EU-kommisjonens [pressemelding av 27.juli 2017](#).

<sup>7</sup> Jf. mandatet punkt 2.3.

<sup>8</sup> Jf. mandatet punkt 1.2.

- Kartlegge regelverket og erfaringene med de ulike tiltakene som er gjennomført i Sverige, Danmark og Finland, og innhente informasjon om hvordan de samme problemstillingene er løst i andre utvalgte EU-land, samt innhente informasjon fra OECD.

### 2.3 Forslag til tiltak

Arbeidsgruppen skal på grunnlag av sine utredninger, anbefale løsninger og virkemidler, og fremme forslag til eventuelle lovbestemmelser eller andre tiltak, som gjennomfører gruppens forslag.

Arbeidsgruppen skal synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Arbeidsgruppen skal vurdere hvilke tiltak som er nødvendige etter EØS-avtalen, og hvilke som ikke er påkrevet, men som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn.

Arbeidsgruppen skal foreslå tiltak under to forutsetninger:

- Krav om at den offentlige virksomheten som er økonomisk aktivitet skilles ut.
- Ingen utskillingsplikt.

Arbeidsgruppen skal vurdere hvorvidt en eventuell utskillingsplikt skal begrenses, for eksempel til visse sektorer, til nærmere avgrenset aktivitet eller til aktivitet som overstiger et visst omsetningsnivå.

Uten utskillingsplikt må arbeidsgruppen vurdere og foreslå hvordan en skatteplikt bør utformes, hvordan offentlige regnskapsregler og rapporteringsrutiner må tilpasses en skatteplikt, hvilke tiltak som må innføres for å hindre skattemessige tilpasninger og hvordan eventuelle fordeler av implisitte offentlige garantier kan utlignes.

Arbeidsgruppen skal utrede forslag til tilsyns- og håndhevelsesregime for de ulike løsningene.

### 2.4 Virkninger av tiltakene

Arbeidsgruppen skal gjennomføre en samfunnsøkonomisk analyse for å klarlegge gevinster og kostnader forbundet med tiltakene, herunder konsekvensene for det offentlige tjenestetilbud til befolkningen, det

offentliges mulighet til å organisere og styre sin egen virksomhet og hvordan arbeidstakere kan bli berørt av de foreslåtte tiltakene.»

## 1.3 Arbeidsgruppens forståelse av mandatet

Mandatet omfatter som utgangspunkt både fordeler og ulemper for henholdsvis offentlige og private aktører. Det finnes imidlertid en rekke situasjoner der det kan oppstå ulike konkurransevilkår i privates disfavør, men som etter arbeidsgruppens oppfatning ikke er omfattet av mandatet.

Det er særlig to spørsmål gruppen vil avklare. For det første forholdet mellom reglene om offentlig støtte og andre problemstillinger knyttet til like vilkår. For det andre betydningen av forskjellen mellom virksomhet som drives innad i det offentlige og virksomhet som drives i allerede utskilte enheter.

For å klargjøre gruppens mandat må det skilles mellom de ulike punktene gruppen er bedt om å se på. Den *rettslige vurderingen av støttereglene*,<sup>9</sup> samt *tiltakene som skal foreslås*,<sup>10</sup> er knyttet opp mot ESA-saken og spørsmålet om utskillelse eller ikke-utskillelse. Andre støtterettslige spørsmål enn konkursimmunitet og skattefritak (for eksempel markedsaktørprinsippet, krysssubsidierting og konkurransevidende markedsregulering) vil i utgangspunktet ikke bli behandlet i rapporten. Det vil likevel gis en redegjørelse for den støtterettslige vurderingen og den potensielle betydningen av markedsaktørprinsippet. Den rettslige vurderingen og tiltakene som foreslås er videre begrenset til aktivitet som drives innad i det offentlige rettssubjektet (og i en viss utstrekning andre enheter som nyter godt av skattefritak og konkursimmunitet). Andre støtterettslige problemstillinger der private konkurrerer med selvstendige offentlig rettssubjekter faller utenfor den rettslige vurderingen.

Når det gjelder *identifisering av konkurransemessige fordeler og ulemper* og de konkurransemessige virkningene av dette, er mandatet videre.<sup>11</sup> Her nevnes for eksempel krysssubsidierting og markedsaktørprinsippet eksplisitt. Dette innebærer at den faktiske og økonomiske beskrivelsen på disse punktene vil ta opp støtterettslige problemstillinger også utenfor skattefritak og konkursimmunitet, og

<sup>9</sup> Andre til og med femte kulepunkt under overskrift 2.2 i mandatet.

<sup>10</sup> Overskrift 2.3 i mandatet.

<sup>11</sup> Første kulepunkt under overskrift 2.2 i mandatet.

vil heller ikke være begrenset til virksomhet som drives i egen regi eller av enheter som nyter godt av skattefritak og/eller konkursimmunitet.

I boks 1.1 presenteres fem eksempler for å illustrere hvordan disse avgrensningene vil slå ut.

### Boks 1.1 Eksempler på avgrensing av mandatet

1. Situasjoner der det offentlige går inn på markeder og tilbyr tjenester i konkurranse med private aktører. Situasjonen reiser flere spørsmål knyttet til konkurranse på like vilkår:
  - a. Skattefritak og konkursimmunitet
  - b. Tilgang til rimelige innsatsfaktorer
  - c. Krysssubsidierting

Vurdering: Kun punkt a. omfattes av den rettslige vurderingen etter støttereglene etter mandatet punkt 2.2, mens alle punktene er relevante for identifiseringen av konkurransemessige fordeler og ulemper og drøftelsen av implikasjonene til henholdsvis markedsaktørprinsipp og prinsipper om krysssubsidierting. Når det gjelder tiltakene skal disse primært rette seg mot punkt a., men det er naturlig også å si noe om betydningen for etterlevelse av statsstøttereglene også for punktene b. og c.

2. Virksomhet i egenregi. Egenregi innebærer at det offentlige selv produserer varer eller tjenester. Disse kan enten være såkalte støttetjenester til annen offentlig virksomhet (typisk kantiner), eller tjenester som tilbys innbyggerne ved at det offentlige yter tjenestene selv (typisk aldershjem). Dersom tjenestene produseres av enheter som er skilt ut fra kommunen (såkalt uegentlig egenregi), vil slike oppdrag kunne omfattes av reglene om offentlige anskaffelser. Hvorvidt anskaffelsesreglene kommer til anvendelse, vil være avhengig av hvordan enheten er organisert og om den genererer mer enn 20 prosent av sin omsetning fra andre oppdragsgivere.

Vurdering: Selve valget om å produsere en tjeneste i egenregi legger ikke EØS-avtalen føringer på, og dette er heller ikke del av arbeidsgruppens mandat. Gruppen skal heller ikke vurdere nærmere i hvilke situasjoner det offentlige er forpliktet etter EØS-avtalen til å lyse ut kontrakter. Det er heller ikke meningen at arbeidsgruppen skal utrede hensiktsmessigheten av å privatisere eller konkurranseutsette virksomhet. Utover dette vil forretningsmessig aktivitet behandles i utredningen også der den drives i egenregi og det offentlige er eneste etterspørter, jf. mandatet punkt 2.2 andre kulepunkt.

3. Konkurranse med foretak med merverdiavgiftskompensasjon. En slik situasjon er tilfelle der foretak konkurrerer med offentlige eller private som nyter godt av merverdiavgiftskompensasjon (eksempelvis idrettslag som driver treningssentre). Også i disse situasjonene kan det klart nok oppstå konkurransevidringer mellom foretak.

Vurdering: Situasjonen ligger utenfor arbeidsgruppens mandat med hensyn til rettslig vurdering av støttereglene, jf. ovenfor om fokus på skattefritak og konkursimmunitet. Situasjonen bør likevel tas med i identifiseringen av konkurransemessige fordeler og ulemper som offentlige aktører har i forhold til private, jf. mandatet punkt 2.2 første kulepunkt.

4. Konkurranseflater mellom offentlig og privat tilbud innenfor for eksempel helsetjenester. Private aktører opererer i konkurranse med det offentlige på en rekke markeder der det offentlige selv er «primærleverandør».

Vurdering: Spørsmålet om det offentlige *bør* tilby disse tjenestene er ikke del av arbeidsgruppens mandat. Det er derimot spørsmålet om tilbudet skjer på like vilkår, forutsatt at det er tale om kommersiell aktivitet.

5. Konkurransen mellom private aktører og forvaltningsbedrifter/offentlige foretak (for eksempel NRK, Meteorologisk Institutt, offentlige forskningsstiftelser mv.)

Vurdering: Disse problemstillingene faller bare innenfor den rettslige vurderingen så langt den offentlige enheten nyter godt av skattefritak eller konkursimmunitet. Situasjonen tas likevel med i identifiseringen av fordeler og ulemper knyttet til konkurransesituasjonen, samt beskrivelsen av betydningen av markedsaktørprinsippet og prinsipper om krysssubsidierting. Det avgrenses mot andre regelverk slik som problemstillinger knyttet til forfordeling i forbindelse med offentlige innkjøp og misbruk av dominerende stilling.

## 1.4 Sammendrag av rapporten

Arbeidsgruppens oppdrag er tredelt: å identifisere konkurransefordeler og -ulemper for offentlige og private aktører, å vurdere hvilke aktiviteter innenfor skattefritak og konkursimmunitet som omfattes av reglene om offentlig støtte som «økonomisk aktivitet», og dessuten å foreta en vurdering av om regelverket er i samsvar med EØS-avtalen. Videre skal gruppen foreslå tiltak på bakgrunn av disse drøftelsene. Et sentralt formål er å synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-retten. Endelig skal gruppen kartlegge regelverk og erfaringer i andre land. Det vises til mandatet gjengitt i punkt 1.2. I tillegg har gruppen funnet det nødvendig å foreta en empirisk undersøkelse for å kartlegge omfanget av slik aktivitet som mandatet etterspør.

Gruppen besvarer mandatet ved først å presentere en kartlegging av kommersiell virksomhet og drøftelse av konkurransefordeler og -ulemper mellom offentlige og private aktører. Denne delen inneholder også en drøftelse av hva konkurranse på «like vilkår» kan innebære, samt en samfunnsøkonomisk analyse (kapitlene 2 og 3). Deretter presenteres de rettslige vurderingene av EØS-rettslig økonomisk aktivitet samt intern rett om skattefritak og konkurs, før det foretas en vurdering av om disse reglene kan sies å innebære offentlig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 (kapitlene 4 til 7). Som grunnlag for arbeidsgruppens vurderinger gir kapittel 8 en oversikt over eksisterende kontrollmekanismer i det offentlige, mens kapittel 9 presenterer ordninger i andre land. De enkelte kapitlene omtales noe mer konkret nedenfor. Arbeidsgruppens forslag til tiltak presenteres avslutningsvis i kapittel 10.

Det er noen dissenser og særmerknader, dels på mer grunnleggende forhold, dels på enkeltspørsmål i de rettslige vurderingene og endelig i kapitlet om forslag til tiltak. De mer overordnede særmerknadene fra *medlemmene Reegård og Hennyng* er inntatt i dette innledningskapitlet, se punkt 1.5. Ellers er dissenser og særmerknader inntatt løpende i de punktene de knytter seg til.

Arbeidsgruppen redegjør først i kapittel 2 for kartleggingen av kommersiell aktivitet som drives internt innenfor norsk offentlig sektor (det vil si ikke i enheter som er skilt ut som egne rettssubjekter). Responsen på kartleggingen var varierende, og den gir ikke grunnlag for å trekke sikre konklusjoner om omfanget av slik aktivitet. Kartleggingen gir dog et visst inntrykk hva gjelder typer aktivitet som er etablert på ulike forvaltningsnivå, bakgrunnen for å etablere kommersiell aktivitet samt motiver for valgt organisering. Et inntrykk er at det som EØS-rettslig karakteriseres som økonomisk aktivitet er relativt begrenset så lenge det er tale om aktivitet som drives innenfor det offentlige i egen regi. Undersøkelsen suppleres med tall fra Statistisk sentralbyrå (SSB) og KOSTRA. I offentlig sektor synes EØS-rettslig økonomisk aktivitet å være langt mer utbredt i enheter som allerede opererer som egne rettssubjekter. Verken SSB eller KOSTRA-tall gir et godt grunnlag for å vurdere omfanget av økonomisk aktivitet som drives innenfor det offentlige som eget rettssubjekt.

I kapittel 3 settes problemstillingen inn i en større samfunnsøkonomisk kontekst. Norsk økonomi har langt på vei blitt basert på et samspill mellom offentlige og private tjenester. Gruppen søker her å forklare hva et konsept som konkurranse på *like vilkår* kan gå ut på, og gir en fremstilling av samfunnsøkonomiske implikasjoner. Endelig innehol-

der dette kapittelet en oversikt over ulike konkurranseulempes og -fordeler for privat og offentlig forretningsvirksomhet. Fremstillingen viser at det offentlige både kan ha fordeler og ulemper i konkurransen med private.

Kapittel 4 gir en oversikt over de relevante EØS-reglene, det vil si reglene om offentlig støtte, anskaffelsesreglene og reglene om konkurranse mellom foretak.

Kapittel 5 redegjør for begrepet økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand (for tydelighets skyld omtales dette som EØS-rettslig økonomisk aktivitet). Reglene om offentlig støtte omfatter bare slik aktivitet, og dermed angir dette kapittelet rammen for arbeidsgruppens arbeid. Gruppen viser hvilke aktiviteter som i praksis har blitt ansett som økonomiske, og gir også eksempler på aktiviteter som ikke er det. I tillegg eksisterer det en rekke tilfeller der rekkevidden av støttereglene ikke er endelig avklart.

Kapittel 6 fremstiller det interne rettslige grunnlaget for de to punktene ESA har gått nærmere inn på, nemlig skattefritak og konkursimmunitet.

Kapittel 7 drøfter hvorvidt disse to punktene kan utgjøre offentlig støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61. Arbeidsgruppen har ikke kommet frem til en omforent konklusjon om henholdsvis skattefritak og konkursimmunitet representerer offentlig støtte. Et flertall stiller seg bak en konklusjon der det anses at skattefritaket representerer en støtteordning etter EØS-avtalen artikkel 61, men at konkursimmunitet ikke representerer støtte så lenge markedsaktørprinsippet etterlevs. Det er derfor rom for å hevde at ESA ikke i tilstrekkelig grad har påvist at fordelsvilkåret er oppfylt. Et mindretall (*medlemmene Hennyng og Reegård*) anser at selektivitetsvilkåret i flere tilfeller ikke vil være oppfylt, særlig fordi det offentlige og private ikke befinner seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon.

Kapittel 8 drøfter organisasjonsformer og kontrollordninger i offentlig sektor, mens kapittel 9 beskriver løsninger i andre land. Konklusjonene fra de landene gruppen har undersøkt er at både Danmark, Sverige og Finland har særregler for de problemstillingene gruppen er bedt om å vurdere. Danmark har nasjonale regler om offentlig støtte som en del av den danske konkurranseloven, Sverige har begrensninger på hva det offentlige kan foreta seg av EØS-rettslig økonomisk aktivitet,

mens Finland har en utskillingsplikt («bolagiseringssskyldighet»). Videre har både Sverige og Finland lovt tillegg i de respektive konkurranselover med sikte på sikre konkurransenøytralitet mellom offentlige og private foretak. Det finske regelverket er etablert på bakgrunn av saker hvor EU-kommisjonen har påpekt brudd på støttereglene, mens de danske og svenske reglene ikke er det. Også land som Nederland, Frankrike og Belgia har etter påpekninger fra EU-kommisjonen justert sine skatteregler for økonomisk aktivitet i regi av det offentlige. Arbeidsgruppen har ikke foretatt noen kartlegging av gjenværende unntak i disse ordningene. Ut over dette har gruppen ikke identifisert slike generelle særreguleringer som Danmark, Sverige og Finland gir eksempler på, og er heller ikke kjent med at EU-kommisjonen har stilt generelle krav om utskilling av EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

I kapittel 10 drøftes tiltak som svar på mandatet. Arbeidsgruppen har vurdert hva som må gjøres som et minimum for å tilpasse seg reglene om offentlig støtte. Gruppen har funnet denne problemstillingen vanskelig. For det første kan det være delte meninger om hva som utgjør minimumsløsninger i betydningen mer eller mindre tyngende alternativer, dersom valget står mellom flere alternativer som alle vil adressere støtterettslige problemstillinger. For eksempel vil utskilling av virksomhet i noen sammenhenger kunne være praktisk sett enkelt å gjennomføre, mens det i andre tilfeller vil kunne by på omfattende problemer. Et flertall i arbeidsgruppen finner at et regnskapsmessig skille representerer en nødvendighet for å kunne etterleve det såkalte markedsaktørprinsippet. Dette gjelder uavhengig av hvordan virksomheten er organisert. Drøftelsen av tiltak for å løse de støtterettslige problemstillingene som ESA har tatt opp, det vil si skattefritak og konkursimmunitet, skjer under forutsetning av at disse utgjør støtte. Gruppen viser mulige løsninger basert både på utskilling og ikke-utskilling, og synliggjør ulike alternativer for å avgrense slike ordninger. Gruppen anser at en omsetningsterskel er det mest hensiktsmessige.

Arbeidsgruppen anser at en løsning basert på separate regnskaper og skatteplikt vil være tilstrekkelig til å avhjelpe støtteproblematikk knyttet til skattefritak, gitt forutsetningen om at dette representerer støtte. Dersom det velges en løsning basert på separate regnskaper og skatteplikt, utelukker dette likevel ikke at utskilling velges der det er hensiktsmessig, for eksempel der utskilling



fremstår som enklere, er et bedre alternativ for virksomheten, eller er ønskelig av andre årsaker. Et mindretall (*medlemmene Djupvik og Sundal*) går noe lenger i å anbefale utskilling.

En samlet arbeidsgruppe mener at konkursimmunitet uansett ikke representerer et problem dersom markedsaktørprinsippet etterlevs. Det er ikke flertall i arbeidsgruppen for en helt generell utskillingsplikt for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Et flertall i arbeidsgruppen går inn for at det innføres en plikt til regnskapsmessig skille, og dessuten at det etableres et kontrollregime for å sikre etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Flertallet mener at oppgaven bør legges til Konkurransetilsynet. Dette flertallet er noe delt med hensyn til hvor langt kompetansen under et slikt regime skal gå, det vil si om det skal inkludere kompetanse til å gi konkrete pålegg blant annet om utskilling, og om det skal kunne pålegges tilbakeføring av støtte til fordel for statskassen. Et mindretall (*medlemmene Hennyng og Reegård*) anser at det ikke er nødvendig å etablere et tilsynsregime, men at effektivisering av informasjon og veiledning vil være tilstrekkelig.

Et flertall i arbeidsgruppen foreslår at det innføres et generelt prinsipp om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre skal dette gjøres på markedsmessige vilkår. Et mindretall (*medlemmene Halvorsen, Hennyng, Kvalheim og Reegård*) dissenterer mot dette forslaget.

I kapittel 11 redegjøres det for økonomiske og administrative konsekvenser av de ulike løsningsforslag.

## 1.5 Særmerknader

### 1.5.1 Overordnet særmerknad fra medlemmene Hennyng og Reegård

#### *Innledning og bakgrunn*

Som det fremkommer av rapporten kan *medlemmene Hennyng og Reegård* på noen punkter ikke slutte seg til flertallet av arbeidsgruppens vurderinger og forslag. Videre tar *disse medlemmene* dissens på spørsmålet om opprettelse av et tilsynsorgan, samt forslaget om et generelt krav om markedsaktørprinsippet. Det vises i den forbindelse til punkt 10.7, 10.8, og 10.9.

*Medlemmene Hennyng og Reegård* vil i denne særmerknaden gi en mer generell beskrivelse av sitt syn på hovedtrekkene i rapporten.

I henhold til mandatet skal arbeidsgruppen ut ifra de foreløpige vurderingene fra ESA, foreta en EØS-rettslig vurdering av om det generelle skattefritaket og implisitte garantier/konkursimmunitet er forenlig med EØS-avtalens artikkel 61(1). Arbeidsgruppen skal også synliggjøre det handlingsrommet norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte. *Disse medlemmene* mener at arbeidsgruppen i begrenset grad har forsøkt å utfordre ESAs argumenter og dermed ikke synliggjort handlingsrommet i tilstrekkelig grad.

Snarere tvert imot har arbeidsgruppens flertall på flere områder foreslått tiltak som går langt utover det som er påkrevd etter EØS-avtalen.

ESA har i sitt brev av 15. desember 2015 til norske myndigheter, foreslått som formålstjenlig tiltak at all økonomisk aktivitet skilles ut i egne rettssubjekter som betaler inntektsskatt og kan gå konkurs. Dette gir EØS-avtalen neppe rom for å pålegge norske myndigheter. En plikt til utskilling av økonomisk aktivitet griper direkte inn i kommunenes og fylkeskommunenes selvstyre, herunder kommunenes og fylkeskommunenes frihet til å organisere sitt tjenestetilbud til befolkningen. Tiltaket er også i strid med EØS-avtalen artikkel 125 som verner om eiendomsretten og statens suverene rett til å organisere offentlige tjenester, jf. også EØS-avtalen artikkel 59(1).

Bakgrunnen for at ESA har åpnet sak mot Norge er at ESA har behandlet flere klagesaker knyttet til krysssubsidiering, skattefritak og manglende etterlevelse av markedsinvestorprinsippet de siste årene. De aktuelle sakene ESA refererer til er innenfor områdene helse- og omsorg, utdanning, avfallshåndtering og sport/trening. Det dreier seg ca. om 7-8 saker over en periode på ca. 20 år. Det synes i seg selv å være et noe tynt grunnlag for å foreslå en generell revisjon som griper inn i statens suverene rett til å organisere offentlige tjenester, jf. artiklene 59 og 125.

Det er viktig at kommuner og fylkeskommuner har rett til å bestemme hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig ut i fra behovet for eierskapskontroll, sektorpolitiske målsetninger, effektivitetsbetraktninger og hva som er samfunnsøkonomisk mest lønnsomt. Å innføre en utskillingsplikt vil kunne innebære store administrative og

økonomiske kostnader, og kunne føre til bortfall av tjenestetilbud og dyrere tjenester til befolkningen.

#### **Vurderingen av hvilke aktiviteter som er omfattet av økonomisk aktivitet**

Det at ESA har gått så omfattende til verks innebærer også en utfordring når arbeidsgruppen, og etter hvert regjeringen, skal vurdere hvorvidt et generelt skattefritak eller konkursimmunitet kan innebære offentlig støtte. Karakteren og omfanget av aktivitetene ESA-saken gjelder, vil være av sentral betydning for å foreta en slik vurdering, slik det også påpekes i en juridisk vurdering LO har innhentet fra en fremstående ekspert blant annet på EU-rett og ESA-praksis, jf. [notat fra advokat Per Andreas Bjørgan](#)<sup>12</sup> som er tilgjengelig som uttrykt vedlegg til denne særmerknad og som er tilgjengelig på LOs hjemmesider. På tross av dette har ikke ESA fastlagt hvilke konkrete vare- og tjenestetilbud som er omfattet av saken, og dermed heller ikke etablert et faktisk grunnlag som de ulike støttevilkårene kan vurderes opp mot.

For disse medlemmene er det eksempelvis uklart om ESA-saken omfatter velferdstjenester og vare- og tjenestetilbud forbundet med samfunnskritisk infrastruktur. Siden ESA har trukket frem forvaltningen av sosialboliger og vann- og avløpssektoren som eksempler på tilbud som kan være omfattet av statsstøtteregelverket, er det mye som tyder på at ESA ikke bare krever tiltak for vare- og tjenestetilbud som er begrunnet i rent forretningspolitiske formål. Dette aktualiserer problemstillinger knyttet til EØS-avtalens regulering av eiendomsretten og tjenester av allmenn økonomisk betydning, herunder nasjonale myndigheters suverene rett til å bestemme om tjenestetilbudet til befolkningen skal være basert på offentlige ytelser, eller om sektorer helt eller delvis skal åpnes for konkurranse fra private aktører. Saken har dermed potensielt store ringvirkninger, både for organiseringen av forvaltningen og finansieringen av det offentlige velferdstilbudet. Disse problemstillingene har ESA ikke løftet frem i sine brev til norske myndigheter.

#### **Samfunnsøkonomisk analyse**

Det følger av mandatet at arbeidsgruppen skal gjennomføre en samfunnsøkonomisk analyse for

<sup>12</sup> Se [https://www.lo.no/Documents/Velferd/ESAs\\_paalegg\\_om\\_aa\\_omorganisere\\_sider\\_ved\\_offentlig\\_sektor\\_Juridisk\\_notat.pdf](https://www.lo.no/Documents/Velferd/ESAs_paalegg_om_aa_omorganisere_sider_ved_offentlig_sektor_Juridisk_notat.pdf) Advokat Per Andreas Bjørgan har vært visedirektør i ESAs juridiske avdeling og har omfattende prosedyreerfaring for EFTA- og EU-domstolene i Luxemburg. Fra 2008 til 2014 var han konkurransedirektør og ledet arbeidet med mer enn 250 statsstøttebeslutninger og noen av de største konkurransesakene som har vært i Norge.

å klarlegge gevinster og kostnader forbundet med tiltakene, herunder konsekvenser for det offentliges tjenestetilbud til befolkningen, det offentliges mulighet til å organisere og styre sin egen virksomhet og hvordan arbeidstakere kan bli berørt av de foreslåtte tiltakene.

*Medlemmene Hennyng og Reegård* synes at rapporten i liten grad svarer ut denne oppgaven. På denne bakgrunn har KS ved hovedstyret, besluttet å bestille en FoU-rapport for å blant annet vurdere hvilke konsekvenser arbeidsgruppens forslag vil ha for kommunesektoren – samlet og sektorvis. FoU-rapporten vil også se på hvilke konsekvenser arbeidsgruppens forslag vil kunne ha for innbyggerne.

Heller ikke for det store antall statlige etater som kan berøres er det foretatt konsekvensvurderinger.

#### **1.5.2 Særmerknad fra medlemmet Reegård**

Fraværet av forsøksvis presise konsekvensutredninger, beskrevet foran, innebærer fare for at stat og kommune påføres en stor generell administrativ belastning og nye utrednings- og beregningsprinsipper for blant annet å betale skatt til seg selv, uten at fordeler og ulemper ved slike grep blir vurdert. Oppfølging av slike generelle tiltak i skatteetaten og blant andre kontrollinstanser vil gå på bekostning av allerede prekärt belastede kjerneoppgaver som å sikre skattegrunnlaget og å forebygge useriøsitet i arbeids- og næringsliv. De berørte etater vil kunne påføres ekstra kostnader til konsulent- og advokatoppgaver bare som følge av mer komplisert regelverk, i en tid der det ellers gjøres mye for å forenkle hverdagen for økonomiens øvrige aktører.

*Medlemmet Reegård* vil også generelt reservere seg mot viktige deler av den analyse utredningen inneholder. Den er i uheldig utstrekning preget av den forståelse av offentlig sektors rolle i økonomien som også kan ligge bak ESAs konklusjoner i brevet til norske myndigheter (av 15. desember 2015). Offentlig sektor er for omfattende; mer marked og konkurranse fremstår som et mål i seg selv.

Fremstillingen ser ut til å mangle den innsikt at offentlig sektor (ca. en tredel av norsk økonomi) i all hovedsak er innrettet for å ivareta roller som ikke egner seg for generell markedskonkurranse. Uten den betydelige endringen i norsk konkurransepolitikk som utvalgets flertall går inn for er de reelle problemstillinger som ligger i mandatet



knyttet til begrensede berøringsområder mellom offentlig og privat tjenesteyting.

*Dette medlem* vil særlig fremheve ubalansen i kapitlet 3 som er utredningsmandatets ene hovedpunkt: «like vilkår» mellom offentlige og private aktører. Det kapitlet underkommunerer betydningen av de viktige restriksjoner eller forpliktelser som er mest utbredt for aktører i stat og kommune. Den viktigste forskjellen er at offentlige enkeltaktører i praksis helt mangler den frihet private aktører har i valg av «marked» og produksjonsområde. Man kan sjelden levere *hva* man vil og *hvor* man vil. Man er også i praksis underlagt mye strengere kontroll med at lover og regler følges, noe som i hvert fall kortsiktig kan gi private aktører en konkurransefordel.

Man gir i kapitlet om «like vilkår» en bred problematisering av statsgarantien uten å vektlegge at det offentlige som oftest har leveringsplikt og sterke restriksjoner på finansieringsmengde og måte.

Når det gjelder offentlig forvaltnings «skattefritak» vil *medlemmet Reegård* påpeke det fullstendige fraværet av empirisk analyse. Det må også understrekes at ESAs krav er isolert til selskapsskatten og ikke vurderer andre viktige skattearter som kan gi forskjellsbehandling av ulike økonomiske aktører. Men heller ikke for selskapsskatten, som er temaet i ESA-saken, har flertallet vist interesse for empirisk analyse av hvordan skattebelastningen er på ulike typer virksomhet i blant annet offentlig og privat sektor. Man gjennomfører heller ingen drøfting av ESAs forenklede utgangspunkt om at konkurransevridning gjennom selskapsskatten alene kan baseres på sammenligning av formelle satser for selskapsskatten, uten tanke for hvordan systemet er i praksis der blant annet 60 prosent av foretakene ikke betaler inntektsskatt. Det er nok et teoretisk rimelig utgangspunkt at fravær av en nokså generell skattesats betydelig større enn null, innebærer en konkurransefordel sammenlignet med de som ikke har null. Men for å rettferdiggjøre betydelige tiltak for å motvirke denne, kreves en empirisk analyse av hvor stort problemet er og en vurdering av mulig bidrag til å endre graden av konkurransevridning. Dette poeng er nærmere omtalt i særmerknad i punkt 3.4.1.

## 1.6 Arbeidsgruppens sammensetning og arbeid

Arbeidsgruppen har bestått av følgende medlemmer:

- Professor Erling Hjelmeng (leder)
- Professor Nils-Henrik Mørch von der Fehr
- Professor Trond Bjørnenak
- Forsker Elin Halvorsen
- Kommuneadvokat Miriam Schei
- Postdoktor Malgorzata Cyndecka
- Advokat Beatrice Dankertsen Hennyng, Kommunesektorens organisasjon KS
- Seniorrådgiver Stein Reegård, Landsorganisasjonen
- Direktør Ingebjørg Harto, Næringslivets Hovedorganisasjon (til oktober 2016)
- Advokat Ingeborg Djupvik, Næringslivets Hovedorganisasjon (fra november 2016)
- Direktør Tore Eugen Kvalheim, arbeidsgiverforeningen Spekter
- Advokat Anita Sundal, Hovedorganisasjonen Virke

Arbeidsgruppens sekretariat har bestått av følgende personer:

- Kjell Jostein Sunnevåg (leder)
- Caroline Knem Christie (til oktober 2016)
- Christina Erichsen Grindal
- Edvard Thorolf Aspelund
- Elisabeth Torkildsen
- Even Vaboen
- Jørgen Jahr Hopperstad
- Knut Klepsvik
- Liv Jægersborg
- Marie Wiersholm
- Thomas Klev
- Vegard Pettersen

Arbeidsgruppen har i perioden 16. august 2016 til 18. desember 2017 hatt 14 møter, hvorav ett to-dagers møte 16. til 17. november 2017. I møtene har arbeidsgruppen blant annet hatt presentasjoner fra EFTAs overvåkningsorgan ESA, Norsk Revisorforening, representanter for finske og svenske myndigheter, Herdis Helle fra kommunadvokaten i Bergen, samt Lars Sørgard fra Konkurransetilsynet.

I tillegg har arbeidsgruppen arrangert et dialogmøte 24. januar 2017. Formålet med dialogmøtet var å gi inviterte aktører anledning til å gi innspill til kartleggingen av faktum og nye perspektiver på gruppens drøftinger. Det var invitert aktører med sikte på å få frem både offentlig og privat perspektiv på problemstillinger av relevans for utvalgets mandat. Presentasjonene var videre delt inn i tre bolker,

med et kommunalt perspektiv, statlig perspektiv og problemstillinger relatert til spesialisthelsetjenester. Se referat fra dialogmøtet i vedlegg 7.

## 1.7 Ordliste

Ordlisten tar for seg sentrale vilkår i støtteforbudet i EØS-avtalen, begrep som er sentrale i rapporten samt enkelte begrep som kan ha litt ulik forståelse i støtteretten og i økonomisk teori.

**Offentlig støtte** – tiltak som oppfyller alle vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 første ledd. Omtales også som statsstøtte. Bestemmelsen lyder: «*Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som virker eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene*».

**Foretak** – hele eller deler av virksomhet som driver økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand.

**EØS-rettslig økonomisk aktivitet** – kjøp og salg av varer eller tjenester i det som i EØS-rettslig forstand anses som et marked. Begrepet er et EØS-rettslig autonomt begrep. Det betyr at vi ikke kan dra slutninger fra forståelsen av tilsvarende norske begreper i lovverk, økonomisk teori eller dagligtale. Myndighetsutøvelse skjer ikke i et marked. Ifølge rettspraksis anses heller ikke tjenester som er finansiert av offentlige budsjetter, basert på solidaritet og som ikke forutsetter mer enn marginal egenbetaling å være EØS-rettslig økonomisk aktivitet. I Norge gjelder dette for eksempel utdanning, spesialisthelsetjenester, kommunale helse- og omsorgstjenester, barnehager og barnevern.

**Kommersiell/forretningsmessig aktivitet** – aktiviteter med konkurranseflater mot private, men som ikke nødvendigvis er EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Begrepet omfatter her også aktiviteter som det offentlige yter av andre årsaker enn for å oppnå overskudd.

**Statsmidler eller offentlige midler** – midler gitt av stat, fylkeskommune, kommune, og andre offentlige organer.

**Økonomisk fordel** – alle økonomiske fordeler som tildeles et foretak, både direkte tilskudd og fritak fra byrder.

**Selektiv fordel** – støtte til fordel for bestemte foretak eller bestemte grupper av foretak.

**Konkurranssevridningsvilkåret** – bare støttetiltak som er egnet til å vri konkurransen er omfattet av støtteforbudet. Det skal lite til før vilkåret er oppfylt.

**Samhandelsvilkåret** – støtteforbudet gjelder bare dersom støtten påvirker eller kan påvirke samhandelen innenfor EØS-området. Dersom støtten kun har virkninger internt i en medlemsstat, eller kun har virkning for samhandelen med tredjeland, gjelder ikke forbudet.

**Konkursimmunitet** – lover og regler som innebærer at visse aktører ikke kan gå konkurs. Dette fører igjen til at kreditorene i praksis er sikret dekning for sine krav.

**Krysssubsidierting i statsstøtteretten** – her brukes begrepet krysssubsidierting om situasjoner der EØS-rettslig økonomisk aktivitet subsidieres med offentlige midler direkte eller indirekte uten at det fattes vedtak om støtte eller at det nødvendigvis er ønske om å støtte den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Som regel kalt subsidierting i samfunnsøkonomisk teori.

**Krysssubsidierting i samfunnsøkonomisk teori** – en situasjon der én gruppe konsumenter betaler høyere priser for et produkt som selges i et gitt marked for å gjøre det mulig for foretaket å fastsette lavere priser for en annen gruppe konsumenter i et annet marked. Krysssubsidierting kan skje mellom ulike geografiske markeder, og forutsetter at foretaket har markedsrett i det markedet som krysssubsidiertingen skjer fra. Krysssubsidierting kan, men trenger ikke være skadelig i konkurranse- og samfunnsøkonomisk forstand.

**Subsidierting** – økonomisk bidrag eller støtte til økonomisk aktivitet (en sektor, foretak eller individ) med sikte på å fremme økonomiske eller sosiale mål.

**Markedsaktørprinsippet** – verktøy utviklet av EU-domstolen som redskap for å vurdere om det foreligger en økonomisk fordel etter EØS-avtalen artikkel 61. Prinsippet innebærer at det offentlige,

når det driver aktivitet i markedet, må handle på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter.

**Kunstige konkurransevilkår** – myndighetsbestemte fortrinn for enkelte virksomheter.

**Alternativkostnad** – verdien av det beste alternativet som ble valgt bort når man har foretatt et valg mellom gjensidig utelukkende alternativer. Bruker man en ressurs til å produsere et [gode](#), går man samtidig glipp av andre goder man alternativt kunne brukt ressursen til å produsere. Alternativkostnaden er da lik verdien av det godet som har høyest verdi av dem som ikke ble produsert. Verdien av godet vil her si [betalingsvilligheten](#).

**Samfunnsøkonomisk effektivitet** – en allokering som er slik at, gitt de rådende preferanser,

teknologi og ressurstilgang, det ikke vil være mulig å finne en som er bedre, det vil si gir høyere behovstilfredsstillelse eller nytte. Bruk av samfunnets ressurser på en måte som gir høy behovstilfredsstillelse eller nytte. Et eksempel på dette er å få best mulig velferd for de ressursene som gjøres tilgjengelig for dette formålet.

**Utskilling** – strukturell endring i form av at kommersiell aktivitet skilles fra stat, fylkeskommune, kommune eller helseforetak som rettssubjekt ved at virksomheten legges til selvstendige juridiske enheter.

**Kommune** - Når ikke annet er blir uttrykkelig sagt, eller fremgår klart av sammenhengen, blir begrepet «kommune» brukt som en felles benevnelse på både kommune og fylkeskommune.



## 2 Offentlige tjenester og konkurranseflater mot private aktører

Et viktig bakteppe for arbeidsgruppens arbeid er hensynet til det offentlige samfunnsoppdraget, der offentlig sektor som ledd i å ivareta dette tilbyr en rekke ulike tjenester som er organisert på ulikt vis. Siden det er viktig at det legges til rette for at offentlig sektor skal kunne oppfylle det offentlige samfunnsoppdraget de er tillagt på en effektiv måte, blir forståelse av offentlig sektors rolle i økonomien og hva som har drevet utviklingen av grenseflater mellom offentlig og privat sektor viktig.

Arbeidsgruppen har videre vært opptatt av å få et inntrykk av arten og omfanget av det offentliges økonomiske aktivitet, som kan være omfattet av støtteregeverket og de problemstillinger denne rapporten omhandler. Det danner et viktig grunnlag for å drøfte konkurranseflater mellom offentlige og private aktører, mulige problemstillinger og løsninger.

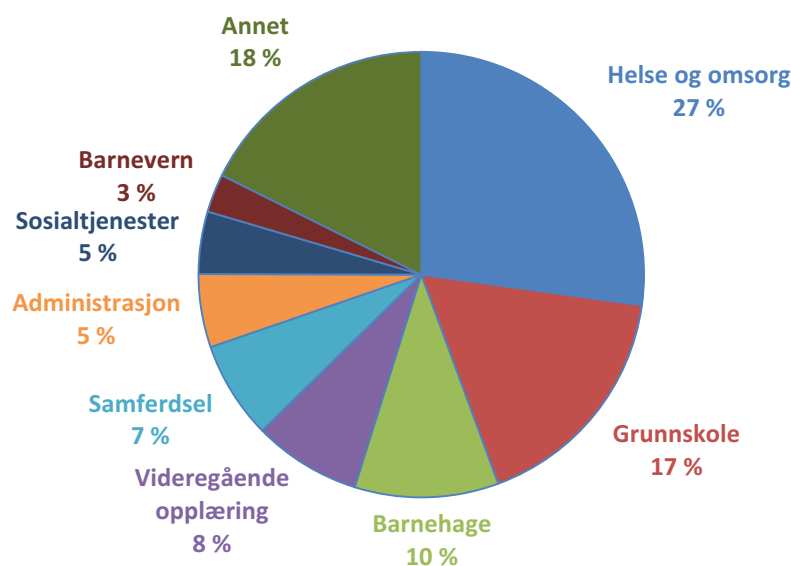
Dette er utgangspunktet for omtalen i dette kapitlet. I punkt 2.1 gis det først en oversikt over det offentliges oppgaver. Siden utvikling og sammensetningen av norsk økonomi utgjør et viktig bakteppe for å betrakte samspillet mellom offentlig og privat sektor, omhandles dette deretter i punkt 2.2.

Arbeidsgruppen har gjennomført et dialogmøte for å få frem både et offentlig og privat perspektiv på problemstillinger av relevans for utvalgets mandat. I tillegg til å innhente tilgjengelig statistikk fra Statistisk Sentralbyrå (SSB) og KOSTRA<sup>13</sup> har arbeidsgruppen gjennomført en kartlegging rettet mot kommune, fylkeskommune, statlige aktører samt helseforetak.

På grunnlag av dette fokuseres det i punkt 2.3 nærmere på mulige konkurranseflater mellom offentlig og privat sektor. Først presenteres tall som viser omfang og næringsklassifisering for offentlige ikke-finansielle foretak i Norge. Deretter rettes oppmerksomheten mer spesifikt mot forretningsvirksomhet innenfor det offentlige som rettssubjekt. Her presenteres mulige konkurranseflater og resultater fra kartleggingen arbeidsgruppen har gjennomført. Endelig omtales tilbakemeldinger i kartleggingen angående begrunnelse for den valgte organiseringen av kommersiell aktivitet i punkt 2.4 og 2.5.

<sup>13</sup> KOSTRA står for Kommune-Stat-Rapportering og gir styringsinformasjon om ressursinnsatsen, prioriteringer og måloppnåelse i kommuner, bydeler og fylkeskommuner, se [www.ssb.no/offentlig-sektor/kostra](http://www.ssb.no/offentlig-sektor/kostra).

Figur 2.1 Kommunesektorens ressursbruk.<sup>1</sup> Andel av brutto driftsutgifter i 2016



<sup>1</sup> For kommuner og fylkeskommuner hver for seg, se SSBs publisering av [nøkkel tall for KOSTRA](http://nøkkel tall for KOSTRA).

Kilde: Statistisk sentralbyrå (KOSTRA)

## 2.1 Det offentliges oppgaver

I omtalen av det offentliges oppgaver vil det i det følgende skilles mellom kommunal sektor, staten og helseforetakene. Omtale av organisering, styring og kontrollmekanismer er nærmere omtalt i kapittel 8.

I den videre omtalen i dette kapittelet og i rapporten vil, om ikke annet blir uttrykkelig sagt eller fremgår klart av sammenhengen, begrepet «kommune» bli brukt som en felles benevnelse på både kommune og fylkeskommune.

### 2.1.1 Kommunal sektor

Kommunene er selvstendige rettssubjekter og ikke en del av den hierarkiske statsforvaltningen. Det er tradisjon for å si at kommunene har fire roller. Kommunal sektor yter tjenester, bidrar til samfunnsutvikling, utøver myndighet og er demokratiske arenaer. Et sentralt trekk ved kommunene er også at de i en rekke sammenhenger opptre som eier og avtalepart. Det vesentlige av tjenesteproduksjon er leveranser av tjenester som er lovpålagte velferdstjenester. Figur 2.1 viser kommunesektorens ressursbruk på de ulike tjenestene i 2016.

Kommuner og fylkeskommuner er selvstendige, politiske forvaltningsnivåer som formelt sett er likestilte. De er derfor ikke underlagt andre statlige organer enn Stortinget, med mindre annet følger av lov.

Samspeillet mellom Stortinget og kommunesektoren bygger på tre prinsipper:

- Generalistkommuneprinsippet, som innebærer at alle kommuner har et lovpålagt ansvar for de samme oppgavene. Det samme finansierings-systemet gjelder for alle.
- Rammestyring, både økonomisk og juridisk, som innebærer at kommunene står fritt til å utforme tjenestetilbudet innenfor lovens rammer. Juridisk vil dette si at Stortinget fastsetter i lov hvilke oppgaver kommunene skal ta seg av, men uten å ta inn i loven hvordan oppgavene skal løses. Økonomisk vil det si at kommunene får overført frie midler gjennom inntektssystemet, ikke gjennom øremerking eller refusjon.
- Det finansielle ansvarsprinsippet, som innebærer at det forvaltningsnivå som er tillagt ansvar for en oppgave, også har ansvaret for å finansiere løsningen av oppgaven.

Kommunenes kompetanse er negativt avgrenset. Det betyr at de kan påta seg enhver oppgave eller

## Boks 2.1 Sentrale kommunale og fylkeskommunale oppgaver

### Fylkeskommunen

- Videregående opplæring
- Fylkesveier
- Kollektivtransport, tt-tjenester og transportløyve
- Kulturminner, museer og andre kulturtiltak
- Næringsutvikling
- Regional planlegging
- Tannhelse<sup>1</sup>

### Kommunen

- Barnehager
- Barnevern
- Bibliotek
- Bosetting og integrering av flyktninger
- Brannvern
- Byggetillatelse
- Grunnskole
- Folkehelse og smittevern
- Havner
- Kommunale veier
- Helse og omsorg
- Klima, natur- og miljøvern
- Kommunal planlegging
- Kultur, idrett og fritid
- Landbruksforvaltning
- Lokal beredskap
- Sosiale tjenester, herunder krisesenter
- Vann, avløp og renovasjon.

<sup>1</sup> Stortinget har vedtatt at ansvaret for tannhelsetjenesten skal overføres fra fylkeskommunene til kommunene (lovvedtak 108 (2016-2017)). Ikrafttredelsestidspunktet for dette er ikke fastsatt og Stortinget har bestemt at det kan fastsettes ulike ikrafttredelsestidspunkt for ulike deler av riket. Kongen (regjeringen) kan gi nærmere bestemmelser om gjennomføring av slik delt ikrafttredelse. Stortinget vedtok samtidig at regjeringen skal legge til rette for en prøveordning der kommuner som ønsker det skal kunne søke om å overta ansvaret for tannhelsetjenesten fra 2020 og at Stortinget i 2023 skal behandle egen sak om beslutning om overføring fra 2023 basert på erfaringene fra prøveordningen.

aktivitet de ønsker så lenge det ikke strider mot lov eller ulovfestede rettsprinsipper, eller oppgaven er lagt til andre organer.

Kommuneloven<sup>14</sup> gir fellesregler og fastsetter de organisatoriske rammene for både kommuner og fylkeskommuner. Kommunene og fylkeskommunene har i varierende grad ansvar for et stort antall

<sup>14</sup> Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven). NOU 2016: 4 *Ny kommunelov* var på høring i 2016. Kommunal- og moderniseringsdepartementet vurderer nå høringsinnspillene med sikte på å fremme en lovproposisjon for Stortinget i 2018.

lovpålagte oppgaver som er hjemlet i et omfattende sektorregelverk. Samtidig har de betydelig frihet til å involvere seg i andre typer oppgaver og aktiviteter, herunder drive næringsvirksomhet. Svært mange lovpålagte oppgaver på de store velferdsområdene skole, barnehage, helse, sosial og omsorg er lagt til kommunene. Fylkeskommunene har oppgaver som i hovedsak krever større geografisk nedslagsfelt enn det kommunene kan gi, eller som krever særskilt spesialistkompetanse. Det finnes ingen uttømmende oversikt over hvilke oppgaver og tjenester kommunene og fylkeskommunene i dag driver med, men temaet er omtalt i dokumenter til Stortinget og ulike rapporter. I Engelsrud et al. (2014) er det gitt en oversikt over oppgavefordelingen mellom staten, fylkeskommunene og kommunene.

De sentrale kommunale og fylkeskommunale oppgavene som er gjengitt i boks 2.1 bygger på denne oversikten.

### 2.1.2 Staten

Staten består av den lovgivende makt (Stortinget), den utøvende makt (Kongen med sin regjering) og den dømmende makt (domstolene).

Statsforvaltningen er regjeringens administrative apparat. Statsforvaltningen er i denne sammenheng de virksomhetene som er organisert som en del av staten som rettssubjekt, herunder departementene. Departementenes oppgave er å være faglig sekretariat for politisk ledelse, herunder utarbeide regjeringens forslag til Stortinget. Departementene er ansvarlig for å formulere, administrere, gjennomføre og overvåke politikken, herunder utarbeide og gjennomføre planer, programmer og budsjetter, samt forberede og håndheve lovverk (forvaltningsoppgaver) og informasjon. Andre viktige oppgaver er:

- utøvelse av myndighet, primært ved enkeltvedtak eller forskrifter
- gjennomføring av sektorpolitikk overfor blant annet kommuner, næringsliv, organisasjoner og borgere innenfor politisk gitte rammer
- styring og oppfølging av underliggende virksomheter (etatsstyring) og statseide selskaper (eierstyring).

Forvaltningsorganer og forvaltningsbedrifter utgjør også en del av statsforvaltningen. Staten har i tillegg organisert en del oppgaver som selvstendige rettssubjekter.

Aktiviteter som eventuelt skjer i konkurranse med private tilbydere vil normalt skje fra statlige

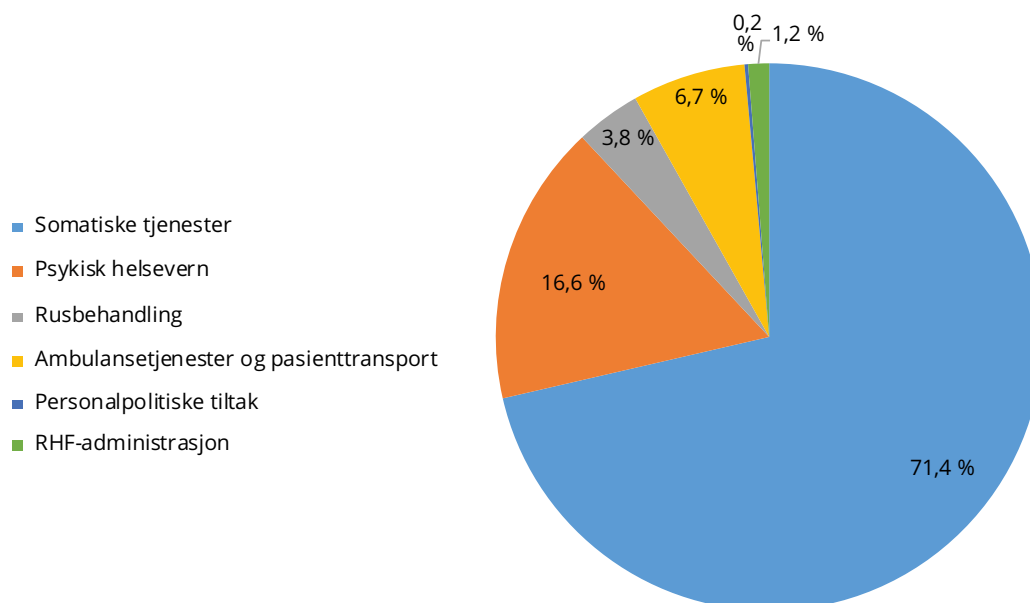
virksomheter på nivåene under departementene. Omtalen under vil legge hovedvekt på virksomheter innenfor staten som rettssubjekt.

Hermansen-utvalget (NOU 1989: 5 *En bedre organisert stat*) etablerte en kategorisering av statlige oppgaver og funksjoner:

- Samfunnsstyrer og myndighetsutøver (blant annet regulering gjennom lover, forskrifter og budsjettvedtak, tilsyn, utøvelse av myndighet og vedtak i enkeltsaker). En vesentlig del av statens oppgaver er å styre samfunnsutviklingen og utøve myndighet for å ivareta politiske mål. Dette er en hovedoppgave for departementene, direktoratene og tilsynene. Alle lover og budsjettvedtak i Stortinget forberedes i departementene, mens forvaltningen av lover kan gjøres enten i vedkommende departement eller være delegert til en underliggende virksomhet.
- Interesseavveier og konfliktløser (herunder domstolene og andre tvisteløsningsorganer, råd og utvalg). Domstolene, særrettene (Trygderetten mv.), konfliktrådene og en rekke råd og utvalg opererer i henhold til lover og forskrifter, løser konflikter og vedtar sanksjoner.
- Verdi- og kulturforvalter (blant annet kunnskapsutvikling og -forvaltning, forskning, kunstnerisk frihet). Mange statlige virksomheter (direktorater og andre) har som en oppgave å utvikle og forvalte kunnskap innenfor sitt fagområde. Universitetene og høyskolene driver forskning som en integrert del av samfunnsoppdraget sitt, hjemlet i universitets- og høyskoleloven<sup>15</sup>.
- Tjenesteyter (for eksempel utdanning, helsetjenester, stønader, arbeidsformidling, kommunikasjons- og transporttjenester mv.). Statlige virksomheter i universitets- og høyskolesektoren utfører undervisningstjenester hjemlet i universitet- og høyskoleloven. Disse virksomhetene er organisert som forvaltningsorganer innenfor staten.
- Fordelingsadministrator (næringsrettede oppgaver som også ivaretar sektorpolitiske oppgaver, for eksempel monopolvirksomhet som alkohol- og legemiddelomsetning).
- Samarbeidspartner for næringsrettet utbygging og drift av for eksempel helse- og kulturinstitusjoner. For eksempel Statsbygg, Vegvesenet og Kystverket kjøper i dag tjenester i markedet i forbindelse med utbygging og vedlikehold av bygg og annen infrastruktur.

<sup>15</sup> Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven).

Figur 2.2 Totale driftsutgifter til spesialisthelsetjenester i 2016 etter formål



Kilde: SAMDATA spesialisthelsetjenesten (Analysenotat 17/17)

- Egenadministrator og intern tjenesteyter (støttetjenester). Staten utfører en del tjenester i egenregi for eksempel innenfor økonomi og sikkerhet.

Det har skjedd betydelige endringer i organisering av statlige oppgaver og funksjoner de seneste 20-25 årene. De store statlige monopolbedriftene innenfor kommunikasjon- og energisektorene er omgjort til selskaper (blant annet Statnett, Statkraft og Bane NOR). Entreprenørvirksomhet er skilt ut fra staten i flere omganger, blant annet Mesta (fra Statens vegvesen), og næringseiendom er skilt ut i Entra (fra Statsbygg). Det er også åpnet for at for eksempel universitet og høyskoler kan organisere randsoneraktiviteter i selskap som forvaltes av vedkommende virksomhet. Disse organisasjonsendringene har i stor grad ført til at statlige markedsaktiviteter nå er organisert i selvstendige rettssubjekter. Flere oppgaver er dessuten delegert fra departementene til (nye) underliggende statlige virksomheter (forvaltningsorganer), og det er etablert en rekke faglig uavhengige virksomheter med oppgaver knyttet til tilsyn og klagebehandling.

### 2.1.3 Helseforetak

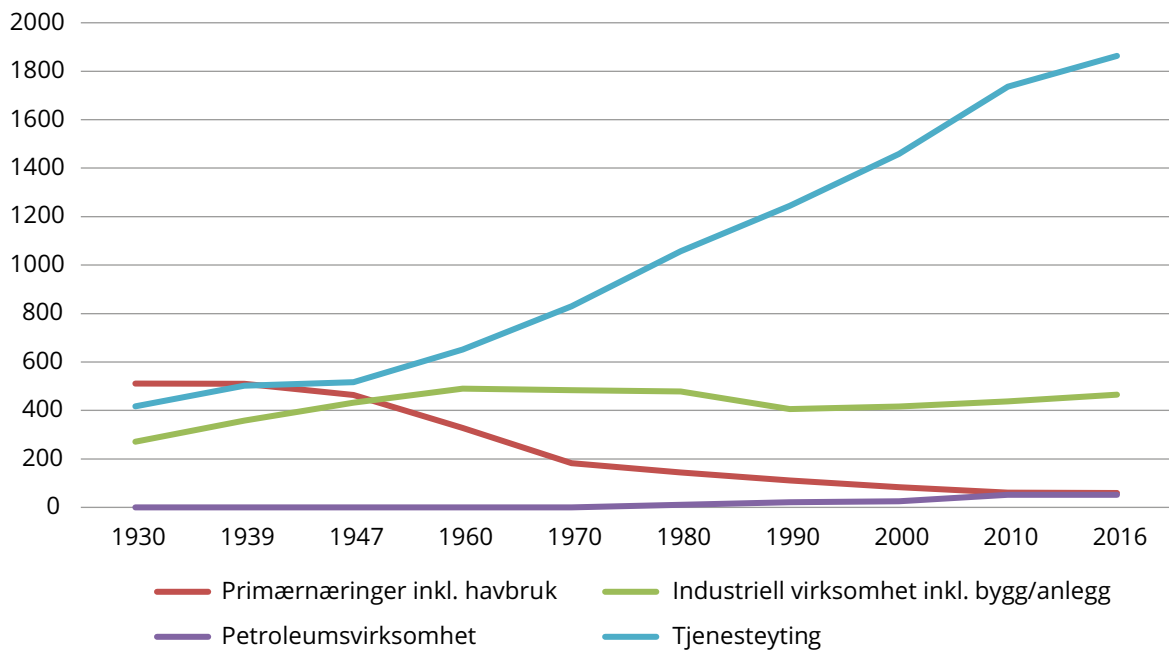
Helseforetakene skal yte offentlig finansierte spesialisthelsetjenester, forskning og undervisning, samt tjenester som står i naturlig sammenheng med dette eller som er pålagt dem i lov. Helseforetakene oppfyller med dette pasientenes rett til nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven<sup>16</sup> på oppdrag fra sine eiere; de regionale helseforetakene. De enkelte helseforetakenes konkrete oppgaver fremgår av vedtektene, vilkår for årlig bevilgning fra det regionale helseforetaket (oppdragsdokumentet) og eiers vedtak i foretaks-møte. I praksis har de regionale helseforetakene innrettet styringen slik at helseforetakene har ansvar for å yte spesialisthelsetjenester for befolkningen i sitt geografiske opptaksområde.

Helseforetakenes virksomhet omfatter alle typer nødvendig helsehjelp fra spesialisthelsetjenesten som finansieres av det offentlige. Dette inkluderer blant annet somatiske og psykiatriske sykehus, poliklinikker og behandlingssentre, opptrenings- og rehabiliteringsinstitusjoner, institusjoner for

<sup>16</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).



Figur 2.3 Utviklingen av antall årsverk fra 1930. Heltidsekvivalenter i 1000



Kilde: Statistisk sentralbyrå (Nasjonalregnskapet)

tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddel-  
misbruk, prehospitaltjenester og laboratorie- og  
røntgenvirksomhet.

Det eksisterer ikke en uttømmende liste over hva  
som regnes som spesialisthelsetjenester. I hovedsak  
omfattes helsetjenester som krever tilgang til spe-  
sialisert kunnskap og ressurser, og som det ut fra  
faglige og økonomiske hensyn er hensiktsmessig  
å ha et samlet ansvar for i spesialisthelsetjenesten.  
Spesialisthelsetjenesten løser oppgaver som krever  
kompetanse og ressurser ut over det som dekkes i  
den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

I spesialisthelsetjenesteloven<sup>17</sup> § 2-1 a første ledd  
nevnes følgende eksempler på spesialisthelsetje-  
nester: Sykehustjenester, medisinske laboratorie-  
tjenester og radiologiske tjenester, akuttmedis-  
insk beredskap, medisinsk nødmeldetjeneste,  
luftambulansetjeneste, ambulansetjeneste med  
bil og båt, tverrfaglig spesialisert behandling for  
rusmiddelavhengighet, transport til undersøkelse  
eller behandling i helse- og omsorgstjenesten og  
transport av behandlingspersonell.

<sup>17</sup> Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven).

I 2016 var kostnadene knyttet til spesialisthelse-  
tjenesten på 139 milliarder kroner.

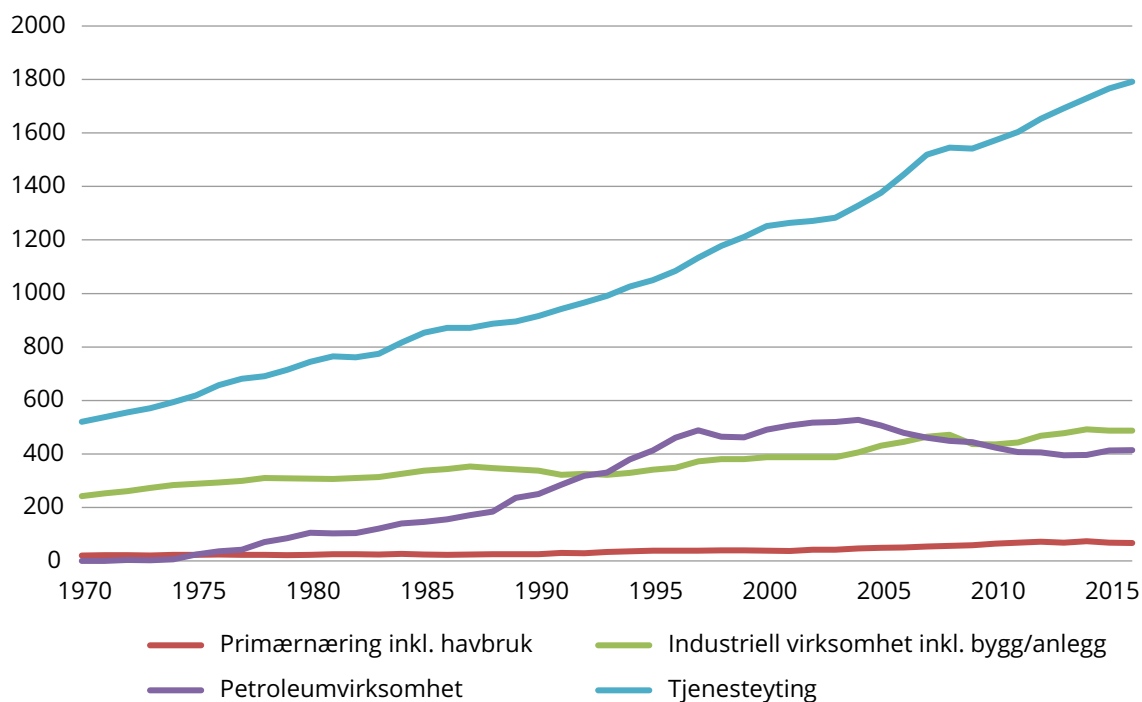
Helseforetakene er avhengige av en rekke støtte-  
tjenester for å kunne yte spesialisthelsetjenester.  
Disse ytes i stor utstrekning i egenregi. Eksempler  
på dette er IKT, HR, lønn, innkjøp, regnskap, drift  
og vedlikehold, renhold, kjøkkentjenester, vaskeri,  
eiendomsforvaltning, prosjektering av bygg, admi-  
nistrasjon av pasientreiser.

## 2.2 Utviklingstrekk i sammensetningen av norsk økonomi

Norge har en relativt stor offentlig sektor. Dette er  
et trekk vi har til felles med andre nordiske land.  
Offentlig sektor utgjør nær en tredel av samlet sys-  
selsetting og verdiskaping og har således både  
direkte og indirekte stor innvirkning på landets  
samlede verdiskaping. Noen hovedtrekk som har  
preget utviklingen i denne retningen presenteres  
kort i det følgende.

En utbredt og standardisert måte å betrakte øko-  
nomien på, bygger på hva som blir produsert i  
ulike næringer. Det viser fordelingen av blant  
annet sysselsetting og verdiskaping etter en grup-

Figur 2.4 Utvikling i fordeling av bruttoprodukt fra ulike næringer i perioden 1970-2016. Faste 2016-priser



Kilde: Statistisk sentralbyrå (Nasjonalregnskapet)

pering av virksomhetene basert på hva som er deres sluttprodukt. Figur 2.3 viser utviklingen av antall utførte årsverk de siste hundre år i Norge, mens figur 2.4 viser utviklingen i fordelingen av bruttoprodukt på ulike næringer i perioden 1970-2016.

Figur 2.3 og 2.4 illustrerer at volumet på produksjon og sysselsetting i norsk økonomi er økt kraftig over tid, og at sammensetningen av næringer er endret. Det mest fremtredende trekket er overgangen av arbeidskraft fra landbruksproduksjon til industri, og deretter fra industri til en sterkt økende andel tjenesteytende næringer. Dette er utviklingstrekk som alle land gjennomgår. Det er en økende preferanse og etterspørsel etter tjenester etter hvert som inntektsnivået i befolkningen øker.

I Norge, som i de fleste andre utviklede land, har det offentliges rolle hatt en periode med sterk vekst frem til rundt 1970-80. Siden 1980-årene har sentrale utviklingsstrekk påvirket størrelsen på offentlig og privat sektor ulikt. Offentlig sektor har vokst fordi sentrale tjenestekområder som utdanning, helse og omsorg er blant de tjenester som vokser mest i takt med at inntektsnivået heves. På

den annen side har produksjon av infrastruktur-tjenester (energi, post, tele, vei og bane) i stor grad blitt avregulert med økende innslag av selskapsorganisering og med voksende privat innslag også på eiersiden.

Også internasjonalisering gjennom handel, investeringer og etableringer på tvers av landegrensler har vært en viktig del av dette bildet. Det har først skjedd med tyngde i den vareproduserende delen av økonomien, men etter hvert også i en økende grad for tjenester. Det gir sterke vekstmuligheter for både offentlig og privat sektor, der tjenester kan utføres av både private og offentlige aktører som kan levere i hverandres markeder. Privat sektor leverer tjenester til offentlig sektor blant annet som leverandør av offentlig finansierte tjenester. Private aktører har blitt underleverandører til produksjon som fortsatt skjer i offentlig regi, og de har blitt brukt som et supplement på tjenestekområder som opprinnelig var dominert av offentlige produsenter – men også offentlig sektor er en viktig produsent av tjenester til næringslivet.

Gjennom utviklingen som er beskrevet over har det oppstått flere berøringspunkter mellom aktø-

rer i henholdsvis privat og offentlig sektor. Selv om offentlig sektors samfunnsoppdrag i all hovedsak ivaretar ulike typer velferds- og forvaltningsopp-gaver som faller utenfor regelverket om offentlig støtte, driver også det offentlige med ulike aktiviteter i konkurranse med private aktører. Dette bildet vil bli noe utdypet under.

## 2.3 Mulige konkurranseflater mellom offentlige og private tjenester

### 2.3.1 Omfang av kommersiell virksomhet

Ifølge SSB var det ved utgangen av 2016 registrert i overkant av 2 200 offentlige ikke-finansielle foretak i Norge. Om lag 1 800 av disse – eller 81 prosent av det samlede antallet – var kommunalt eide. De resterende var eid av staten.

Statistikken omfatter statens forretningsdrift, statlig eide aksjeselskaper mv., kommunale foretak med ubegrenset ansvar og kommunalt eide aksje-

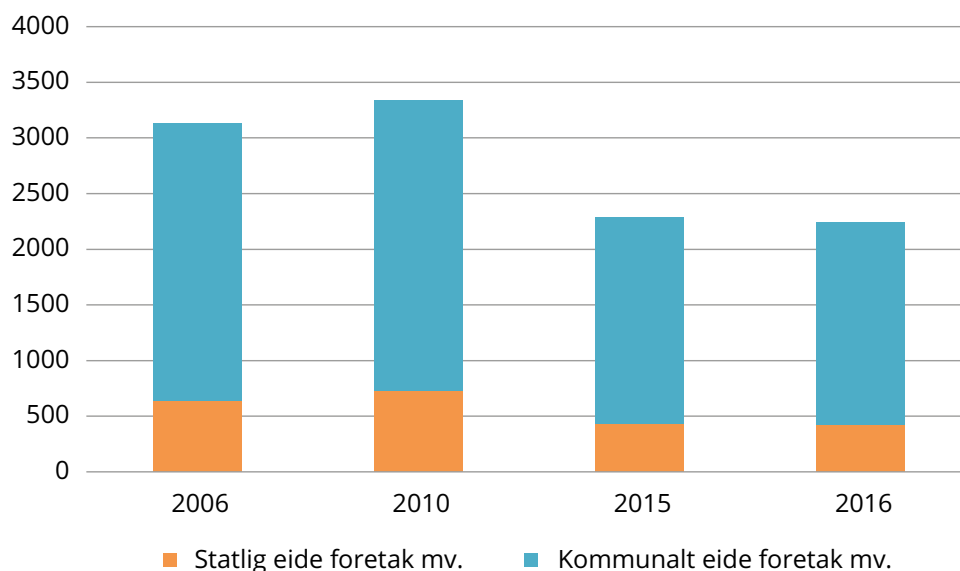
selskaper mv. Om lag 94 prosent av de offentlige foretakene var registrert som aksjeselskaper. Omfanget av kommunalt eide aksjeselskap kan tyde på at kommunene i stor grad skiller ut virksomhet som har et rent forretningsmessig formål, i egne aksjeselskaper.

Figur 2.5 illustrerer utviklingen for offentlig eide ikke-finansielle foretak i Norge fra 2006 til 2016. Det har vært et betydelig fall i antall foretak som er klassifisert som offentlig eide, og nedgangen har vært sterkest i kommunal sektor. Det har imidlertid vært visse endringer i klassifiseringen i perioden, blant annet avgrensningen mellom forvaltning og offentlig forretningsdrift, som kan påvirke resultatene noe.

Figur 2.6 viser fordeling av organisasjonsform for statlig eide ikke-finansielle foretak, mens figur 2.7 viser det samme for kommunalt eide foretak.

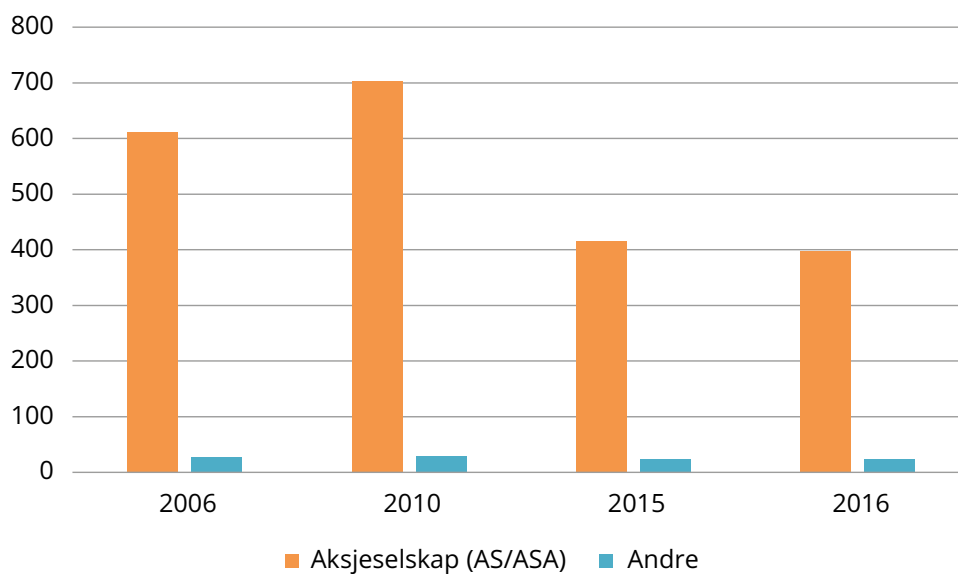
Figur 2.8 viser statlig eide foretak etter næring, mens figur 2.9 viser det samme for kommunalt eide foretak.

Figur 2.5 Offentlig eide ikke-finansielle foretak<sup>1</sup>



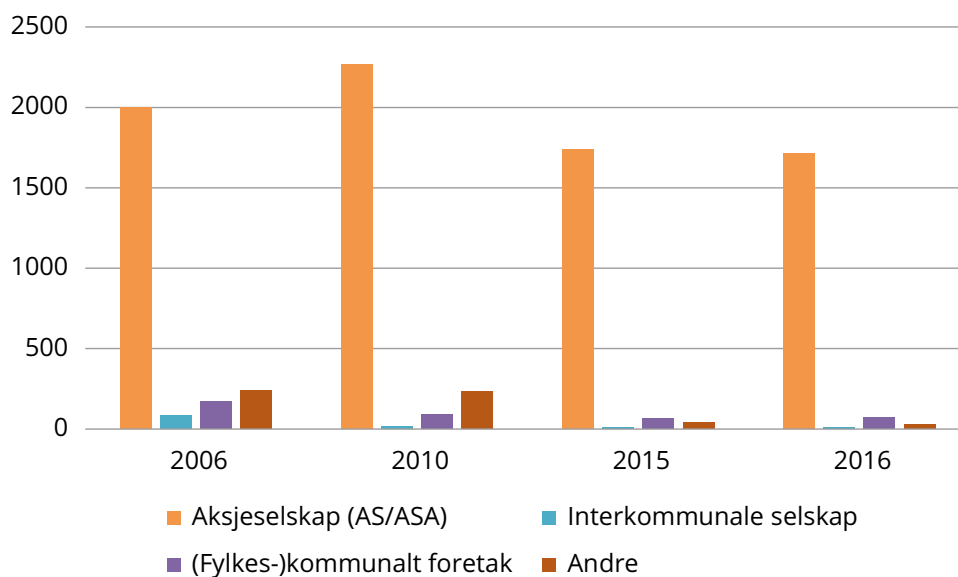
<sup>1</sup> Den institusjonelle sektorinndelingen i Enhetsregisteret ble endret fra og med 1.1.2012. Det kan gjøre at tallene før og etter 2012 ikke er direkte sammenlignbare.  
Kilde: Statistisk sentralbyrå

Figur 2.6 Fordeling av organisasjonsform for statlig eide ikke-finansielle foretak<sup>1</sup>



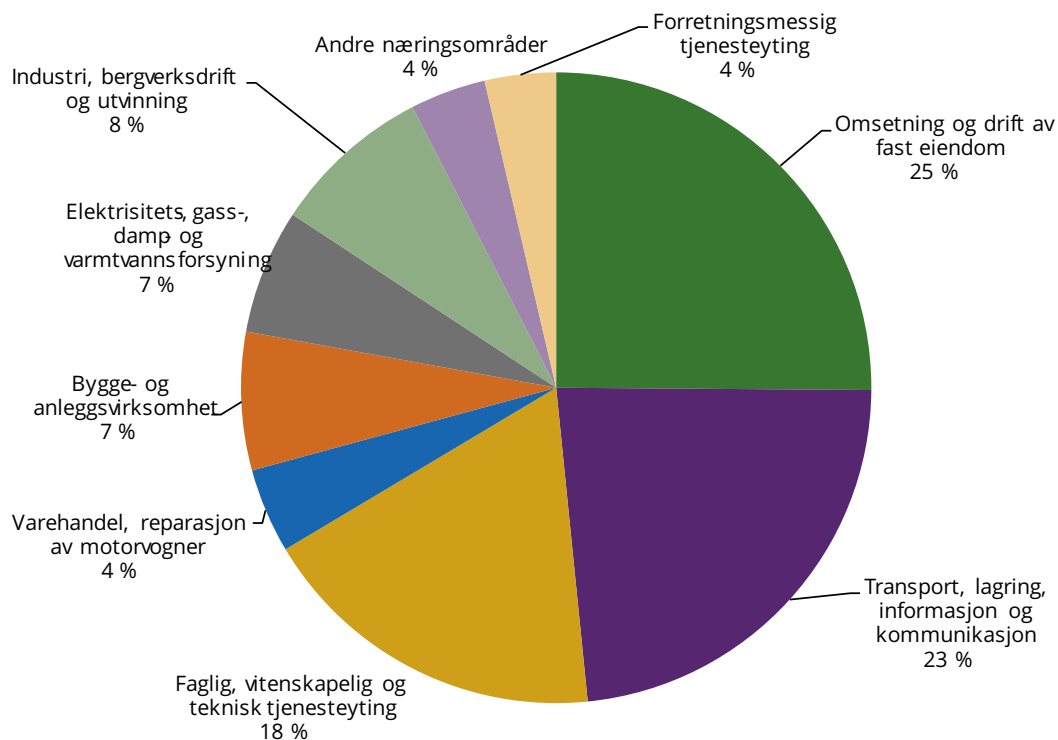
<sup>1</sup> Den institusjonelle sektorinndelingen i Enhetsregisteret ble endret fra og med 1.1.2012. Det kan gjøre at tallene før og etter 2012 ikke er direkte sammenlignbare.  
Kilde: Statistisk sentralbyrå

Figur 2.7 Fordeling av organisasjonsform for statlig eide ikke-finansielle foretak<sup>1</sup>



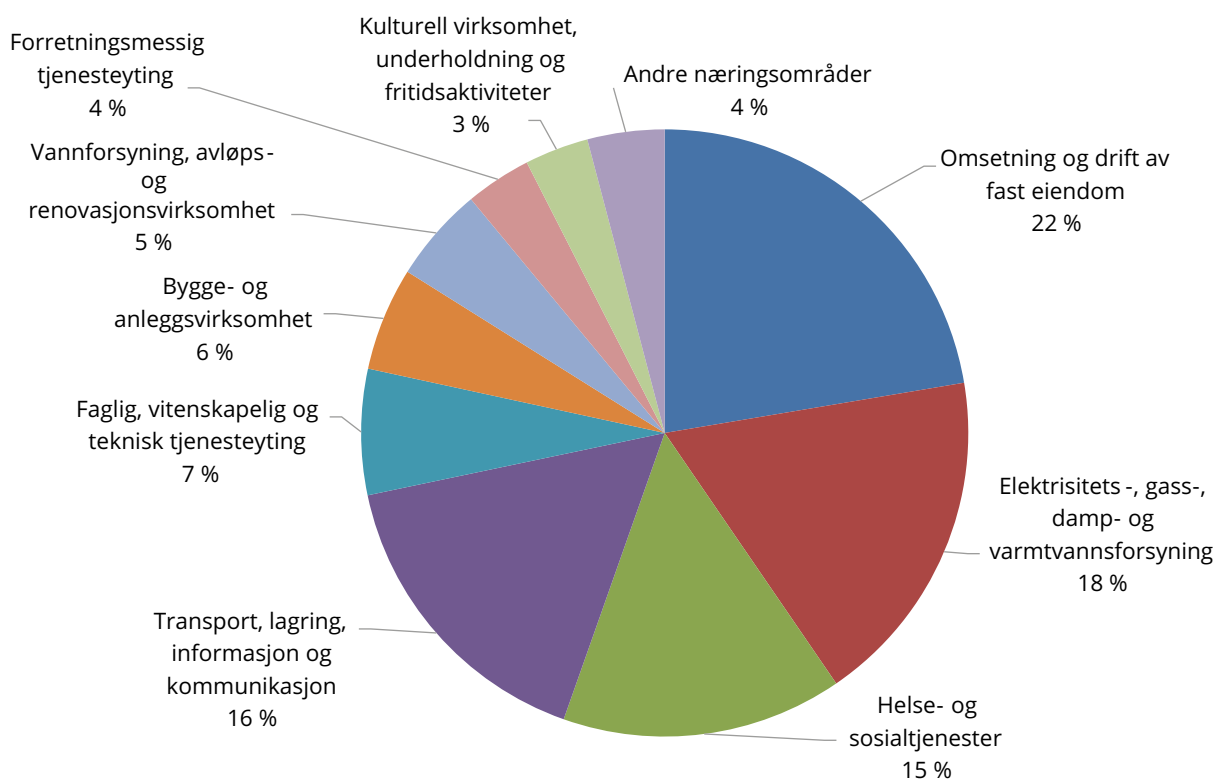
<sup>1</sup> Den institusjonelle sektorinndelingen i Enhetsregisteret ble endret fra og med 1.1.2012. Det kan gjøre at tallene før og etter 2012 ikke er direkte sammenlignbare.  
Kilde: Statistisk sentralbyrå

Figur 2.8 Statlig eide foretak etter næring i 2015. Andel



Kilde: Statistisk sentralbyrå

Figur 2.9 Kommunal eide foretak etter næring i 2015. Andel



Kilde: Statistisk sentralbyrå

### 2.3.2 Mulige konkurranseflater for kommunal sektor

Tallene som er presentert foran omfatter foretak som i all hovedsak er organisert som aksjeselskap. De er således av begrenset relevans med hensyn til arbeidsgruppens mandat.

Kartleggingen arbeidsgruppen gjennomførte tok sikte på å få et bedre kunnskapsgrunnlag og økt forståelse av hva offentlig sektor anser som kommersiell aktivitet, ikke minst den som drives innenfor staten, helseforetakene og kommunene som selvstendige rettssubjekter.

Det må understrekes at svarandelen i undersøkelsen ikke er tilfredsstillende med hensyn til å få en fullverdig oversikt over ulike former for kommersiell aktivitet som utøves i offentlig regi. Særlig for universiteter og høyskoler gir undersøkelsen et mangelfullt bilde, da det har vist seg at undersøkelsens utforming var lite egnet til å få informasjon om kommersielle aktiviteter ved de større lærestedene. Relativt begrenset respons gir heller ikke et faglig grunnlag for å dele svarene opp etter for eksempel kommunestørrelse eller gjennomføre ytterligere statistiske analyser. Undersøkelsen gir likevel et *inntrykk* av ulike former for kommersiell aktivitet som utøves av kommuner, fylkeskommuner og i regi av statlige forvaltningsorganer, bakgrunn for etablering av økonomisk aktivitet, samt hvilke vurderinger som har ligget bak valgt organiseringsform.<sup>18</sup>

Arbeidsgruppen har også sammenlignet inntektstall som ble rapportert inn i kartleggingen i kommunal sektor med inntekter innrapportert gjennom KOSTRA. KOSTRA står for Kommune-Stat-Rapportering og gir styringsinformasjon om ressursinnsats, prioriteringer og måloppnåelse i kommuner, bydeler og fylkeskommuner. Når arbeidsgruppen har holdt disse to tallgrunnlagene opp imot hverandre, har det i svært liten grad vist seg å vært sammenfall. Arbeidsgruppen antar at flere forhold kan forklare dette. En mulig årsak er at KOSTRA ikke er laget for at kommunene skal rapportere inn kommersiell aktivitet slik dette er omtalt i kartleggingen. Videre kan det tenkes at aktiviteter er feilrapportert i KOSTRA og/eller kartleggingen.

#### 2.3.2.1 Eksempler på mulige konkurranseflater for kommunal sektor

Kommunene er sentrale aktører i den norske velferdsstaten og har ansvaret for en stor andel lovpålagte tjenester til innbyggerne. Selv om det ikke finnes egnet statistikk, synes det lite aktuelt å generelt snakke om konkurranseflater mellom offentlig og privat virksomhet i forbindelse med for eksempel lovpålagte velferdstjenester og myndighetsutøvelse. Enkelte tjenester levert av kommunen som rettssubjekt vil kunne ha en konkurranseflate mot privat virksomhet, i den forstand at det er et identisk eller lignende privat tilbud. Dette vil være lite aktuelt for myndighetsoppgaver, mens det oftere kan være tilfellet for kulturforvaltning, tjenesteyting og næringsrettede oppgaver. Innenfor kommunenes tjenesteyting på velferdsområdet kan det eksistere konkurranseflater mot privat virksomhet som omfatter enkelte deler av tjenestetilbudet.

Et eksempel innenfor kulturforvaltning er kommunenes *musikk- og kulturskoletilbud*. Det følger av opplæringslova<sup>19</sup> § 13-6 at alle kommuner skal ha et musikk- og kulturskoletilbud til barn og unge, organisert i tilknytning til skoleverket og kulturlivet ellers. Kravet er at kommunen skal ha et tilbud, men loven gir ikke individuelle rettigheter.<sup>20</sup> Det er på det rene at det i enkelte kommuner finnes private musikkskoler, barneteater mv. som i hvert fall delvis tilbyr de samme tjenestene som de kommunale kulturskolene. Her er det dermed en mulig konkurranseflate.

Et annet eksempel er *kultur- og konserthus*. Mange kommuner eier kulturhus eller konserthus der det kan være arrangementer og aktiviteter som retter seg mot et betalende publikum, samt utleie av lokalene til lag og foreninger. Kommunene bestemmer i hovedsak selv hvordan kapasiteten ved slike anlegg skal utnyttes, det vil si i hvilken grad de skal kunne brukes til ulike gratis kultur- og velferdstilbud til innbyggerne, eller til mer kommersielt rettede formål, som utleie til utstillinger, konserter, firmaselskaper og andre brukerfinansierte arrangementer. Kommunale kulturtilbud vil kun kunne ha konkurranseflate mot private kulturtilbud, mens utleie av lokaler vil kunne ha en

<sup>18</sup> Se nærmere omtale av metoden brukt i kartleggingen i vedlegg 2.

<sup>19</sup> Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).

<sup>20</sup> Se for eksempel Ot.prp. nr. 46 (1997-1998) *Om lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) under merknadene til § 13-6*.

konkurransflate mot private utleiery som kurs- og konferansesentre, hoteller mv.

I regnskapsrapporteringen til KOSTRA<sup>21</sup> skilles det mellom merverdiavgiftspliktige salgs- og billettinntekter og ikke-merverdiavgiftspliktige salgs- og billettinntekter. Kulturelle tjenester og kunstnerisk fremføring skal være unntatt merverdiavgift, og dermed kan inntekter fra avgiftspliktig salg være en indikasjon på omfanget av kommersiell utleie. Det tas forbehold om at rapporteringen også kan inneholde inntekter fra aktiviteter som ikke har konkurransflate med private aktører, eller at kommunene kan ha rapportert feil.

**Tabell 2.1 Salg av varer og tjenester, kommunale kulturbygg og andre kulturaktiviteter**

Inntekt	Salg av varer og tjenester	
	Antall kommuner	% av driftsutgifter <sup>1</sup>
0-100 000	115	0.2 %
100 000-1 million	43	0.9 %
1-3 millioner	15	1.2 %
3-5 millioner	2	3.6 %
Mer enn 5 millioner	2	1.2 %
I alt	179	0.9 %
Gjennomsnitt	507 000 kroner	

<sup>1</sup> Driftsutgifter innen området kultur.

Kilde: Statistisk sentralbyrå (KOSTRA)

179 av 426 kommuner har salgsinntekter fra aktiviteter knyttet til kommunale kulturbygg og andre kulturaktiviteter, men i flertallet av kommunene er inntektene beskjedne. Gjennomsnittlige salgsinntekter er på 507 000 kroner, og dette utgjør under 1 prosent av driftsutgiftene for kultur. I 19 kommuner overstiger inntektene 1 million kroner og 1 prosent av driftsutgiftene.

Mange kommuner driver også kino som en del av kulturtilbudet selv om dette ikke er en lovpålagt oppgave. Tjenesten tilbys mot betaling. Det finnes

<sup>21</sup> KOSTRA står for Kommune-Stat-Rapportering og gir styringsinformasjon om ressursinnsatsen, prioriteringer og måloppnåelse i kommuner, bydeler og fylkeskommuner, se [www.ssb.no/offentligsektor/kostra](http://www.ssb.no/offentligsektor/kostra). KOSTRA-rapporteringen inneholder opplysninger om kommunenes salgsinntekter, herunder brukerbetaling, gebyrer, leieinntekter og salg av varer og tjenester (med og uten merverdiavgift). I det følgende vil referanser til KOSTRA-tall hovedsakelig gjelde salg av varer og tjenester, og i noen tilfeller også utleieinntekter.

på landsbasis 194 kinoer, hvorav 141 er kommunalt eide og drevne, mens resten er private.<sup>22</sup> Det norske kinomarkedet kjennetegnes av en relativt desentralisert kinostruktur og et sterkt engasjement fra det offentlige. Den særnorske kinostrukturen har medført at en i de fleste byer har kinomonopol. Det vil si at én aktør driver et eller flere kinoanlegg i byen. Likevel kan det i enkelte områder finnes en konkurransflate mellom offentlig og privat kinodrift, som for eksempel er lokalisert i nabobyer.

Mens de største kinoene er organisert som aksjeselskap, uavhengig av om de er eid av kommunen eller ikke, er flere mellomstore kinoer organisert som kommunale foretak. Mindre kommunale kinoer er som regel integrert i annen kommunal kulturvirksomhet. I løpet av de siste årene har en rekke private kjeder etablert seg på det norske markedet. De ikke-kommunale kinoenes andel av besøkende utgjorde ca. 43 prosent i 2016. De kommunale kinoene har en markedsandel på ca. 57 prosent.<sup>23</sup>

**Tabell 2.2 Salg av varer og tjenester innenfor kommunale kinoer**

Inntekter	Salg av varer og tjenester	
	Antall kommuner	% av driftsutgifter <sup>1</sup>
0-100 000	13	0,2
100 000-1 million	52	2,4
1-3 millioner	31	5,3
3-5 millioner	13	9,6
Mer enn 5 millioner	31	12,6
I alt	122	7,3
Gjennomsnitt	2 333 000 kroner	

<sup>1</sup> Driftsutgifter innen området kultur.

Kilde: Statistisk sentralbyrå (KOSTRA)

122 kommuner har merverdiavgiftspliktige billett- og salgsinntekter fra kinodrift, og gjennomsnittet er på 2,3 millioner kroner. Noen kommuner rapporterer også inntekter under ikke-merverdiavgiftspliktig billett- og salgsinntekter. Dette gjelder i hovedsak kommuner som har kinotilbud som

<sup>22</sup> I 2016. [Høringsnotat](#) av 26. juni 2017 fra Kulturdepartementet om forslag om å oppheve krav om konsesjon for framvisning av film (kinokonsesjon).

<sup>23</sup> [Høringsnotat](#) av 26. juni 2017 fra Kulturdepartementet om forslag om å oppheve krav om konsesjon for framvisning av film (kinokonsesjon).

Tabell 2.3 Kommunale idrettsbygg og idrettsanlegg

Inntekt	Salg av varer og tjenester		Utleie av lokaler		Billettinntekter (uten MVA)	
	Antall kommuner	% av driftsutg. <sup>1</sup>	Antall kommuner	% av drift <sup>1</sup>	Antall kommuner	% av drift <sup>1</sup>
0-100 000	95	0.2	69	0.3	45	0.3
100 000-1 million	48	1.1	119	1.2	53	0.7
1-3 millioner	15	0.7	44	2.6	11	2.4
3-5 millioner	2	5.6	11	2.8	3	1.8
Mer enn 5 millioner	1	11.3	8	1.5	3	1.6
I alt	166	0.9	251	1.8	115	1.2
Gjennomsnitt	614 000 kroner		886 000 kroner		871 000 kroner	

<sup>1</sup> Driftsutgifter innen området kultur.

Kilde: Statistisk sentralbyrå (KOSTRA)

del av et kulturhus, og trolig bruker kinosalen til andre kulturarrangementer. Noen kommuner rapporterer også leieinntekter fra kino, da salene leies ut på dagtid til konferanser, møter og lignende.

Det finnes på landsbasis et betydelig antall kommunalt eide *idrettsanlegg*, herunder først og fremst idrettshaller og svømmehaller. Det er ingen plikter i sektorregelverket som pålegger kommunen å bygge eller drifte slike anlegg. På den annen side er kommunene blant annet gjennom læreplanverket pålagt et ansvar for å sørge for at elever i grunnskolen og videregående skole får tilbud om for eksempel kroppsøving og svømmeopplæring.

Det antas at det i dag er få kommunalt eide idrettsanlegg som drives med et økonomisk overskudd. Gjennom statlige tilskuddsmidler (spillemidler) til anleggene settes det dessuten betingelser<sup>24</sup> om at anleggene skal holdes åpne for allmenn, idrettslig virksomhet (først og fremst organisert idrettslig aktivitet), og at eventuelt overskudd skal tilfalle idrettslige formål, det vil si at overskuddet skal komme anlegget til gode. For denne type idrettsanlegg er antakelig konkurranseflatene mot det private begrenset.

Kommunale svømmehaller tilbyr befolkningen adgang til sine anlegg mot betaling. Kulturdepartementet har oppgitt at tilnærmet samtlige svømmehaller er oppført med delvis spillemiddelfinansiering og er underlagt forpliktelsen om at hallen

<sup>24</sup> Se for eksempel Kulturdepartementets [bestemmelser om tilskudd til anlegg for idrett og fysisk aktivitet](#) – 2017, punkt 2.1.1. om at «Det kan søkes om tilskudd til bygging og/eller rehabilitering av idrettsanlegg som er åpne for allmenn idrettslig virksomhet (idrett og fysisk aktivitet for alle), og som ikke er underlagt fortjenestebaserte eierformer» og punkt 2.2.1.

skal være allment tilgjengelig for publikum. Aktiviteten vil delvis kunne ha en konkurranseflate mot private svømmehaller, basseng på hotell mv.

Enkelte kommuner driver treningssentre. Disse kan ligge i egne lokaler eller være samlokalisert med andre aktiviteter, for eksempel svømmehaller. Det er flere private aktører i markedet for treningssenter, slik at det kan oppstå konkurranseflater mellom kommunale og private treningssentre.

I tilknytning til ulike kommunale bygg som museum, bibliotek, kulturhus, svømmehall mv. kan det forekomme at det drives en café eller butikk som selger mat, drikke, suvenirer eller liknende. Dette er aktiviteter som vil kunne ha en konkurranseflate mot private tilbydere av lignende typer varer og tjenester i nærområdet.

I tilknytning til offentlige bygg, men også generelt, vil det kunne være kommunal *parkerings* mot vederlag, som har en konkurranseflate mot private parkeringsvirksomheter.

Flere kommuner er eiere av *havner* der det foregår gods- og persontrafikk. Havnevirksomhet kan generere betydelige inntekter for havnen. Uavhengig av om havnen er organisert som en del av kommunen eller som et eget rettssubjekt, kan havnekapitalen ikke benyttes til andre formål enn havnevirksomhet. Havneområdet skal forvaltes i henhold til havne- og farvannsloven<sup>25</sup> og innenfor rammene av kommuneloven, og gjelder på det området hvor kommunen ellers har planmyndig-

<sup>25</sup> Lov 17. april 2004 nr. 19 om havner og farvann (havne- og farvannsloven).



Tabell 2.4 Kommunal næringsvirksomhet

Inntekter	Leieinntekter		Salg av varer og tjenester	
	Antall kommuner	% av driftsutg. <sup>1</sup>	Antall kommuner	% av driftsutg. <sup>1</sup>
0-100 000	63	0,6	62	0,4
100 000-1 million	93	3,9	88	4,6
1-3 millioner	30	15,6	44	18,2
3-5 millioner	6	40,4	8	23,6
Mer enn 5 millioner	12	28,1	23	35,2
I alt	204	12,6	225	20,3
Gjennomsnitt	1 765 000 kroner		2 795 000 kroner	

<sup>1</sup> Driftsutgifter innen området næring

Kilde: Statistisk sentralbyrå (KOSTRA)

het etter plan- og bygningsloven.<sup>26</sup> Kommunale havner kan ha konkurranseflater mot tilsvarende privat havnevirksomhet.<sup>27</sup>

Enkelte kommuner har en betydelig virksomhet knyttet til *eiendomsforvaltning*. Kommunene har eiendommer som huser administrasjon og kommunale tjenester innen for eksempel skole, idrett, helse og omsorg. I tillegg eier mange kommuner næringsbygg og kontorlokaler som de ikke selv benytter, men leier ut til andre. Utleie av bygg og eiendommer er ikke aktiviteter som er lovpålagte oppgaver. Dersom kommunen leier ut bygg til offentlige eller private aktører, vil dette kunne ha en konkurranseflate mot tilsvarende privat aktivitet.

Kommunal *næringsvirksomhet* vil normalt ha konkurranseflater mot privat virksomhet. I denne kategorien faller for eksempel innsamling og behandling av næringsavfall, catering-virksomhet, leieinntekter fra kommunalt eide lokaler som ikke lenger brukes til opprinnelig tiltenkt formål, drift av kommunale jordbrukseiendommer og kommunale skoger samt el-forsyning.

Som nevnt over vil det være mindre aktuelt med konkurranseflater mellom offentlig og privat virksomhet i forbindelse med for eksempel lovpålagte velferdstjenester og myndighetsutøvelse. I blant

kan det imidlertid være at kommunen selger restkapasitet i forbindelse med slike tjenester. Denne delen av tjenesten vil da kunne ha en konkurranseflate mot privat virksomhet. Et eksempel på dette er at enkelte kommunale brannvesen selger alarm- og vektertjenester til private.<sup>28</sup>

Et eksempel på mulige konkurranseflater innenfor velferdstjenester er *skolefritidsordning*. Etter opplæringslova § 13-7 skal alle kommuner ha et tilbud om skolefritidsordning (SFO) før og etter skoletid.<sup>29</sup> SFO-tilbudet er ikke formelt en del av grunnskoleopplæringen, og elevene har ikke rettskrav på tjenesten. Kommunens oppgave med å tilby SFO er imidlertid lovpålagt i den forstand at de har en plikt til å ha et tilbud om å gi barn omsorg og tilsyn rett før og etter skoletid. Det er på det rene at det finnes private tilbud som leverer tjenester til eller delvis parallelt med SFO og dermed delvis konkurrerer med SFO, som for eksempel tilbud om enkelte idrettsaktiviteter innenfor SFO-tiden. Det finnes likevel ikke private tilbud som er direkte sammenlignbart med SFO-tilbudet *som sådan*, ettersom de private retter seg inn mot ulike nisjer. En viss konkurranseflate kan det likevel påstås å være.

Oppsummert kan det synes å være noen konkurranseflater innenfor for eksempel kultur- og

<sup>26</sup> For mer informasjon, se Samferdselsdepartementets [pressemelding av 12. august 2017](#) (nr. 186/16).

<sup>27</sup> Regjeringen satte i 2016 ned et lovutvalg som skal utrede forslag til ny havne- og farvannslov. Det er antatt at utvalget skal avgi sin rapport til Samferdselsdepartementet innen 1. mars 2018. utvalget skal foreta en fullstendig gjennomgang av havne- og farvannsloven. Det følger av mandatets punkt 3.4. at utvalget skal vurdere lovens regulering av kommunal havnevirksomhet og fremsette forslag som blant annet er i tråd med statsstøtteregelverket.

<sup>28</sup> Det følger av lov 14. juni 2002 nr. 20 om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven) § 9 første ledd at kommunen skal sørge for «etablering og drift av et brannvesen som kan ivareta forebyggende og beredskapsmessige oppgaver etter loven på en effektiv og sikker måte.» Etter § 11 andre ledd kan kommunen «legge andre oppgaver til brannvesenet så langt dette ikke svekker brannvesenets gjennomføring av oppgavene».

<sup>29</sup> I Oslo kommune er SFO omtalt som AKS (Aktivitetsskolen).

idrettsområdet og innenfor næringsrettet aktivitet. Det er imidlertid mindre aktuelt å snakke om konkurranseflater mellom offentlig og privat virksomhet i forbindelse med for eksempel lovpålagte velferdstjenester og myndighetsutøvelse.

### 2.3.2.2 Resultater fra kartlegging i kommuner og fylkeskommuner

Som et ledd i arbeidet med rapporten sendte arbeidsgruppen forespørslers til alle landets kommuner og fylkeskommuner med spørsmål om deres eventuelle kommersielle aktivitet. Undersøkelsen definerte «kommersiell aktivitet» som det å tilby varer og/eller tjenester i et marked.

Undersøkelsen var delt inn i to deler, hvor del 1 ba respondentene om å oppgi ulike typer kommersiell aktivitet kommunen driver med, samt kontaktinformasjon på personer som kunne svare på mer detaljerte spørsmål om aktiviteten. Disse kontaktpersonene fikk deretter tilsendt et mer detaljert spørreskjema, del 2, som gikk i dybden på den enkelte aktiviteten. I det videre redegjøres det for hovedpunktene i den kommunale spørreundersøkelsen og deretter for de sentrale resultatene fra den fylkeskommunale undersøkelsen.<sup>30</sup>

#### Kommunene

103 kommuner svarte på del 1 av undersøkelsen. 45 kommuner oppga at de ikke drev med kommersiell aktivitet, mens de resterende oppga én eller flere aktiviteter. Det ble totalt gitt 138<sup>31</sup> eksempler på kommersiell aktivitet i fase 1. Kontaktpersonene for disse aktivitetene fikk deretter tilsendt del 2 av undersøkelsen, men ikke alle svarte på denne.

Kartleggingen kan ikke leses som at den gir et uttømmende bilde av typer kommersiell aktivitet i kommunene og deres omfang. Dette blant annet fordi under 25 prosent av landets kommuner svarte.

Kartleggingens del 1 viser at fremtredende kommersielle aktiviteter i kommunene er utleie av lokaler (ca. 35 eksempler<sup>32</sup>) og catering/kjøkken-

drift/café (17 eksempler). Ellers har kommunene oppgitt ymse aktiviteter som salg av slam, innsamling av næringsavfall, brøyting, tømmersalg, uttrykning ved alarm, lønns- og regnskapstjenester, bruktbuikk, avfallsstasjon m.m.

Respondentene ble bedt om å oppgi hva som er årsaken til at den kommersielle aktiviteten utføres. 17 prosent av kommunene oppgir utnyttning av ledig kapasitet i forbindelse med annen kommunal aktivitet (for eksempel drift eller administrasjon), mens 14 prosent svarer utnyttning av ledig kapasitet som følge av utførelse av lovpålagte oppgaver. 14 prosent oppgir at oppgaven er initiert på eget initiativ i kommunen, samtidig som 8 prosent har oppgitt at de ikke vet. Nær halvparten av respondentene (47 prosent) oppgir andre grunner enn de nevnte, som for eksempel arbeidstrening, fokus på å sikre/rekruttere ansatte og utnyttelse av bygningsmasse.

Kontaktpersonene ble også bedt om å oppgi det geografiske området for den kommersielle aktiviteten. Et klart flertall (73 prosent) oppga at den bare fant sted i kommunen, mens 20 prosent oppga at aktiviteten skjedde i kommunen og nabokommuner. Bare 3 prosent oppga at markedet var kommunalt og i andre kommuner i fylket, og samme prosent oppga kommunen og andre kommuner nasjonalt som marked.

Figur 2.10 viser en variasjon i kundegruppen, som inkluderer privatpersoner, næringsdrivende og andre offentlige organer.

På spørsmålet om den kommersielle aktiviteten går med overskudd (positivt driftsresultat) svarte 43 prosent ja, 30 prosent svarte nei, mens 26 prosent svarte at de ikke visste dette.

Kartleggingen undersøkte også konkurranseflater, samt konkurransefordeler og -ulemper for kommunenes aktiviteter. Hele 90 prosent av respondentene oppga at det finnes private konkurrenter til den kommersielle aktiviteten, mens de resterende 10 prosent svarte at de ikke visste dette.

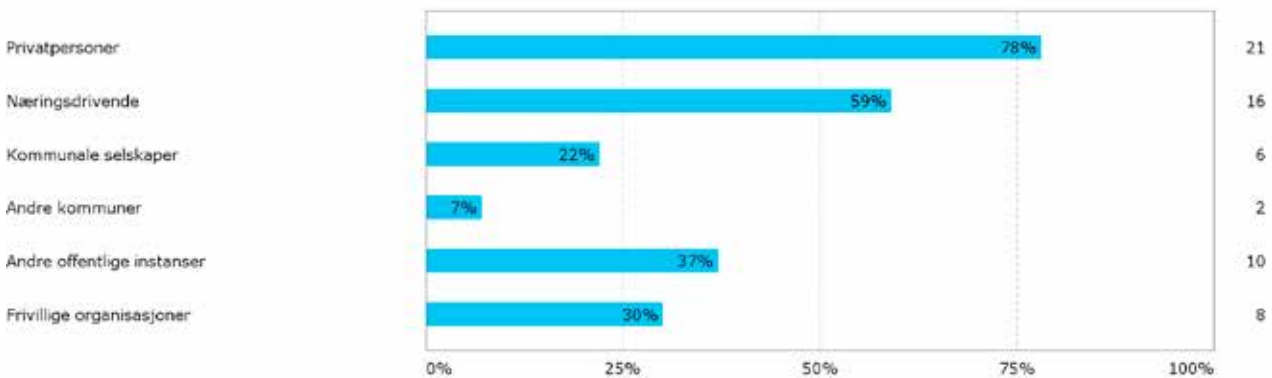
Det er bare 23 prosent som oppgir at de vurderer at den kommersielle aktiviteten har konkurransemessige *fordeler* som følge av det offentlige eierskapet. Begrunnelse for dette oppgis først og fremst å være utnyttelse av felles ressurser (lokaler, utstyr eller kompetanse/datagrunnlag).

<sup>30</sup> Resultatene fra kartleggingen av den kommunale kommersielle aktiviteten fremgår av vedlegg 3, mens den fylkeskommunale kommunale aktiviteten er gjengitt i vedlegg 4.

<sup>31</sup> Noen av svarene var ikke mulig å tolke, for eksempel ble aktiviteten «PNM» oppgitt som en kommersiell aktivitet. Denne har ikke arbeidsgruppen regnet inn i totalen. Videre har en respondent oppgitt flere etater som kommersiell aktivitet, uten at det fremkommer nærmere hvilke aktiviteter det er snakk om. Disse etatene har arbeidsgruppen også holdt utenfor totalen.

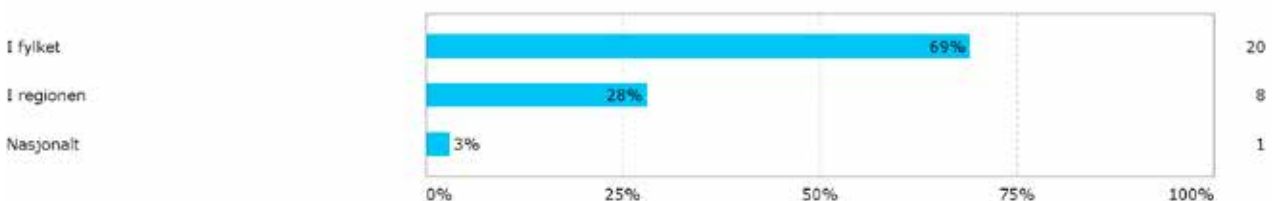
<sup>32</sup> Enkelte svar har vært uklare, slik at det har vært vanskelig å vurdere nærmere hvilke type aktivitet det er snakk om.

Figur 2.10 Kundegrupper for kommunenes kommersielle virksomheter



Kilde: Kartleggingen til arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører av forekomster av kommersiell aktivitet i kommunene

Figur 2.11 Geografisk omfang av fylkeskommuners salgsvirksomhet



Kilde: Kartleggingen til arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører av forekomster av kommersiell aktivitet i fylkeskommunene

Videre er det 9 prosent av respondentene som mener at den kommersielle aktiviteten har konkurransemessige *ulemp*er på grunn av det offentlige eierskapet, mens halvparten (50 prosent) mener at dette ikke er tilfellet. En fremtredende begrunnelse for at det foreligger en ulempe er innkjøpsregelverket og ivaretagelse av politiske målsettinger. Det må understrekes at det er få respondenter som har svart på spørsmålene i denne delen av undersøkelsen.

#### Fylkeskommunene

6 fylkeskommuner svarte på undersøkelsens del 1 og oppga 39 eksempler på kommersiell aktivitet i fylkeskommunene. Et mer detaljert spørreskjema ble sendt til kontaktpersonene for de ulike aktivitetene (del 2). Arbeidsgruppen mottok 34 svar på dette.

På samme måte som for resultatene av kartleggingen i kommunene, kan heller ikke kartleggingen i fylkeskommunene leses som at den gir en fullstendig oversikt over fylkeskommunal kommersiell aktivitet, ei heller aktivitetenes omfang.

Som for kommunene er relativt fremtredende fylkeskommunale kommersielle aktiviteter som ble oppgitt i del 1, utleie av lokaler o.l. (10 eksempler). Det er også meldt inn 10 eksempler på kommer-

siell aktivitet i kurs- og undervisningsvirksomhet. Fylkeskommunens respondenter har videre meldt inn tannhelsetjenester, IT, vaktmester, eiendomsforvaltning, salg av elevprodukter m.m.

Respondentene ble bedt om å oppgi etter beste skjønn hva som er årsaken til at den kommersielle aktiviteten tilbys. Her svarer 46 prosent utnyttelse av ledig kapasitet i forbindelse med drift/utførelse av lovpålagte oppgaver, 9 prosent oppgir utnyttelse av ledig kapasitet i forbindelse med annen aktivitet i fylkeskommunen, som drift eller administrasjon. 20 prosent oppgir aktivitet som fylkeskommunen har startet med på eget initiativ, for eksempel på bakgrunn av henvendelser fra befolkningen. 3 prosent vet ikke, og 23 prosent oppgir svaralternativet «Annet».

Figur 2.11 viser hvor fylkeskommunene selger varer og tjenester fra den kommersielle aktiviteten.

Kundegruppen til de ulike aktivitetene består særlig av privatpersoner (55 prosent) og næringsdrivende (52 prosent), andre offentlige instanser (34 prosent), kommuner (28 prosent), kommunale selskaper (14 prosent), fylkeskommunale selskaper (10 prosent) og andre fylkeskommuner (7 prosent).

På spørsmålet om den kommersielle aktiviteten går med overskudd (positivt driftsresultat) svarer 43 prosent ja, 36 prosent nei, mens 21 prosent ikke vet.

78 prosent av respondentene oppgir at det finnes private konkurrenter til den kommersielle aktiviteten, mens 15 prosent svarer at det gjør det ikke, og 7 prosent ikke vet.

Videre svarer 19 prosent av respondentene at de vurderer at den kommersielle aktiviteten har konkurransemessige *fordeler* som følge av det offentlige eierskapet. 44 prosent vurderer at det ikke er noen fordeler som følge av det offentlige eierskapet, mens 37 prosent svarer at de ikke vet.

«Utnyttelse av felles administrative tjenester» og «Utnyttelse av felles kompetanse eller datagrunnlag» er de begrunnelsene som fremstår som viktigst for de konkurransemessige fordelene (40 prosent har oppgitt 4 eller 5, der 5 er «avgjørende betydning»).

På den andre siden er det kun 11 prosent av respondentene som mener den kommersielle aktiviteten har konkurransemessige *ulempes* som følge av det offentlige eierskapet. Blant disse trekkes særlig lønns- og pensjonskostnader frem som en viktig årsak. Det må også her understrekes at det er få respondenter som har svart på disse spørsmålene.

### 2.3.3 Mulige konkurranseflater i staten som rettssubjekt

#### 2.3.3.1 Eksempler på konkurranseflater

I vurderingen av om tjenester levert av staten som rettssubjekt har konkurranseflater mot privat virksomhet, kan vi i stor grad se bort fra myndighetsoppgaver og oppgaver knyttet til interesseavveining og konfliktløsning, som gjerne er lovregulert og/eller del av statsoppdraget fra Stortinget og regjeringen. Innenfor kultur- og verdiforvaltning, tjenesteyting og næringsrettede oppgaver kan det være grenseflater mot markedsaktiviteter og private tilbydere.

Støttetjenester som for eksempel regnskap og lønnsadministrasjon, personaladministrasjon, arkiv, informasjons- og kommunikasjonsteknologi, sikkerhet, kantine, drift, mv. kan også leveres av private tilbydere. Her er det likevel i stor grad snakk om hvorvidt det er mer kostnadseffektivt for staten å drive disse tjenestene selv (egenregi) eller kjøpe dem i markedet. Interne statlige regler kan sette

grenser for hvilke støttetjenester som kan leveres til markedet.

Det finnes ikke noen oversikt eller egnet statistikk over kommersiell aktivitet innenfor staten som rettssubjekt. Teksten under er derfor basert på spørreundersøkelsen som arbeidsgruppen har gjennomført og presentasjoner fra noen statlige virksomhetene og enkelte næringsorganisasjoner på et dialogmøte med arbeidsgruppen i januar 2017, se vedlegg 7. Kartverket, Statistisk sentralbyrå (SSB) og Statsbygg var invitert til dialogmøtet for å legge frem sin vurdering og eksempler på kommersiell aktivitet i disse virksomhetene. Fra næringslivssiden var Abelia, Hovedorganisasjonen Virke, Arbeidsgiverforeningen Spekter, IKT Norge og Norsk institutt for naturforskning (NINA) invitert for å gi sin vurdering av samme tema.

Nedenfor omtales noen eksempler på statlige virksomheter som kan oppfattes å drive aktivitet i et marked.

*Universitetene og høyskolene* synes å være de de statlige virksomhetene som oppgir flest tilfeller av kommersiell aktivitet. Det gjelder både kurs- og opplæringstilbud, konkrete oppdrag og salg av tjenester, som for eksempel laboratorietjenester (Universitetet i Agder) og IKT- og driftstjenester (NTNU). Flere av universitetene og høyskolene driver også utleie av lokaler, blant annet Høgskulen på Vestlandet, NTNU og Universitetet i Agder. Disse kommersielle aktivitetene kan ved enkelte av institusjonene ha et betydelig omfang. Dette illustreres for eksempel av Riksrevisjonens gjennomgang av tilskudd til forskningsselskaper under Kunnskapsdepartementet.<sup>33</sup>

*Statistisk sentralbyrå (SSB)* var invitert til dialogmøtet med arbeidsgruppen og ga en redegjørelse for sine aktiviteter. SSB er faglig uavhengig i henhold til statistikkloven<sup>34</sup> og ellers underlagt Finansdepartementet. Statistikkloven gir SSB tilnærmet monopol på å kunne levere nasjonal statistikk, mens andre statistikker/analyser kan leveres av flere aktører, også private. Rundt 30 prosent av virksomheten er oppdragsfinansiert, dels fra departementene og dels gjennom deltakelse i oppdragskonkurranser. Det bidrar ifølge SSB til

<sup>33</sup> Riksrevisjonens kontroll med forvaltningen av statlige selskaper for 2016, se Riksrevisjonens [nyhetssak](#) fra 12. desember 2017 («Tilskudd til forskningsselskaper under Kunnskapsdepartementet»).

<sup>34</sup> Lov 16. juni 1989 nr. 54 om offisiell statistikk og Statistisk Sentralbyrå.

kritisk masse av ansatte på kjerneområder og til effektiv drift ved å benytte kortsiktig ledig kapasitet til eksterne oppdrag. SSB bruker selvkostprinsippet i prising av oppdrag.

*Forsvarets* hovedaktiviteter er eksklusivt lagt til staten under politisk styring. I noen støttefunksjoner til forsvaret kan det tenkes å være noe kommersiell aktivitet. Forsvarsbygg har oppgitt blant annet rådgivningstjenester og utleie av bygg som en kommersiell aktivitet. Forsvarets forskningsinstitutt driver forskning og utvikling, som kan være i konkurranse med private aktører.

Innenfor *klima, natur og miljøvern* kan det tenkes noen kommersielle aktiviteter. For eksempel oppgir Meteorologisk institutt i spørreundersøkelsen salg av kommersiell turnus og oppdrag. Miljødirektoratet fremleier lokaler i markedet. Norges geologiske undersøkelse (NGU) yter faglig rådgivning og tar oppdrag som utgjør kommersielle aktiviteter. Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) oppgir at de selger rådgivningstjenester og utredninger, utfører hydrologisk oppdragsvirksomhet og gjennomfører sikringstiltak mot flom og skred.

*Statens kartverk* var invitert til dialogmøtet med arbeidsgruppen og ga en redegjørelse for sine aktiviteter. Kartverket er et forvaltningsorgan under Kommunal- og moderniseringsdepartementet, med et årlig budsjett på ca. 1,2 milliarder kroner. Oppgavene er i stor utstrekning gitt i lov og/eller tildelingsbrev for å samordne offentlig innsats på nasjonalt nivå. Et fellestrekk ved oppgavene er registrering, innsamling og formidling av data. Kartverket leverer data og tjenester til både offentlige og private aktører. Private aktører tilbyr konkurrerende løsninger på noen av oppgavene/tjenestene. En mindre andel av formidlingen til Kartverket skjer mot betaling, som er lov- og forskriftshjemlet. I hovedsak dekker betalingen kun formidlingskostnadene, basert på regjeringens strategi for gratis viderebruk av data. Kartverket oppgir at de selger blant annet kartdata og eiendoms- og matrikkeldata. En relativt ny tjeneste fra Kartverket er [www.seeiendom.no](http://www.seeiendom.no), der både private og profesjonelle brukere kan sjekke eiendomsinformasjon på nett. Kartverket er også en aktuell kandidat til å ta ansvar for et planlagt sentralt ledningseierregister, jf. forslag til endringer i kart- og planforskriften og utkast til lov om tilrettelegging

for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon<sup>35</sup>.

*Nasjonale kulturinstitusjoner* kan ha konkurranseflater mot private aktører. Norsk filminstitutt oppgir i spørreundersøkelsen at Filmmuseet og cinematek- og kinodrift er kommersielle aktiviteter.

Som en oppsummering kan det synes som at det er særlig innenfor funksjonene kunnskaps- og verdi-forvalter og tjenesteyter at det finnes kommersiell aktivitet i staten. Det må også bemerkes at i løpet av de seneste 10-20 årene er det skilt ut mange oppgaver fra staten til selvstendige rettssubjekt som opererer i markedet, og som tidligere ble ivaretatt av staten. På den bakgrunn er det grunn til å anta at kommersiell aktivitet utgjør en liten andel av oppgavene som utføres innenfor staten som rettssubjekt.

### 2.3.3.2 Resultater fra kartlegging i staten

Som et ledd i arbeidet med rapporten, sendte arbeidsgruppen forespørsler til et utvalg statlige virksomheter med spørsmål om de driver kommersiell aktivitet.<sup>36</sup> Undersøkelsen definerte «kommersiell aktivitet» som det å tilby varer og/eller tjenester i et marked.

Spørreskjema ble sendt til 109 virksomheter i staten. 56 virksomheter responderte på forespørselen. Av de som svarte, oppga 40 virksomheter at de utfører kommersiell aktivitet. Respondentene oppga 79 tilfeller av kommersiell aktivitet i disse virksomhetene, og kontaktpersoner for aktivitetene.

Et mer detaljert spørreskjema ble sendt til oppgitte kontaktpersoner. Det kom inn svar med nærmere informasjon om 33 av de kommersielle aktivitetene. Kartleggingen kan ikke oppfattes å gi et uttømmende bilde av kommersiell aktivitet i staten. Resultatet viser eksempler på kommersiell aktivitet som utføres av statlige virksomheter.

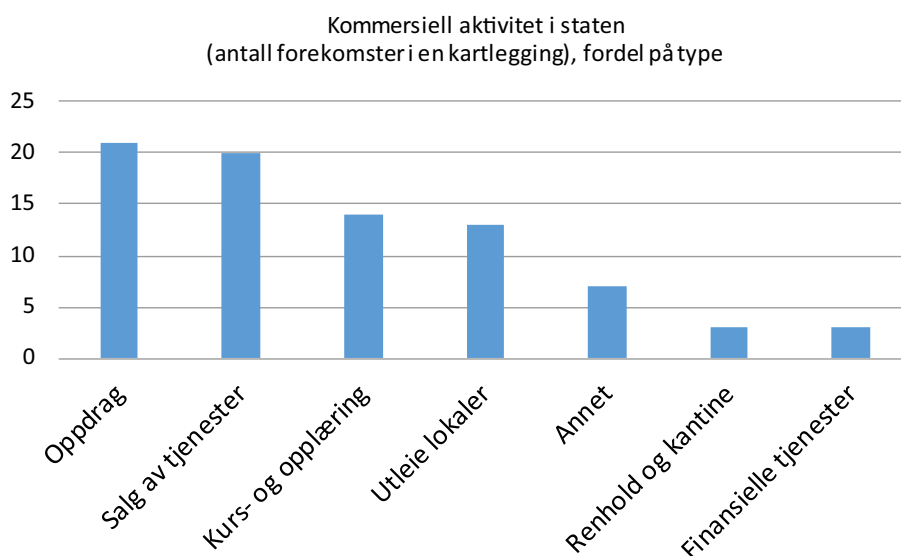
I figur 2.12 er det gitt en oversikt over de ulike typene av kommersiell aktivitet som statlige virksomheter oppgir i kartleggingen.

<sup>35</sup> Se Samferdselsdepartementets [høringsnotat](#) av 3. juni 2016 om utkast til lov om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon.

<sup>36</sup> Resultatene fra kartleggingen av kommersiell aktivitet i staten fremgår av vedlegg 5.



Figur 2.12 Ulike typer kommersiell aktivitet i staten



Kilde: Kartleggingen til arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører av forekomster av kommersiell aktivitet i staten

Kartleggingen viser flest tilfeller av kommersiell aktivitet i form av oppdrag (særlig forskning og undervisning), salg av tjenester (for eksempel rådgivning, laboratorietjenester osv.) og kurs- og opplæringsvirksomhet. Deretter følger utleie av lokaler.

Den detaljerte kartleggingen viser samlet inntekt på vel 637 millioner kroner årlig og rundt 480 årsverk på de oppgitte aktivitetene, men her mangler det tall for enkelte av de oppgitte aktivitetene. De aktivitetene som synes å veie tyngst økonomisk er oppdragsvirksomhet og kurs- og opplæringsvirksomhet ved universitetene og høyskolene. Deretter følger sikringstiltak i Norges vassdrags- og energidirektorat og utleie av lokaler.

Tallene for omsetning og årsverk må tolkes forsiktig. De detaljerte svarene om omsetning og årsverk dekker bare om lag halvparten av de oppgitte tilfellene av kommersiell aktivitet.

Kartleggingen viser at virksomhetenes begrunnelse for å utføre den kommersielle aktiviteten er delt. 13 prosent av de som svarte på spørsmålet oppgir utnyttelse av ledig kapasitet i forbindelse med drift/utførelse av lovpålagte oppgaver. 13 prosent oppgir egeninitiert frivillig oppgave, for eksempel på bakgrunn av henvendelser fra befolkningen. 75 prosent peker på andre årsaks-

forhold, blant annet krav fra overordnet departement, oppdrag i tildelingsbrev, forventninger i vedtekter og mandat, ønske om å fremme samarbeid med andre osv.

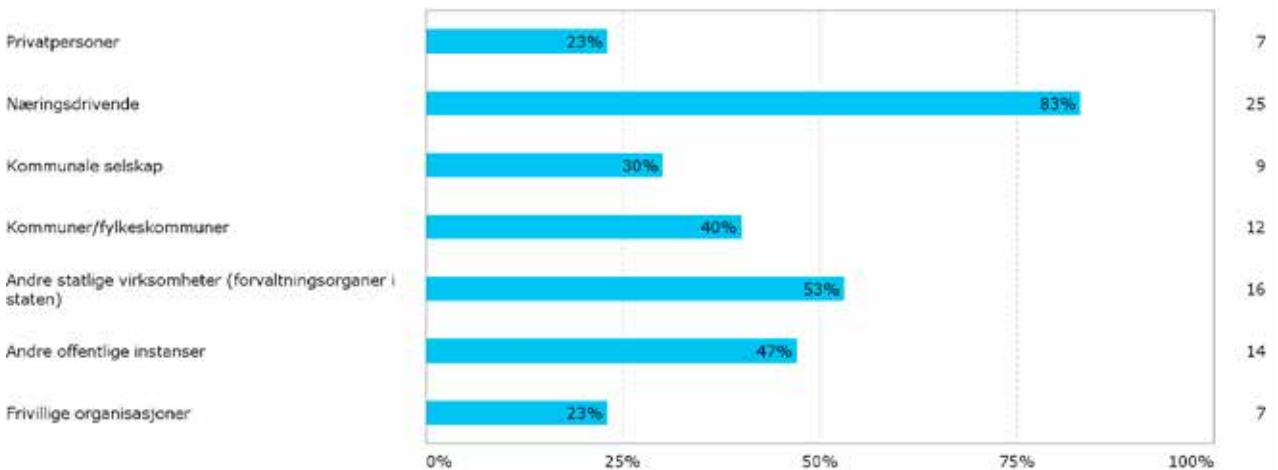
Tjenestene selges hovedsakelig nasjonalt (52 prosent), men også internasjonalt (23 prosent). Kjøperne er først og fremst næringsliv (83 prosent), men også privatpersoner og offentlige institusjoner, jf. figur 2.13.

Rundt halvparten av respondentene (52 prosent) oppgir at den kommersielle aktiviteten går med overskudd (positivt driftsoverskudd). De fleste begrunner dette med at inntektene fra aktivitetene skal gi kostnadsdekning (selvkost), uten å gi verken over- eller underskudd. 58 prosent av de som har svart på spørsmålet oppgir at det ikke er forventet at aktiviteten vil gå med overskudd i løpet av en femårsperiode.

For rundt 70 prosent av de kommersielle aktivitetene oppgis det at det finnes private konkurrenter. I de fleste tilfellene (85 prosent) er det flere enn fem konkurrenter, som normalt opererer utover det lokale markedet.

Rundt en tredjedel (34 prosent) av respondentene oppgir at det er konkurransemessige fordeler knyttet til det statlige eierskapet. De viktigste fordelene

Figur 2.13 Hvem kjøper varene/tjenestene?



Kilde: Kartleggingen til arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører av forekomster av kommersiell aktivitet i staten

oppgis å være utnyttelse av felles kompetanse eller datagrunnlag og felles utstyr/produksjonskapasitet. Majoriteten av respondentene oppgir at lav kapitalbinding, lavere avkastningskrav, utnyttelse av felles lokaler/rimelig husleie og felles administrative tjenester har ingen betydning.

En tredjedel av respondentene oppgir at det er konkurransemessige ulemper knyttet til det offentlige eierskapet, som i hovedsak oppgis å ha bakgrunn i ivaretagelse av politiske målsettinger og innkjøpsregelverket.

### 2.3.3.3 Oppsummering

Staten ivaretar samfunnsviktige oppgaver og velferdstjenester i tråd med politiske mål. De statlige virksomhetene har oppgitt en del tilfeller av sporadisk kommersiell aktivitet. Dette er i stor grad salg som stammer fra data og kompetanse i vedkommende virksomhet og i tråd med statsoppdraget til virksomheten, formidlet gjennom tildelingsbrev fra departementet til virksomheten. Kartleggingen viser flest tilfeller av kommersiell aktivitet i form av oppdrag (særlig forskning og undervisning), salg av tjenester (for eksempel rådgivning, laboratorietjenester osv.), og kurs- og opplæringsvirksomhet. Deretter følger utleie av lokaler.

Det er særlig innenfor funksjonene kunnskaps- og verdiforvalter og tjenesteyter at det kan finnes aktivitet i staten som har konkurranseflater til private tilbydere.

Det må forøvrig bemerkes at i løpet av de seneste 10-20 årene er det skilt ut mange oppgaver fra staten til selvstendige rettssubjekt som opererer i markedet, og som tidligere ble ivaretatt av staten.

### 2.3.4 Mulige konkurranseflater mellom private aktører og helseforetak

Helseforetakene skal yte offentlig finansierte spesialisthelsetjenester, forskning og undervisning, samt tjenester som står i naturlig sammenheng med dette eller som er pålagt i lov. Disse kjerneoppgavene ytes ikke i konkurranse med andre.

Arbeidsgruppens kartlegging har resultert i få tilbakemeldinger fra helseforetak om mulig kommersiell aktivitet. Spørreskjema ble sendt til 20 helseforetak. Åtte helseforetak responderte på forespørselen og av disse oppga seks helseforetak at de utfører kommersiell aktivitet. Følgende eksempler var blant de som ble gitt: Drift av kantine, kafe, parkeringsvirksomhet, utleie av lokaler og eiendom, driftstjenester til leietakere, sikkerhetstjenester og salg av overskudd av termisk energi.<sup>37</sup>

Et mer detaljert spørreskjema ble sendt til oppgitte kontaktpersoner, men ble kun besvart i to tilfeller for henholdsvis driftstjenester knyttet til utleie og drift av kantine med salg til helsepersonell, besøkende og pasienter. Det er derfor vanskelig å oppfatte svarene som representative. I begge tilfellene er begrunnelsen for kommersiell aktivitet at den

<sup>37</sup> Resultatene fra kartleggingen av kommersiell aktivitet i helseforetakene fremgår av vedlegg 6.

utnytter ledig kapasitet ved en minimumsbemanning, gir stordriftsfordeler, helseforetaket har alltid tilbudt tjenestene og de etterspørres av publikum. Kantinedriften går ikke med overskudd. Innkjøpsregelverket anføres som en konkurranseulempe. For begge tjenestene eksisterer det private konkurrenter, men det er ikke registrert klager.

Oslo Universitetssykehus HF har i åpent dialogmøte med arbeidsgruppen identifisert utleie av arealer, parkeringsvirksomhet, pasienthotellvirksomhet (driften er satt ut til en privat aktør som leier lokalene) og vaskeritjenester (i løpet av 2017 overtar privat aktør all vask for sykehuset) som mulige konkurranseflater mot private virksomheter. Sykehusapotekene HF, eid av Helse Sør-Øst RHF, identifiserte i samme møte avtaler med private apotek om produksjon av spesialiserte legemidler, tilbud om farmasifaglig kompetanse til primærhelsetjenesten som private apotek ikke besitter og forsyning av pasienter med legemidler når de returneres fra spesialisthelsetjenesten til kommunene som mulige konkurranseflater. Abelia informerte om at et offentlig sykehus i Østfold har deltatt i, og vunnet, anbud om å levere bedriftshelsetjenester.<sup>38</sup> Se referat fra dialogmøtet i vedlegg 7.

Sykehusapotekene er organisert som egne helseforetak og heleid av de regionale helseforetakene. Hovedoppgaven til sykehusapotekene er å levere legemidler og farmasitjenester til offentlige sykehus. I tillegg selger sykehusapotekene også legemidler og andre produkter direkte til forbrukere ved at de normalt har et eget utsalgsted på hvert sykehus. Ved salg til privatpersoner konkurrerer de med andre apotekutsalg.

## 2.4 Begrunnelser for å etablere kommersiell virksomhet

Produktivitetskommissjonen<sup>39</sup> peker på at det offentlige eierskapet i Norge i stor grad er historisk begrunnet og blant annet en følge av industrielle og sektorpolitiske målsettinger, forvaltning av naturressurser, beredskaps- og sikkerhetshensyn, utskillelse av virksomhet fra staten og statlig inn- gripen ved bankkrisen på 1990-tallet. Det pekes på at både statlig og kommunalt eierskap i en historisk kontekst i stor grad kan forklares i et slikt lys.

<sup>38</sup> Se også omtale av dette eksemplet i representantforslaget [Dokument 8:80 S. \(2016-2017\)](#) fremsatt 30. mars 2017.

<sup>39</sup> Jf. NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*.

Sørensen og Dalen (2001) peker på sin side på at essensen i det offentlige eierskapet er informasjonsproblemer og vanskeligheter med å utforme kontrakter med private tjenesteprodusenter. Videre peker forfatterne på at hensynet til demokratisk kontroll ofte anføres som en tilleggsbegrunnelse for offentlig eierskap. I prinsippet gir offentlig eierskap muligheter for en umiddelbar og fleksibel folkevalgt styring, og det gjør det mulig for velgerne å holde representantene ansvarlige for den politikk som føres.

Resultatene fra kartleggingen arbeidsgruppen har foretatt speiler og utfyller dette bildet. Respondentene ble blant annet bedt om å angi viktigheten av noen grunner for å drive den kommersielle aktiviteten.

De viktigste grunnene som oppgis blant *kommunene* som svarte (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5, på en skala der 5 er «avgjørende betydning») er:

- at publikum/innbyggerne etterspør tjenesten (73 prosent)
- ønske om å skape et tilstrekkelig godt fagmiljø/kompetanse i kommunen (44 prosent)
- ønske om å ivareta sektorpolitiske formål (42 prosent)
- den kommersielle virksomheten gir økte inntekter for kommunen (31 prosent)
- ønske om å utnytte ledig kapasitet i produksjon av lovpålagte oppgaver (25 prosent).

Av de 25 prosentene som er oppgitt under punkt 5, svarer 33 prosent at den ledige kapasiteten er av permanent karakter. Blant disse er det noen som har oppgitt mer utdypende begrunnelse, herunder «*I renhold er det mange deltidstillinger men mange ønsker heltidstillinger. Derfor tar vi slike oppgaver.*», «*Brannberedskap innebærer restkapasitet*» og «*Vi trenger en minimum bemanning for å kunne produsere varm mat 5 dager pr. uke. til x antall personer. Konsekvensene blir: En kan eventuelt produsere enda flere porsjoner uten å øke bemanningen? stordriftsfordeler?*».

De viktigste grunnene som oppgis blant *fylkeskommunene* som svarte (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5, der 5 er «avgjørende betydning») er

- et ønske om å skape et tilstrekkelig godt fagmiljø/kompetanse i fylkeskommunen (71 prosent)
- et ønske om å ivareta sektorpolitiske formål (61 prosent)



- publikum/innbyggerne etterspør tjenester (57 prosent)
- et ønske om å utnytte ledig kapasitet i produksjonen av lovpålagte oppgaver (50 prosent)
- at etablering av den kommersielle aktiviteten var en forutsetning for å kunne etablere bedre lovpålagte tjenester (50 prosent)
- et ønske om å utnytte ledig kapasitet i lovpålagte oppgaver (50 prosent).

Blant de som svarer at aktiviteten er begrunnet i et ønske om å utnytte ledig kapasitet i lovpålagte oppgaver, svarer 76 prosent av den ledige kapasiteten er av permanent karakter. Blant disse er det noen som har oppgitt mer utdypende begrunnelse, herunder «Vi etterstreber å ansette folk i 100 prosent stillinger. Da er det lettere å få de beste søkerne. Det kan vi gjøre ved at vi kan finansiere deler av stillingen ved inntekter på salg av tjenester.», «De små kommunene i [...] har ikke nok innbyggere med rettigheter etter tannhelsetjenesteloven til å sysselsette en full tannlegestilling.», samt «Personell og utstyrsinvesteringer kan ikke forsvares kun ved lovpålagt bruk. Det ville vært samfunnsøkonomisk lite smart».

Respondentene fra *staten* oppga som de viktigste begrunnelsene følgende (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5, der 5 er «avgjørende betydning»):

- ønske om å ivareta sektorpolitiske mål (59 prosent)
- ønske om å skape et tilstrekkelig godt fagmiljø/kompetanse i virksomheten (58 prosent)
- den kommersielle aktiviteten gir økte inntekter for virksomheten (41 prosent)
- publikum/innbyggerne etterspør tjenesten (38 prosent)
- tjenesten har «alltid» vært tilbudt av virksomheten (35 prosent).

Kun 7 prosent av respondentene (som har oppgitt 4 eller 5, der 5 er «avgjørende betydning») oppgir at den kommersielle aktiviteten er begrunnet i et ønske om å utnytte ledig kapasitet i produksjon av lovpålagte oppgaver. Blant disse svarer 30 prosent av den ledige kapasiteten er av permanent karakter, mens 40 prosent oppgir at den er midlertidig. Blant de som begrunner hvorfor det er ledig kapasitet, oppgis forhold som: «Laboratoriene brukes i undervisning og forskning, men ikke 24/7. Det er ikke mulig å utnytte kapasiteten fullt ut i lovpålagte oppgaver.», «Det er etablert fremleie av arealer det ikke lenger er behov for, der vi er bundet av leieavtalene.», «Noe av vår utleie er knyttet til midlertidig ledig kapasitet av arealer slik at vi har en buffer

for fremtidig egen vekst.» og «Det er stordriftsfordeler i varslingsturnusen for allmenn varsling og kommersielle tjenester. Den kommersielle tjenesten gir en faglig kompetanse som er viktig for allmennvarslingen».

## 2.5 Begrunnelser for valgt organisering

I undersøkelsen ble respondentene bedt om å oppgi begrunnelse for valgt organisering. Svarene fra de ulike forvaltningsnivåene er gjengitt under.

Blant de *kommunene* som svarte, oppgir 40 prosent av respondentene at den kommersielle aktiviteten er organisert som en del av kommunen som rettssubjekt. 28 prosent sier at den ikke er en del av kommunen som rettssubjekt, mens 32 prosent har svart at de ikke vet.

Respondentene ble også bedt om å angi viktigheten av noen grunner for å drive den kommersielle aktiviteten i kommunen som rettssubjekt. De viktigste grunnene for at aktiviteten er organisert som en del av kommunen (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5, der 5 er «avgjørende betydning»):

- aktiviteten har «alltid» ligget som en integrert del av kommunen (59 prosent)
- organiseringen gir bedre muligheter til å utnytte synergier mot annen kommunal aktivitet (38 prosent)
- organiseringen tilrettelegger for ønsket styring og kontroll (38 prosent)
- organiseringen bedrer muligheten for å utnytte restkapasitet i annen kommunal aktivitet (31 prosent).

89 prosent av respondentene blant *fylkeskommunene* oppgir at den kommersielle aktiviteten er organisert som en del av fylkeskommunen som rettssubjekt. 4 prosent sier at den ikke er en del av fylkeskommunen, mens 7 prosent har svart at de ikke vet.

De viktigste grunnene til organisering innenfor fylkeskommunen oppgis å være (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5 på skalaen der 5 er «avgjørende betydning»):

- organiseringen tilrettelegger for ønsket styring og kontroll (73 prosent)
- organiseringen gir bedre mulighet til å utnytte synergier mot annen fylkeskommunal aktivitet (61 prosent)

- aktiviteten har «alltid» ligger som en integrert del av fylkeskommunen (56 prosent)
- det å skille aktiviteten ut som et selvstendig rettssubjekt vurderes som lite kostnadseffektivt (50 prosent).

86 prosent av respondentene blant de *statlige* virksomhetene har svart at den kommersielle aktiviteten er organisert innenfor staten som rettssubjekt. De viktigste grunnene til denne organiseringen oppgis å være (rangert etter andel respondenter som har oppgitt 4 eller 5 på skalaen der 5 er «avgjørende betydning»):

- gir bedre mulighet til å utnytte synergier mot annen aktivitet (72 prosent)
- tilrettelegger for ønsket styring og kontroll (52 prosent)
- at aktiviteten har «alltid» ligger som en integrert del av den statlige virksomheten (52 prosent)
- å skille aktiviteten ut som et selvstendig rettssubjekt er lite kostnadseffektivt (48 prosent).

Det fremgår videre av undersøkelsen at forhold som skattefritak, lavere valutarisiko eller lavere finansieringskostnader på grunn av konkursimmunitet har tilnærmet «ingen betydning» i vurderingen av å legge virksomheten til staten som rettssubjekt.

# 3 Konkurransen på «like vilkår»?

## 3.1 Innledning

Å legge til rette for virksom konkurranse bidrar til målet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette innebærer at virksomheter som drives med bedre utnyttelse av innsatsfaktorer, bedre ledelse, mer effektiv produksjonsteknologi, større stordriftsfordeler, ulike synergieffekter eller bedre kvalitet på tjenestene vinner frem i konkurransen. Erfaringer fra næringer som har blitt avregulert og utsatt for konkurranse, viser at de har lyktes med å redusere sine kostnader gjennom bedre utnyttelse av sin kapasitet.<sup>40</sup> Konkurranse bidrar også til mer innovasjon, høyere investeringer og økt økonomisk vekst.<sup>41</sup> Det er en omfattende teoretisk og empirisk litteratur som underbygger disse sammenhengene. En oppsummering av empiri om sammenhengen mellom konkurranse og økonomisk vekst finnes i OECD (2014): *Competition and Macroeconomic Outcomes Factsheet*.<sup>42</sup>

En virksomhets konkurransefortrinn kan imidlertid også stamme fra en myndighetsbestemt særstilling. Arbeidsgruppen vil i denne rapporten kalle dette «kunstige» konkurransefortrinn. Kunstige konkurransefortrinn kan for eksempel være knyttet til at konkurrenter i samme marked har ulik skattemessig eller regulatorisk behandling, eller at enkelte aktører nyter godt av indirekte eller direkte subsidiering. Motstykket til kunstige konkurransefortrinn er kunstige ulemper. Det vil

<sup>40</sup> Det er for eksempel vist at dereguleringen av ulike næringer i USA førte til at veitransportnæringen fikk redusert transport uten last (mindre tomtransport), luftfartsnæringen fikk en høyere kabinfaktor (færre tomme seter), og gassnæringen fikk en bedre utnyttelse av sine rørledninger. For en nærmere oversikt, se K. Hüschelrath (2012): *The costs and benefits of antitrust enforcement*, World Competition, 35, 121-163. For Norges vedkommende førte liberalisering av kraftmarkedet fra 1991 til at vannet ble bedre utnyttet (mindre vann forbi driftsklare turbiner), og dereguleringen i innenriks luftfart førte til høyere kabinfaktor fra 2002 av, se L. Sjørgard (red.) (2006): *Competition and welfare. The Norwegian experience*, Fagbokforlaget, Bergen.

<sup>41</sup> En omfattende empirisk studie for USA de siste tretti årene finner at i næringer med høy konsentrasjon, og dermed ventelig lav konkurranse, investeres det mindre relativt sett enn i næringer med lav konsentrasjon, se G. Gutierrez og T. Philippon (2016): *Investment-less growth: An empirical investigation*, NBER Working Paper no. 22897. Virkning av konkurranse på økonomisk vekst og innovasjoner er også et tema for en rekke OECD publikasjoner (se for eksempel OECD (2009): [Policy Roundtables. Competition, Patents and Innovation II](#)).

<sup>42</sup> OECD (2014): Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes.

for eksempel kunne oppstå gjennom særskilte regulatoriske krav som pålegges et foretak og som konkurrenter i samme marked ikke har.

De siste årene har det vært økende oppmerksomhet om konkurranseflaten mellom privat og offentlig virksomhet. Blant annet har interesseorganisasjonene Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Hovedorganisasjonen Virke (Virke) arbeidet både overfor politiske myndigheter og allmennheten for å øke oppmerksomheten om konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører. Flere departementer har mottatt en rekke henvendelser fra interesseorganisasjonene og private aktører som hevder at offentlige aktører har fordeler i kraft av å være offentlige når de konkurrerer i markedet. Som del i arbeidet med å kartlegge konkurranseforholdene arrangerte arbeidsgruppen et dialogmøte, hvor private og offentlige aktører ble invitert for å belyse ulike sider av konkurransesituasjonen i markeder hvor også offentlige aktører deltar, se referat i vedlegg 7.

Arbeidstakerorganisasjonene og kommunesektoren har på sin side arbeidet for å øke oppmerksomheten om at det offentlige vare- og tjenestetilbudet blir brukt som virkemiddel for å oppnå sektorpolitiske mål og omfordeling.

Videre peker Produktivitetskommissjonen i sin første delrapport, NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*, på at konkurransen mellom offentlige og private tjenestetilbydere bør skje på like vilkår i den forstand at rammebetingelsene for offentlige og private virksomheter er konkurransenøytrale.

I dette kapitlet tar arbeidsgruppen for seg konkurranseflaten mellom offentlig og privat virksomhet. Siktemålet er å identifisere hvilke kunstige konkurransemessige fordeler og ulemper offentlige aktører har i forhold til private aktører, og å drøfte de konkurransemessige virkningene av disse.

I støtteretten brukes begrepet krysssubsidiering om situasjoner der EØS-rettslig økonomisk aktivitet subsidieres med offentlige midler direkte eller indirekte uten at det fattes vedtak om offentlig støtte, eller at det nødvendigvis er ønske om

å støtte den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Samfunnsøkonomisk teori omtaler dette som subsidiering. Siden dette kapittelet omhandler samfunnsøkonomiske problemstillinger, vil begrepet subsidiering brukes her. I resten av rapporten vil begrepet kryssubsidiering brukes.

Arbeidsgruppen har ikke sett det som hensiktsmessig å foreta en bred drøfting av alle mulige særfordeler og ulemper eller å identifisere disse. I dette kapittelet drøftes aspekter ved rammebetingelsene som har særlig relevans for de støtte-rettslige problemstillingene som arbeidsgruppen er bedt om å se på. Utgangspunktet for analysen av rammene for konkurranse mellom offentlige og private foretak er effektiv ressursutnyttelse, slik det anvendes i samfunnsøkonomiske analyser og i tråd med målet med konkurransepolitikken (se for eksempel Hjelmeng og Sørgard, 2014).

I det følgende drøftes først begrepene konkurranse på «like vilkår» og konkurransenøytralitet i punkt 3.2. I punkt 3.3 presenteres innholdet i samfunnsøkonomisk effektivitet og effektiv ressursutnyttelse. I forlengelsen av dette drøftes konsekvensene av særfordeler for konkurransen og konkurransedynamikk. I kapittel 3.4 drøftes konkurransevirkninger av visse særfordeler og -ulemper, mens punkt 3.5 oppsummerer drøftelsen i kapittelet.

## 3.2 Konkurranse på «like vilkår» og konkurransenøytralitet

Det er uklart hva som menes med konkurranse på «like vilkår». I et marked vil det alltid være noen foretak som har konkurransemessige fortrinn mens andre har konkurransemessige ulemper. Det kan være ulik grad av stordrifts- og samdriftsfordeler eller ulik tilgang til teknologi og kompetanse. Konkurransen skal og vil således aldri skje på helt like vilkår. Det ligger i konkurransemekanismenes natur at slike ulikheter i forutsetninger er med å avgjøre hvem som vinner frem og taper på sikt.

Siden konkurransen aldri vil foregå på like vilkår, er dette et upresist begrep for de problemstillingene som arbeidsgruppen skal drøfte. Et mindre vidtgående begrep som oftere brukes i faglitteraturen i beskrivelsen av konkurranse mellom offentlige og private foretak, er konkurransenøytralitet, se også punkt 9.1. OECD legger til grunn en definisjon av konkurransenøytralitet som lyder:

«Et prinsipp der alle foretak, offentlige som private, nasjonale så vel som utenlandske står ovenfor det samme regelsett, og der myndighetenes kontakt, eierskap eller involvering i markedet, i praksis eller rettslig, ikke innebærer en kunstig («undue») konkurransefordel for noen faktisk eller potensiell markedsaktør». (arbeidsgruppens oversettelse)<sup>43</sup>

En kortere variant som også brukes er at konkurransenøytralitet foreligger der «... *ingen enhet som opererer i et økonomisk marked har en kunstig («undue») konkurransemessig fordel eller ulempe»* (arbeidsgruppens oversettelse) (OECD, 2012). Denne definisjonen fanger også opp at det av ulike årsaker også kan oppstå konkurransemessige ulemper som kan medføre at én gruppe aktører taper i konkurransen fordi de ilegges krav som konkurrerende aktører i samme marked ikke møter.

I OECDs definisjoner av konkurransenøytralitet brukes begrepet «undue». Arbeidsgruppen har valgt å oversette begrepet med «kunstig» for å konseptuelt klargjøre skillet mot «naturlige» konkurransefortrinn – som er nettopp det vi ønsker konkurransedynamikken i et velfungerende marked bør drives av.

Oppmerksomheten vil i det følgende først og fremst være knyttet til en myndighetsbestemt fordel eller ulempe som tilfaller *offentlige aktører* i motsetning til private. Referanserammen for å vurdere de konkurransemessige virkningene av kunstige fordeler eller ulemper er samfunnsøkonomisk effektivitet og effektiv ressursutnyttelse. Det er således hensiktsmessig å definere disse begrepene først.

## 3.3 Samfunnsøkonomisk effektivitet og konkurranse

### 3.3.1 Innledning

Samfunnsøkonomisk effektivitet innebærer at samfunnets ressurser brukes på en måte som gir høyest mulig velferd. Én måte å uttrykke dette på er at det er en målsetting om at summen av overskuddet for aktørene i økonomien, det vil si summen av profitt (foretakenes overskudd) og konsumentoverskudd

<sup>43</sup> OECD (2015): *Roundtable on Competition Neutrality*, DAF/COMP (2015)5.

(forbrukernes overskudd) blir størst mulig.<sup>44</sup> Effektiv ressursutnyttelse krever dermed at produksjonen er kostnadseffektiv, at vi bruker så lite ressurser som mulig for å produsere en gitt mengde, og at produksjonen er sammensatt slik at den avspeiler forbrukernes ønsker (se for eksempel von der Fehr og Sørgard, (2004)). Effektiv ressursutnyttelse innebærer at vi som samfunn får mest mulig igjen for de ressursene vi har til rådighet.

For å oppnå effektiv ressursutnyttelse er det da ønskelig at de mest effektive foretakene overlever og at nye aktører kan utfordre de etablerte, mens de mindre effektive foretakene går ut av markedet. Dette vil være del av en prosess der konkurransedynamikken drives av naturlige konkurransefortrinn (for eksempel lavere kostnader eller bedre innovasjonsevne) basert på priser som reflekterer verdien av ressursene som anvendes i beste alternative anvendelse (de relevante kostnadene). Dette vil være den drivende dynamikken i et perfekt konkurransemarked (omtales i litteraturen som «contestable markets», se Baumol et al. (1982)). Et perfekt konkurransemarked er preget av:

1. ingen etablerings- eller utgangsbarrierer (friksjonsløs inngang og utgang)
2. ingen sunkne kostnader
3. at alle (nykommere så vel som etablerte) aktører har tilgang til samme teknologi

Ingen etableringsbarrierer er nødvendig for at nye aktører friksjonsløst kan komme inn i markedet og utfordre eksisterende markedsaktører. Hvis et marked for eksempel er preget av at ett eller noen få foretak kontrollerer strategiske ressurser som er nødvendig for å delta i markedet, er det vanskelig for nykommere å utfordre disse. Tilsvarende er fravær av utgangsbarrierer påkrevet for at ineffektive aktører forlater markedet.

Sunkne kostnader er kostnader som ikke kan gjenvinnes etter at foretaket avslutter sin virksomhet eller oppdrag. I den grad etablering i et marked innebærer høye sunkne kostnader, vil dette begrense mulighetene til å utfordre eksisterende aktører, noe som igjen vil begrense konkurransedynamikken.

<sup>44</sup> Konkurranseloven har samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk som mål. Lovens formål er dog formulert som at konkurransen skal fremmes for å «bidra til» effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. NOU 1991: 27 *Konkurranse for effektiv ressursbruk*, NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* og NOU 2012: 7 *En mer effektiv konkurranselov*.

Endelig vil konkurransedynamikken i et marked også være preget av i hvilken grad alle har tilgang til samme teknologi. Teknologi kan her tolkes vidt og for eksempel inkludere innovasjoner eller intellektuelle eiendomsrettigheter (IP). Ulik tilgang til teknologi kan påvirke gjennomsnittskostnadene ved produksjonen, slik at de som innehar teknologien, har et stort konkurransefortrinn fremfor de som ikke har den.

Et perfekt konkurransemarked er en idealtilstand. Vi kan likevel bruke det som en referanse for å drøfte hvordan konkurransedynamikken påvirkes av at enkelte foretak har kunstige konkurransefortrinn eller -ulemper. Dette vil her drøftes basert på stiliserte relasjoner illustrert i Figur 3.1.

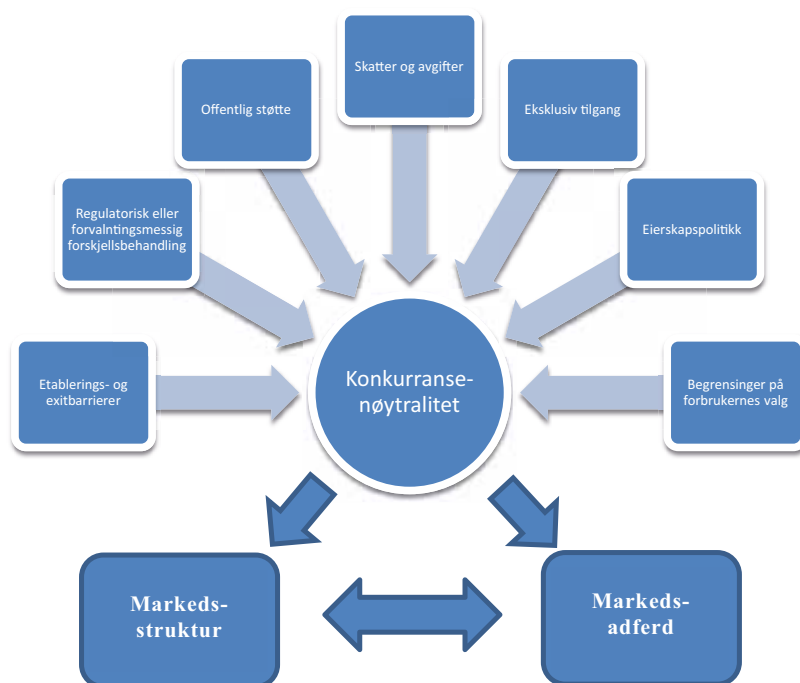
Figuren illustrerer at det er mange potensielle kilder til kunstige konkurransefordeler og -ulemper. Disse kan påvirke konkurransedynamikken *direkte*. Konkurransen kan for eksempel bli svekket dersom kunstige konkurransefortrinn innebærer at aktører blir skjøvet ut eller at etablering av nye foretak blir hindret. Dersom mer effektive konkurrenter blir skjøvet ut på grunn av at enkelte foretak har kunstige konkurransefortrinn, blir resultatet redusert effektivitet og et samfunnsøkonomisk tap. Det samme kan skje dersom et foretak hindres i å konkurrere like hardt som sine konkurrenter, for eksempel fordi det har blitt pålagt regulatoriske krav som konkurrenter i samme marked ikke møter.

På lengre sikt kan *markedsstruktur* påvirkes, for eksempel ved at markedet blir mer konsentrert. Videre kan foretakenes *markedsadferd* påvirkes, for eksempel ved at foretak som har en særstilling drives av andre motiver enn fortjeneste (for eksempel vekst) eller at insentivene eller muligheten til å misbruke en dominerende stilling påvirkes av særstillingen. Markedsstruktur og -adferd vil i denne stiliserte modellen påvirke hverandre gjensidig. Effekten av manglende konkurransøytralitet på markedsstruktur og -adferd er drøftet i henholdsvis punkt 3.3.2 og 3.3.3 under.

I tillegg til det markedet som blir direkte berørt, kan også effektivitet og produktivitet i andre næringer påvirkes. Svekket konkurranse i én næring kan påvirke andre næringer fordi kostnadene øker, kvaliteten reduseres eller tilgjengeligheten til innsatsvarer blir mindre (Boulés et al., 2010).

Ulike kilder til kunstige konkurransevidninger gjennomgås i noe mer detalj under.

Figur 3.1 Kilder til manglende konkurransenøytralitet



### Offentlig støtte

Kilden til den kunstige konkurransevridningen vil her være knyttet til at et foretak mottar en *ytelse uten at det stilles krav om kompensasjon for ytelsen som reflekterer verdien*.<sup>45</sup> Eksempel på dette er:

- en finansiell overføring uten motytelse som reflekter verdien av overføringen
- offentlig lånegaranti eller lån til vilkår som ikke reflekterer markedsvilkår
- kapitaltilskudd på vilkår som en privat investor ikke ville akseptert
- lønnsomhetskrav og krav til profesjonell ledelse som ikke reflekter det en privat investor ville ha krevd

Konkurransevridningen knyttet til det siste punktet kan konkretiseres med et eksempel. Dersom avkastningskravet en offentlig eier krever for å stille kapital til veie ikke reflekterer markedsprisen, kan dette – alt annet likt – føre til at mer effektive bedrifter presses ut av markedet. Tilsvarende gjelder hvis kapitalbasen som en offentlig eier krever avkastning av, i betydelig grad undervurderer faktisk kapitalbinding i virksomheten. Det begunstigede foretaket vinner konkurransen kun fordi det har en myndighetsbestemt særstilling, ikke fordi

det er mer effektivt. Redusert samfunnsøkonomisk effektivitet og verdiskaping blir resultatet.

Generelt vil effektive markeder være betinget av at det offentlige sikrer at offentlige ressurser ikke anvendes i egen kommersiell virksomhet uten at det kreves en motytelse på linje med det private aktører krever<sup>46</sup>, det vil si at eier opptrer i samsvar med markedsaktørprinsippet.

### Regulatorisk eller forvaltningsmessig forskjellsbehandling

Regulatorisk eller forvaltningsmessig forskjellsbehandling kan for eksempel være at:

- enkelte aktører pålegges eller har unntak fra regulatoriske krav uten objektiv begrunnelse
- enkelte aktører har en begunstigelse som leverandør til det offentlige som ikke er objektivt begrunnet, for eksempel om en offentlig tilbyder har mer tilgang til faktainformasjon som grunnlag for tilbud enn konkurrerende private tilbydere
- det offentlige utøver sine forvaltningsoppgaver på en måte som innebærer forskjellsbehandling mellom offentlige og private aktører

Det er flere eksempler på at offentlige og private aktører som konkurrerer i samme marked kan være underlagt ulike regulatoriske eller forvalt-

<sup>45</sup> Dette er diskutert nærmere i OECD (2012): *Competitive neutrality: maintaining a level playing field between public and private business*, s. 15.

<sup>46</sup> Avkastningskravet før skatt må være likt for private og offentlige aktører.

ningsmessige krav. For eksempel er kommersiell aktivitet innenfor det offentlig som rettssubjekt underlagt blant annet forvaltningsloven, offentleg-lova og innkjøpsregelverket. Kommersiell virksomhet i offentlig regi kan være pålagt å ivareta sektorpolitiske mål, herunder leveringsforpliktelser til brukere som ikke har betalingsevne. Private selskaper vil på sin side være underlagt aksjeloven eller selskapsloven og interne retningslinjer som del av foretaksstyringen.

Mer omtale noen av disse samt enkelte andre kilder til konkurransevidringer knyttet til ulike regulatoriske og forvaltningsmessige krav finnes i punkt 3.4.4.

#### **Skatter og avgifter**

Ulik skattemessig behandling av offentlige og private aktører som opererer i samme marked er et annet eksempel på reguleringer som kan gi en kunstig fordel og hindre effektiv konkurranseadferd.

EU-kommisjonen har behandlet flere saker om offentlig støtte på skatteområdet. Det illustrerer at ulike skattevilkår kan være en betydelig kilde til kunstige konkurransefordeler. Blant annet er skattemessig behandling for offentlige havner i Frankrike og Belgia tatt opp. De offentlige havneoperatørene i disse to landene er underlagt et mer gunstig skatteregime enn private selskaper. I juli 2017 krevde EU-kommisjonen at Belgia og Frankrike, på samme måte som Nederland, avviklet skattefritaket for sine offentlige havneoperatører. EU-kommisjonen er i denne sammenheng klar på at ordninger som innebærer at enkelte foretak eller grupper av foretak har skattefritak eller en mer gunstig skattemessig behandling enn konkurrentene innebærer en fordel som «*distort the level playing field and fair competition*». EU-kommisjonen kan ikke se at eksisterende skatteregime for havner i disse landene «*pursue a clear objective of public interest*». Videre skriver EU-kommisjonen i pressemeldingen at beslutningen vedrørende havner i Frankrike og Belgia «... *make clear that if port operators generate profits from economic activities these should be taxed under the normal national tax laws to avoid distortions of competition*».<sup>47</sup>

At ulik skattemessig behandling er uheldig fra et samfunnsmessig perspektiv, kan illustreres ved å bruke en analogi med to grupper aktører som konkurrerer i sammen marked. Den ene gruppen er lovlydige og

betaler skatter og avgifter, mens den andre opererer svart. Dersom kundene først og fremst er opptatt av å få tjenesten til lavest mulig pris, er det lett for at den lovlydige gruppen blir utkonkurrert. Derfor er det også en viktig oppgave å bidra til like skatteregler og hindre skatteunndragelse når en skal fremme like vilkår mellom skattepliktige aktører.

Problemstillingen er drøftet nærmere i punkt 3.4.1.

#### **Etablerings- og utgangsbarrierer**

Høye etableringsbarrierer vil kunne begrense konkurransen i et marked. Høye etableringsbarrierer kan være en egenskap ved typen virksomhet. Det kan også være et resultat av rammebetingelsene.

Et eksempel i denne kategorien er at kinodrift krever konsesjon fra kommunen. Dersom kommunen praktiserer dette på en måte som begrenser mulighetene for private aktører til å etablere kommersiell kinodrift vil dette innebære en etableringsbarriere som i praksis beskytter den kommunale kinoen fra konkurranse. Et annet eksempel på en etableringsbarriere kan være om kommunene lettere stiller næringsareal tilgjengelig for sine egne avfallsbedrifter enn for private konkurrenter.

Virksom konkurranse er imidlertid ikke bare betinget av at etableringsbarrierene er lave. Utgangsbarrierene må også være lave, slik at virksomheter med lav produktivitet forlater markedene. Å forlate markeder kan være kostnadskrevede. For eksempel kan det foreligge langsiktige kontraktsforpliktelser som må innfris, eller det kan være vanskelig å selge spesialisert utstyr i annenhåndsmarkedet. Et annet eksempel på en høy utgangsbarriere er dersom eieren av ulike personlige eller samfunnsmessige grunner opprettholder kommersiell drift til tross for at virksomheten går med (samfunnsøkonomisk) tap.

#### **Eksklusiv tilgang**

I mange sammenhenger vil det offentlige utføre lovpålagte forvaltningsoppgaver som er finansiert over offentlige budsjetter eller gjennom kostnadsdekkende gebyrer, samtidig som det etableres ulike former for kommersiell aktivitet. En annen type kunstig fordel kan da være knyttet til at det gis *eksklusiv tilgang* til å benytte offentlige ressurser (infrastruktur, ledig kapasitet, data) til én kommersiell aktør uten at det er saklig grunn til eksklusiviteten.

En offentlig enhet som driver både forvaltningsvirksomhet og markedsrettet virksomhet, kan

<sup>47</sup> Se EU-kommisjonens [pressemelding av 27. juli 2017](#).



møte konkurrentene til sin egen markedsrettede virksomhet i en kunderelasjon til forvaltningsvirksomheten. Slike situasjoner kan oppstå hvis den offentlige aktøren besitter eller produserer innsatsfaktorer i forvaltningsvirksomheten som benyttes i den markedsrettede aktiviteten. Eksempler på dette kan være Statistisk sentralbyrås produksjon av statistikk eller Kartverkets produksjon av kart og kartdata. I slike tilfeller kan den offentlige virksomheten påvirke konkurransen indirekte gjennom prisene virksomheten setter for tilgang til innsatsfaktorene eller gjennom kvaliteten på leveransen av innsatsfaktorene.

Høyere priser (eller vanskeligere tilgang) på innsatsfaktorer for konkurrenter til egen kommersiell virksomhet innebærer at etterspørselen mot den offentlige aktørens egne produkter øker. En slik strategi kan særlig være virkningsfull når den offentlige virksomheten har monopol på en innsatsfaktor som konkurrentene er avhengige av. Hvis det er flere leverandører av innsatsfaktorene, er strategien mindre virkningsfull, men det vil likevel være mulig i noen grad å påvirke konkurransen. Utover pris kan den offentlige virksomheten også påvirke konkurrentene negativt ved å levere innsatsfaktorene til en dårligere kvalitet eller stille særskilte tekniske krav for tilgang eller leveringsformat. I ytterste konsekvens kan det offentlige foretaket helt eller delvis undergrave konkurrentenes lønnsomhet.

Ved mangel på et klart skille mellom lovpålagte oppgaver og kommersiell aktivitet er det større fare for at økonomiske forhold sammenblandes. Dette kan påvirke konkurrentenes muligheter til å konkurrere. Det påhviler det offentlige som forvaltningsmyndighet og forvalter av fellesskapets ressurser et særlig ansvar for ikke å gi eksklusivitet eller mer gunstige vilkår til egen kommersiell virksomhet uten et objektivt grunnlag.

#### ***Begrensinger på forbrukernes valgmulighet og informasjonsgrunnlag***

En annen kategori av myndighetsbestemt fordel er dersom forbrukerne pålegges å bruke en bestemt tjenesteleverandør som betingelse for å motta ytelsen, eller dersom den informasjonen forbrukerne mottar, er egnet til å påvirke valget av tjenesteleverandør i en bestemt retning. Et eksempel er dersom refusjon for enkelte typer velferdstjenester er knyttet til at en benytter en bestemt kategori leverandør av tjenesten.

#### ***Eierskapspolitikk***

God eierstyring er en forutsetning for å disiplinere selskapene til kostnadskontroll, og bidra til økt verdiskaping og produktivitet. Dette gjelder også for offentlige eide foretak, se Meld. St. 27 (2013-2014) *Et mangfoldig og verdiskapende eierskap*. Dårlig eierstyring kan på sin side være en kilde til konkurransevridninger. Hvordan konkurransen påvirkes, er dog ikke åpenbart.

I økonomiske analyser antas det vanligvis at selskaper drives etter et mål om å maksimere overskuddet (profittmaksimering). Dette kan begrunnes på flere måter. For det første ønsker eierne størst mulig avkastning på sine investeringer. For det andre tvinger konkurranse selskapene til å drive mest mulig effektivt. Ineffektive selskaper vil gå med underskudd og bli tvunget til å legge ned virksomheten (Bjørnenak et al. (2005)). Dette innebærer i praksis at foretaket drives etter forretningsmessige prinsipper, blant annet i form av markedsbaserte krav til avkastning og utbytte samt at kapitalbasen ikke undervurderes.

I utgangspunktet skulle man tro at konsekvensene for konkurransen av at selskaper er mindre opptatt av å maksimere profitt, for eksempel fordi selskapenes eiere ikke krever en markedsbasert avkastning på investert kapital, er at de blir en mindre aggressiv konkurrent. Sappington og Sidak (2003) finner imidlertid at resultatet snarere kan være motsatt. Forfatterne finner at redusert oppmerksomhet om lønnsomhet gjør at offentlige selskaper kan få sterkere insentiver til å forfølge aktiviteter som begrenser konkurransen. Dette kan innebære å sette lave priser, underrapportere kostnader eller omgå reguleringer. Forfatterne konkluderer med at offentlige virksomheter både kan ha større insentiver og muligheter til å drive konkurranse-skadelige handlinger enn private bedrifter.

Hvor stort dette problemet er i praksis i Norge, er uklart. Produktivitetskommisjonen (2015) peker på at rammeverket for forvaltningen av det statlige eierskapet i Norge synes faglig godt og i tråd med generelt aksepterte prinsipper for god eierstyring. Likevel peker kommisjonen på at offentlig eierskap kan ha utilsiktede virkninger på produktiviteten som følge av politisk styring av selskapene, og ved at eierskapet kan påvirke samfunnets kapitalallokering og konkurransen i markedene der selskapene opererer.

Avkastningskrav som ikke er markedsbasert, eller en kapitalbase som ikke reflekterer faktisk



kapitalbinding, kan være et resultat av passiv eierstyring. Produktivitetskommissjonen (2015) peker på at *aktiv styring* basert på politiske føringer som ikke fremmer effektivitet, kan være et like stort problem som passivitet. Styring basert på politiske føringer kan innebære utydelige signaler og uklare insentiver for selskapet, noe som kan påvirke selskapets prioriteringer. Dette kan på sin side føre til feilallokering i selskapet, ineffektiv drift og svekket konkurranse.

Det finnes andre typer markedsadferd enn størst mulig avkastning som er av relevans for de problemstillinger som drøftes i denne rapporten. Dette kan for eksempel være aktuelt om foretaket er pålagt å ivareta sektorpolitiske mål eller har et ideelt formål. Selv om det har vært en utvikling i retning av at sektorpolitiske mål i mindre grad realiseres gjennom selskaper, vil eierskap i en rekke selskaper fremdeles være sektorpolitisk begrunnet.

Arbeidsgruppens kartlegging viser at ønsket om å ivareta sektorpolitiske mål er blant motivene en del respondenter oppgir som en viktig begrunnelse for å etablere kommersiell virksomhet. I tillegg oppgis et ønske om å skape et tilstrekkelig godt fagmiljø og kompetanse i kommunen som en av de mer viktige begrunnelsene. Både blant kommunene og fylkeskommunene er for øvrig 1) ønske om å utnytte ledig kapasitet i produksjonen av lovpålagte tjenester, samt 2) at publikum/innbyggerne etterspør tjenesten også viktige begrunnelser.

### 3.3.2 Markedsstruktur

Endringer i markedsstruktur er først og fremst knyttet til fusjoner og oppkjøp samt organisk vekst. Organisk vekst kan for eksempel være knyttet til at foretaket har et bedre produkt, bedre kvalitet, bedre forhold mellom pris og kvalitet, forskjeller i distribusjonskanaler, verdi av merkenavn, eller at det kan utnytte stordrifts- og samdriftsfordeler. Vekst kan også skje gjennom fusjoner og oppkjøp.

En styrket markedsposisjon og økt markedsandel er en naturlig og viktig drivkraft i markedsdynamikken. På den annen side vil et mer konsentrert marked kunne påvirke priser, kvalitet og innovasjon på en uheldig måte. For å hindre en uheldig utvikling i et marked har konkurranseloven<sup>48</sup> bestemmelser for å sikre at ikke enkelte foretak gjennom fusjoner og oppkjøp kan få en markeds-

posisjon som kan innebære en vesentlig begrensning av konkurransen. Dersom foretaket får en dominerende posisjon, kan det også ha insentiver til å utnytte denne posisjonen til å begrense konkurransen. Konkurranseloven har derfor også bestemmelser som forbyr misbruk av en dominerende posisjon.

Kunstige konkurransefordeler vil ikke bare påvirke konkurransesituasjonen på kort sikt, men på lengre sikt også markedsstruktur. Konsekvensen er at det begunstigede foretaket får en økt markedsandel, ikke fordi det er mer effektivt, men fordi det har en kunstig konkurransefordel. Dette kan drive ut mer effektive selskaper fra markedet, så vel som hindre etablering av nye. Markedet blir på lengre sikt mindre konkurransepreget og mer konsentrert. Særlig små og lokale markeder kan være sårbare.

### 3.3.3 Markedsadferd

Ovenfor er det diskutert hvordan offentlig eierstyring kan være en kilde til kunstige fordeler eller ulemper for offentlige foretak. Et annet aspekt ved foretakenes adferd kan knyttes til foretakets *konkurranseskultur*. Foretakene kan ha insentiver til å samarbeide fremfor å konkurrere, og virksomheter med en dominerende markedsposisjon kan bruke denne posisjonen til å begrense konkurransen.

I Bjørnenak et al. (2005) pekes på at handlingsrommet som en eventuell særfordel gir et offentlig foretak, kan bli utnyttet til en aggressiv strategi for størrelse og vekst. Det betyr i så fall at konkurranseskadelig adferd kan være et spesielt stort problem for offentlige foretak, selv om disse i utgangspunktet ikke har større insentiver til å misbruke en dominerende stilling enn private. Et foretak som har som mål å bli større, har sterkere insentiver til å fortrenge konkurrentene enn et foretak som har som mål å drive mest mulig lønnsomt. I denne rapporten pekes det på to alternative situasjoner: 1) der et dominerende foretak selger produkter i konkurranse med andre, og 2) der et dominerende foretak selger produkter til konkurrenter.

I det første tilfellet arter problemet seg ved at det dominerende foretaket setter for lave priser. I et velfungerende marked vil hovedregelen være at prisene reflekterer de relevante kostnadene. Prisene vil ligge over variable kostnader, slik at det enkelte produkt bidrar til å dekke de faste kostnadene. I gjennomsnitt vil prisene reflektere totale kostnader. Prisene kan midlertidig avvike fra kost-

<sup>48</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

nadene. Det er ikke nødvendigvis et tegn på konkurranseskadelig adferd.

Lave utsalgspriser kan skyldes kostnadsfordeler, eller kan benyttes i en markedsføringsstrategi ved introduksjon av nye varer og tjenester. Det kan også være nødvendig å sette lave priser i en oppstartsfase for å oppnå en tilstrekkelig mengde kunder, dersom nytten av godet avhenger av at det er mange brukere (nettverksgoder). Videre kan lave priser være en strategi for å oppnå høyt volum raskt slik at en kan utnytte skalafordeler (det vil si at produksjonskostnaden faller med produsert mengde). Dessuten kan det være rasjonelt å føre lave priser på ett produkt dersom dette øker bruken av et annet produkt (kryssprisindekser).

Dominerende foretak kan sette lave priser for å fordrive konkurrenter fra markedet eller redusere konkurrentenes markedsandeler. Strategien innebærer at en tar et kortsiktig tap gjennom lavere priser for å oppnå en langsiktig gevinst gjennom styrket markedsrett. Når virksomheten har oppnådd en dominerende stilling, kan prisene heves til et høyere nivå enn det som var mulig med konkurrentene til stede. Strategien forutsetter at den dominerende stillingen i noen grad er irreversibel eller permanent. Den dominerende stillingen kan for eksempel være beskyttet gjennom etableringsbarrierer.

For et privat foretak er en slik strategi ikke lønnsom hvis det ikke er håp om høyere priser i en senere periode. Et privat foretak som på permanent basis opererer med priser som ligger lavere enn kostnadene, vil ikke overleve. Et offentlig foretak med ulike særfordeler er ikke utsatt for samme disiplin. Hvis en offentlig aktør tillegger størrelse selvstendig vekt, er også strategien om å fordrive konkurrenter fra markedet atskillig mer troverdig og vil derfor ha større muligheter for å føre frem (se Lotts, 1990, 1999).

I det andre tilfellet – der det dominerende foretak leverer produkter til konkurrenter – arter problemet seg ved at det offentlige foretaket setter for høye priser. På den ene siden kan høye tilgangspriser bidra til å finansiere infrastrukturen, herunder redusere behovet for finansiering. Problemet oppstår når prisene settes så høyt at de undergraver konkurransen, til skade ikke bare for konkurrentene, men også for forbrukerne.

I ytterste konsekvens kan den konkurranseskadelige adferden resultere i at konkurrentene utesten-

ges. En slik utestengelse kan være problematisk i seg selv, men problemet blir ytterligere forsterket dersom det offentlige foretaket utnytter sin dominerende stilling til å drive prisene i været.

Nettopp av den grunn har de fleste land i verden etablert konkurranselovgivning og -håndhevelse med forbud mot denne typen adferd for å legge til rette for velfungerende konkurranse.<sup>49</sup> Effektiv og avskrekkende håndhevelse av konkurranselovgivningen er nødvendig for å fremme en sunn konkurransekultur. Misbruk av dominerende posisjon vil være et brudd på konkurranseloven uavhengig av om foretaket er offentlig eller ikke.

Konkurransetilsynet har mulighet til å gripe inn dersom prisene settes så lavt at det dominerende foretaket går med tap, eller dersom en minst like effektiv konkurrent ikke har mulighet til å konkurrere. En slik vurdering utløser imidlertid en rekke vanskelige spørsmål, både med å påvise at det faktisk foreligger dominerende stilling, og med å påvise at denne misbrukes. Det kan videre være vanskelig å bevise at utestengning har vært formålet med markedsadferden.

Til slutt kan det pekes på at lave priser på varer og tjenester levert av offentlige aktører også kan skyldes at kostnadene ikke reflekterer krav til avkastning eller andre relevante kostnader (for eksempel hvis leie av innsatsfaktorer er priset lavt). Selv om lave priser i disse tilfellene ikke er et resultat av en bevisst strategi, vil virkningen likevel være den samme. Slik utilsiktet fordrivelse av private fra markedet vil kunne hindres dersom offentlige aktører står overfor et regelverk som pålegger skatteplikt, motvirker fordeler av konkurransesikkerhet, stiller krav om avkastning, og der eierne for øvrig søker å motvirke subsidiering.

Det er liten grunn til å tro at misbruk av dominerende stilling er et problem av betydning blant offentlige foretak i Norge. Arbeidsgruppen kjenner eksempelvis ikke til saker fra Konkurransetilsynet om at kommuner har misbrukt sin dominerende

<sup>49</sup> I den sammenheng kan det pekes på den norske konkurranseloven har samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk som mål; lovens formål er formulert som at konkurransen skal fremmes for å «bidra til» effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. NOU 1991: 27 *Konkurranse for effektiv ressursbruk*, NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* og NOU 2012: 7 *En mer effektiv konkurranselov*.

stilling.<sup>50</sup> Problemstillingen er likevel presentert her blant annet for å poengtere at *i den grad det skulle skje*, eksisterer det allerede virkemidler for å håndtere misbruk i konkurranselovgivningen.

#### **Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård**

*Arbeidsgruppens medlem Reegård* mener denne beskrivelsen er misvisende bakgrunn for arbeidsgruppens problemstillinger. Det gir et inntrykk av et omfang av markedsnær virksomhet og hensikt bak denne som ikke har dekning i utredningens data. Den relevante problemstillingen er ikke at de offentlige aktører planmessig driver kommersiell virksomhet. Den har vi vist gjennomgående allerede er utskilt i egne foretak/selskaper. Det vi snakker om er mer biprodukter av offentlig tjenesteyting der det oppstår visse inntekter basert på utnyttelse av kjernevirksomhetens rest- eller tilleggs kapasitet. Drøftelsen av offentlig eierskap blir jo også på siden av saken når det er ikke-utskilt virksomhet som skal ha utredningens oppmerksomhet.

### **3.3.4 Utnyttelse av restkapasitet, synergier og stordriftsfordeler**

Markedsdynamikken preges av at noen foretak har naturlige konkurransemessige fortrinn mens andre har konkurransemessige ulemper. Bakgrunnen for naturlige konkurransefortrinn i ett gitt marked kan for eksempel være utnyttelse av stordrifts- og samdriftsfordeler mot andre forretningsområder.

For en offentlig markedsaktør kan koblingen mellom forvaltningsoppgaver og konkurransevirkosomhet gi opphav til økonomiske gevinster i form av blant annet stordrifts- og samdriftsfordeler som innebærer lavere produksjonskostnader for den kommersielle virksomheten. Videre kan netto utgifter ved å utføre lovpålagte oppgaver reduseres ved at overskudd fra den kommersielle virksomheten tilflyter forvaltningsdelen.

I tillegg til produksjonsøkonomiske samdrifts- og synergieffekter kan koblingen til forvaltningsvirksomheten også gi andre fordeler på produksidsiden. Dette kan for eksempel inntre hvis produkter fra forvaltningsvirksomheten kobles med andre pro-

dukter som selges i markedet. Det kan dermed tilbys en produktpakke andre aktører ikke uten videre kan levere. Konkurranssevirkosomheten kan også nyte godt av etablerte kunderelasjoner fra kjernevirksomheten i konkurransevirkosomheten. Det samme gjelder etablerte merkenavn.

Konkurransenøytralitet som normativt prinsipp legger ikke begrensinger på den kommersielle virksomhetens mulighet til å utnytte samdrifts- og stordriftsfordeler mot annen offentlig ikke-kommersiell virksomhet, jf. Konkurrencerådet (2016)<sup>51</sup> som skriver:

«Konkurrenceneutralitet udelukker ikke, at offentlige aktører, der har en konkurrence-mæssig fordel over for private virksomheder, kan sælge sine produkter billigere på markedet. Både store offentlige og private aktører kan fx have stordrifts- og samproduktionsfordele i forhold til mindre aktører, som betyder, at de er konkurrencedygtige. Disse fordele kan fx knytte sig til eksisterende viden, som gør det muligt at levere en videnstung ydelse mere effektivt. Det bryder ikke med princippet om konkurrenceneutralitet.»

Samdrifts- og synergieffekter mot kjernevirksomheten kan således representere både bedriftsøkonomiske og samfunnsøkonomiske gevinster (se Bjørnenak et al. (2005)). Den bedriftsøkonomiske gevinsten består i konkurransefordelen som kan resultere i et ekstraordinært overskudd, mens den samfunnsøkonomiske gevinsten består i reduserte kostnader eller høyere kvalitet, til glede for foretaket og dets kunder. En offentlig eier må på samme måte som en privat tillates å utnytte kostnadsfortrinn og prise optimalt med hensyn til konkurranse situasjonen.

I noen tilfeller kan forvaltningsvirksomheten (kjernevirksomheten) være grunnlaget for kommersiell virksomhet i offentlig regi. Et eksempel er kommersiell utnyttelse av restkapasitet i kjernevirksomheten. Det kan i den sammenheng skilles mellom restkapasitet av midlertidig og permanent karakter. Førstnevnte kan for eksempel være knyttet til sesongmessige svingninger. Overskuddskapasitet kan også være midlertidig i den forstand at anlegg er dimensjonert for å ivareta fremtidig behov for kapasitet. Mer permanent ledig kapasitet kan for eksempel være et resultat av en feil-

<sup>50</sup> ESA har imidlertid i en sak om Sandefjord og Color Line undersøkt om kommunen misbrukte sin dominerende stilling. Saken ble avsluttet med et forlik, og det ble dermed ikke endelig fastslått om kommunens atferd utgjorde et misbruk, se ESAs pressemelding av 20. desember 2016 («Konkurranse: ESA avslutter undersøkelse av Color Line og Sandefjord»).

<sup>51</sup> Konkurrencerådet (2016): *Offentlig aktivitet på kommersielle markeder*, mai 2016.

investering knyttet til en overvurdering av etterspørselen. Overkapasitet kan også være et resultat av at investering i et nytt anlegg for ivaretagelse av samfunnsoppdraget, vil være ulønnsom med mindre det bygges med større kapasitet; kapasitet som da er tenkt solgt i markedet. Et annet eksempel som kan være særlig relevant i mindre kommuner, er at ivaretagelse av fellesoppgaver ikke krever en full stilling, men at ingen med påkrevd kompetanse er villig til å ta jobben med mindre det tilbys en full stilling. Løsningen kan da bli å selge vedkommendes restkapasitet i markedet.<sup>52</sup>

Prinsipielt sett er det lettere å argumentere for kommersiell utnyttelse av ledig kapasitet i egen regi dersom den er av midlertidig eller sesongmessig karakter. Dersom den ledige kapasiteten er av permanent karakter, bør muligheten for å avhende kapasiteten i markedet vurderes.

Danmark har regler om kommunenes utnyttelse av overkapasitet som er fundert på betraktninger om å unngå sløsing.<sup>53</sup> Restkapasitet som ikke kan avhendes, må ikke gå til spille. Det er dog en betingelse at kommunen ikke bevisst har opparbeidet overkapasitet med sikte på å selge tjenester til tredjepart. Videre er det en betingelse at kapasiteten ikke kan avhendes. Det danske Indenriksministeriet konkluderte i et brev av 4. september 2000 med at overkapasitet i form av personale ved et kommunalt renseri var lovlig. Ministeriet begrunner dette med overkapasiteten kun omfattet sommermåned, og at «*Hensynet til en forsvarlig udnyttelse af fællesskabets ressourcer, herunder uddannelse af personale, talte derfor imod at afskedige personalet*».<sup>54</sup>

Konkurrenserådet (2016) erkjenner at utnyttelse av restkapasitet, samdrifts- og stordriftsfordeler er positivt i et samfunnsøkonomisk perspektiv, og at det kan bidra til å styrke konkurransen, og gi lavere priser. De peker dog på at man også bør ta de dynamiske effektene på konkurransen inn i vurderingen (side 20):

«De positive samfunnsmessige effekter ved at undgå materiel og immateriel værdispild bør her afvejes over for de negative effek-

ter af en eventuel konkurrenceforvridning, herunder risikoen for, at offentlige aktørers tilstedeværelse på et marked får negative afledte samfunnsøkonomiske effekter, fordi det holder potentielle private aktører ude fra markedet, eller tvinger eksisterende effektive private aktører ud af markedet.»

Oslo Economics peker i en rapport utarbeidet for Virke<sup>55</sup> på et annet aspekt ved koblingen mellom kjernevirksomhet og kommersiell virksomhet. Når en offentlig aktør engasjerer seg i kommersiell virksomhet, kan det offentlige foretaket være henvist til å trekke på ressurser fra den offentlige kjernevirksomheten. Forvaltningsvirksomheten blir derved utsatt for ytterligere byrder, som på sin side kan bidra til høyere driftsbevilgninger. Det paradoksale resultatet kan bli at den offentlige kommersielle virksomheten på papiret fremstår som lønnsom og tilsynelatende bidrar til å finansiere kjernevirksomheten, mens det i virkeligheten foregår subsidiering som krever enda større offentlige tilskudd.

Et viktig premiss for at vi ikke beveger oss fra naturlige til kunstige konkurransefortrinn (og samfunnsøkonomisk tap, færre aktører og svekket konkurranse på lengre sikt) er imidlertid at markedsaktørprinsippet etterlevs, herunder at kostnader og inntekter allokeres korrekt og at prisene på de ressurser den offentlige kommersielle virksomheten direkte eller indirekte disponerer, reflekterer alternativkostnad eller verdien i beste alternative anvendelse.<sup>56</sup>

### 3.3.5 Dynamisk utvikling

Dersom teknologisk eller samfunnsmessig utvikling gjør at kunstige konkurransefordeler og ulemper utviskes over tid, kan det ha betydning for hvilke tiltak som bør iverksettes.

Mange av de mulige kildene til kunstige konkurransefortrinn og -ulemper som identifiseres i dette kapitlet, vil i liten grad påvirkes av teknologisk utvikling eller andre samfunnsmessige endringer. Det gjelder særlig de myndighetsbestemte særfordelene som skattefritak, konkursimmunitet, subsidiering og manglende krav til avkastning. Selv om nye tjenester og teknologier kommer til i marke-

<sup>52</sup> I begge tilfeller må det gjøres en vurdering av hva som er beste alternative anvendelse av kapasiteten.

<sup>53</sup> Se for eksempel Ret & Indsigt, et nyhetsmagasin fra det danske advokatfirmaet Horten, [utgave 04/2011](#), for en kort oversikt og drøfting.

<sup>54</sup> Gjengitt i Ret & Indsigt, et nyhetsmagasin fra det danske advokatfirmaet Horten, [utgave 04/2011](#).

<sup>55</sup> Se Oslo Economics (2007): *Samfunnsøkonomiske gevinster ved økt bruk av private tjenesteytere/nummer*, rapport nr. 2017-30.

<sup>56</sup> For eksempel kan alternativkostnaden ved å benytte ledige lokaler være prisen en alternativt kunne leid ut lokalet for.

det, vil slike kunstige fordeler fortsatt kunne prege konkurransen.

Teknologiske og samfunnsmessige endringer kan ha større betydning for kunstige konkurransefordeler oppnådd gjennom eksklusivt eierskap til innsatsfaktorer. Teknologisk utvikling kan gi en gradvis reduksjon eller endring av den offentlige forvaltningsvirksomheten og grunnlaget for det eksklusive eierskapet. Hvis teknologisk utvikling gjør at private aktører kan tilby lignende tjenester som det offentlige, vil det bli vanskeligere for offentlige aktører å hente ut høy avkastning på tjenestene. Et eksempel på dette er Posten. Teknologisk utvikling har gjort betydningen av et landsdekkende distribusjonsnett for brevleveranser mindre viktig. Postmengden har siden 2000-tallet falt betydelig. Liberaliseringen av postmarkedet og teknologisk utvikling har ført til at potensielle konkurransevidninger har blitt mindre.

Private selskaper vil ha insentiver til å utvikle ny teknologi og nye produkter. Det kan forsterkes hvis det offentlige utnytter sitt eksklusive eierskap til å utestenge konkurrenter eller påføre dem høye kostnader. På sikt kan en dermed se for seg at konkurransevidninger som følge av eksklusivt eierskap kan bli mindre.

Det vil likevel ta tid før den dynamiske utviklingen kan utviske konkurransevidninger. Selv om dynamiske hensyn kan føre til at verdien av eksklusivt eierskap blir lavere og konkurransevidningene dermed mindre, er det likevel vanskelig å se at dette skulle tilsi andre vurderinger enn det en mer statistisk analyse vil lede frem til.

### 3.4 Konkurransesvirkninger av visse særfordeler og -ulemper

Analysen over viser at det kan være mange kilder til at enkelte aktører som konkurrerer i samme marked, får fordeler eller ulemper i strid med prinsippet om konkurransenøytralitet og målet om effektiv ressursutnyttelse. Av arbeidsgruppens mandat fremgår det at den skal identifisere hvilke konkurransemessige fordeler og ulemper offentlige aktører har i forhold til private aktører og drøfte de konkurransemessige virkningene av disse. Konkret nevnes virkninger av det generelle skattefritaket for offentlige aktører (både for virksomhets-, formues- og kapitalinntekter), kryssubsidiering, konkursimmunitet og manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

Etter arbeidsgruppens oppfatning vil det være krevende å gi en uttømmende liste over alle potensielle konkurransefordeler og -ulemper offentlige aktører har sammenlignet med private aktører, og å drøfte de konkurransemessige konsekvensene av disse. Arbeidsgruppen har derfor valgt å konsentrere seg om utvalgte konkurransefordeler og -ulemper, særlig de fordelene og ulempene ESA har valgt å ta opp med norske myndigheter og de som nevnes konkret i mandatet.

I punkt 3.4.1 foretas det derfor en nærmere analyse av forskjeller knyttet til ulik selskaps- og kapitalbeskatning. I punkt 3.4.2 behandles konkursimmunitet, mens i punkt 3.4.3 drøftes manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet. I det sistnevnte punktet inngår også virkningen av å subsidiere markedsaktiviteter med offentlige midler. I tillegg har arbeidsgruppen valgt å se nærmere på enkelte andre fordeler og ulemper. Disse er nærmere beskrevet i punkt 3.4.4.

Konkurransefordelene og -ulempene som arbeidsgruppen har valgt å konsentrere seg om, er også i samsvar med de områdene OECD mener bør prioriteres i arbeidet med å sikre konkurransenøytralitet, jf. punkt 9.1. Både skattevilkår, finansieringsvilkår og etterlevelse av markedsaktørprinsippet er sentrale elementer i OECDs anbefalinger for å oppnå konkurransenøytrale rammebetingelser.

#### 3.4.1 Konkurransesvirkninger av ulik selskaps- og kapitalbeskatning

Ved utformingen av det norske skattesystemet har det vært lagt stor vekt på nøytralitet og effektiv ressursbruk. I NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi*, understreket skatteutvalget at selskaps- og kapitalbeskatningen bør innrettes slik at den virker mest mulig nøytralt på skattyternes disposisjoner. Det innebærer at skattesystemet i størst mulig grad bør likebehandle forskjellige typer investeringer, finansieringsformer og virksomhetsformer. At næringer og investeringsobjekter behandles mest mulig likt, bidrar til at investeringene skjer der den samfunnsmessige avkastningen er høyest. Det er også et mål at skatleggingen i liten grad påvirker skattyternes valg av finansieringsmåte. Ifølge Skatteutvalget bør skattesystemet heller ikke virke vridende mellom ulike måter å organisere virksomheten på.

Skatteutvalget pekte på flere hovedutfordringer i den norske selskapskatten. Blant annet viste utvalget til at relativt høye effektive skattesatser i Norge gir et insentiv til å investere i andre land

som har lavere skatt. Utvalget mente også at det er uheldig at gjeld favoriseres fremfor egenkapital på selskapets hånd. Videre pekte utvalget på at en forholdsvis høy formell skattesats gir insentiver for flernasjonale konsern til å flytte overskudd til andre land, for eksempel gjennom tynn kapitalisering (lite egenkapital og mye gjeld) eller skattemotiverte internpriser. Etter Skatteutvalgets vurdering er flytting av overskudd ut av Norge en stor utfordring i selskapsbeskatningen. Overskuddsflytting svekker skattesystemets legitimitet ved at enkelte selskap kan redusere sin effektive beskatning på bekostning av øvrige skattytere. Overskuddsflytting gir samtidig en uheldig konkurransevridning ved å favorisere selskap som har mulighet til å foreta slike tilpasninger. Siden Skatteutvalgets anbefalinger ble lagt frem, har selskapskattesatsen blitt redusert, og er på 23 prosent i 2018.

Skatteutvalget viste også til at en del norske eiere som ikke er skattepliktige for kapitalinntekter, har et klart insentiv til å drive overskuddsflytting internt i Norge. Blant annet kan kommuner redusere skattbart overskudd gjennom lån til kommunale selskap siden selskapet får fradragsrett, mens kommunen ikke er skattepliktig. Utvalgets flertall ba derfor om at Finansdepartementet utreder og eventuelt innfører skatteplikt for næringsvirksomhet og kapitalinntekter knyttet til næringsvirksomhet for kommuner og andre som er skattefrie, for denne typen inntekter.

Stat, kommuner og (regionale) helseforetak er generelt skattefrie. Skattefritaket gjelder staten og kommunen som subjekt, og omfatter dermed virksomhet i alle avdelinger og etater av staten, kommunen og kommunale foretak samt (regionale) helseforetak. Skattefritaket er generelt utformet og skiller ikke mellom virksomhetens ulike aktiviteter. Fritaket omfatter i utgangspunktet alle inntekter til staten, kommuner og (regionale) helseforetak. Skattefritaket gjelder også for rene kapitalinntekter. Dette gjelder for eksempel utbytte og gevinst, renteinntekter og enkelte leieinntekter. Det finnes visse unntak fra det generelle skattefritaket der virksomheten er skattepliktig. Aksjeselskaper og statsforetak eid av det offentlige, er skattepliktige. Relevante skatteregler for offentlig virksomhet er nærmere beskrevet i kapittel 6.

For statens del skyldes skattefritaket at den norske stat historisk ikke har hatt overskudd som formål i seg selv. Dette var hovedargumentet for skattefritaket da staten ble fritatt for skatt i skattelovene

av 1882 og 1911. Bakgrunnen for det generelle skattefritaket for kommunene har blant annet vært at en kommune er et offentlig organ som først og fremst er tillagt og skal utføre særskilte oppgaver som offentlig myndighetsutøvelse, forvaltning og tjenesteyting som sikrer innbyggernes rettigheter etter sektorlovgivning.

Disse begrunnelsene for skattefritak står imidlertid svakere når offentlige aktører konkurrerer med private om å levere varer og tjenester i et marked. Både nøytralitetsprinsippene som skattesystemet er bygget på, og hensynet til innenlandsk konkurransenøytralitet, tilsier at virksomheter som eies av det offentlige ikke bør ha skattemessige fordeler eller ulemper når de konkurrerer med private virksomheter i et marked. Nedenfor drøftes først potensielle konkurransevirkninger av skattefritaket for virksomhetsinntekt, deretter skattefritaket for utbytte og gevinst og til slutt skattefritaket for renteinntekter mv.

#### ***Virkninger av skattefritaket for virksomhetsinntekt***

Hvorvidt skattefritaket for offentlige aktører virker konkurransevridende, avhenger av hvordan selskaps- og kapitalbeskatningen påvirker de ulike aktørenes avkastningskrav før skatt. Jo lavere avkastningskravet før skatt er, desto flere prosjekter blir gjennomført. Hvis skattefritaket fører til at offentlige aktører har lavere avkastningskrav før skatt enn private aktører, gir skattefritaket offentlige aktører en konkurransefordel. I vurderingen av hvordan selskaps- og kapitalbeskatningen i en liten, åpen økonomi fungerer, er det vanlig å skille mellom beskatning etter residens- og kildeprinsippet (eller residens- og kildeskatter).

I praksis har de fleste land en kombinasjon av residensskatter (for eksempel skatt på renter og utbytte) og kildeskatter (for eksempel selskapskatt). *Residensprinsippet* betyr at kapitalinntekt løpende skattlegges etter de regler og satser som gjelder i kapitaleierens hjemland, uansett hvor i verden den er opptjent. Investorer som maksimerer avkastningen på investeringene sine, vil sørge for at den marginale kapitalavkastningen etter skatt (det vil si det investor sitter igjen med etter skatt på sin siste investering) blir den samme for alle alternative kapitalplasseringer. Dersom den nasjonale beskatningen likebehandler alle investeringer (skatten er lik for alle typer investeringer), vil også den marginale avkastningen før skatt bli lik mellom ulike typer investeringer hjemme og ute.

Selskaps- og kapitalbeskatningen kan under bestemte forutsetninger virke etter residensprinsippet, og dermed ikke virke konkurransevridende. Hvis en kan utelukke at faktiske og potensielle konkurrenter til en kommunal økonomisk aktivitet er eid av utenlandske investorer og de norske investorene er avskåret fra å investere utenlands eller ikke anser utenlandske investeringer som et alternativ, blir kapitalskatten tilnærmet uniform og avkastningskravet før skatt påvirkes ikke av selskapsskatten selv om avkastningen etter skatt kan være høyere for en offentlig aktør. I slike tilfeller er heller ikke samhandelsvilkåret oppfylt, det vil si at virksomheten dermed faller utenfor EØS-regelverket om offentlig støtte.

*Kildeprinsippet* innebærer at kapitalavkastning som opptjenes i utlandet, beskattes etter skattereglene i landet der inntekten er opptjent og ikke i skattyters hjemland. Den enkelte investor vil dermed stå overfor ulik beskatning av ulike investeringer. Etersom alle sparere vil stå overfor de samme kildeskattene, vil likevekt i kapitalmarkedene innebære lik marginalavkastning etter skatt på sparing i alle land. Dersom kildeskatten varierer mellom ulike land, vil det marginale avkastningskravet før skatt mellom ulike investeringer i ulike land variere.

I NOU 2014: 13 kom man frem til at det er flere brudd på residensprinsippet i kapitalbeskatningen som i praksis innebærer at selskapsskatten fungerer som en kildeskatt, blant annet fritaksmetoden. Fritaksmetoden innebærer at utbytte på aksjer i utenlandske datterselskap i stor grad er fritatt fra norsk beskatning. Fritaksmetoden har et vidt anvendelsesområde og er som hovedregel kun avgrenset mot aksjer i selskap i lavskatteland utenfor EØS og porteføljeinvesteringer utenfor EØS. I tillegg beskatter Norge normalt ikke overskudd som opptjenes i datterselskap i utlandet (i land som ikke er omfattet av fritaksmetoden) før inntekten tas hjem, enten som utbytte eller som gevinst ved salg av selskapet. Dermed er det en skattekreditt forbundet med å investere i land med lavere selskapsskatt.<sup>57</sup> Videre er det begrensninger i krediteringen av utenlandsk skatt som kan føre til at investeringer i land med høy selskapsskatt samlet sett blir skattlagt hardere enn investeringer i lavskatteland. I tillegg til de legale tilpasnings-

mulighetene kan det være vanskelig å hindre at residensprinsippet brytes gjennom skatteunndragelser, for eksempel ved at enkelte skattytere ikke oppgir sin reelle, globale inntekt til beskatning i Norge.

I NOU 2014: 13 legges det derfor til grunn at selskapsskatten i praksis fungerer som en kildeskatt som øker avkastningskravet før skatt på investeringer i Norge og dermed svekker insentivene til å investere i Norge. Virksomheter som er omfattet av norsk selskapsskatt, må dermed isolert sett kreve høyere priser på sine varer og tjenester eller avlønne innsatsfaktorene lavere enn tilsvarende skattefrie virksomheter for at investeringene skal bli lønnsomme. Skattefritaket for virksomhetsinntekt gjør dermed at offentlige aktører (som har samme avkastningskrav før og etter skatt) som hovedregel oppnår en konkurransefordel.

Selskapsskatt ilegges selskaper og innretninger som har skattepliktig overskudd. I enkelte konkrete saker har en sett at offentlige virksomheter ikke nødvendigvis driver kommersiell aktivitet i markedet med mål om å gå med overskudd, slik kommersielle selskaper normalt gjør. Hvis offentlige virksomheter tilbyr en vare eller tjeneste i markedet, kan prisen være satt slik at den bare dekker utgifter forbundet med den kommersielle aktiviteten. Et spørsmål er da om skattefritaket i så fall er uten betydning. I dette tilfellet er imidlertid problemet at de offentlige aktørene ikke krever markedsmessig avkastning på den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten, og dermed setter for lave priser eller driver ineffektivt. Betydningen av manglende avkastningskrav er nærmere omtalt i punkt 3.4.3.

Et selskap som går med underskudd, er utenfor skatteposisjon og betaler ikke skatt. Det reiser spørsmål om det er riktig å anse skattefritaket for offentlige aktører som en fordel hvis tilsvarende private virksomheter er utenfor skatteposisjon. Til dette er det viktig å minne om at private investeringer gjennomføres med en forventning om avkastning. I en oppstartsfase vil et selskap normalt gå med underskudd, men investorene vil ha forventning om og legge til grunn at selskapet over tid skal gå med overskudd. Selskapsskattepliktige virksomheter som har et høyere avkastningskrav før skatt, må dermed ha høyere *forventet* avkastning før skatt sammenlignet med en skattefrie offentlig virksomhet, uavhengig av om prosjektet i et enkelt år er i skatteposisjon eller ikke. Skatteplikten utgjør dermed i alminnelighet en ulempe

<sup>57</sup> Et unntak er for norske deltakere i norskkontrollerte selskaper og innretninger hjemmehørende i lavskatteland som beskattes løpende for en andel av selskapets/innretningens resultat (NOKUS-reglene).



for kommersielle aktører sammenlignet med offentlige aktører som er unntatt skatteplikt.

I hvilken grad innføring av skatteplikt for offentlig EØS-rettslig økonomisk aktivitet vil motvirke fordelene av dagens skattefritak, avhenger av hvordan skatten påvirker avkastningskravet til offentlig virksomhet før skatt. Hvis skatteplikt øker avkastningskravet før skatt for offentlige aktører på samme måte som for annen virksomhet, vil den isolerte fordelene utlignes fullt ut. Påvirkes avkastningskravet før skatt ulikt mellom private og offentlige aktører, vil det være krevende å sikre skattenøytralitet fullt ut mellom offentlige og private aktører.<sup>58</sup>

#### ***Virkninger av skattefritaket for utbytte og gevinster på aksjer***

I tillegg til at ulik beskatning av selve den kommersielle virksomheten kan gi opphav til fordeler, kan også forskjeller i beskatningen av det offentlige og private som *eiere* være opphav til dette. Kommuner er, i likhet med selskaper, som hovedregel unntatt fra skatt på utbytte og gevinster på aksjer gjennom den såkalte fritaksmetoden og det generelle skattefritaket, se nærmere beskrivelse i kapittel 6. I motsetning til norske, personlige eiere betaler altså ikke kommuner gevinst- eller utbytteskatt ved utdeling av utbytte fra selskaper eller ved realisasjon av aksjer.

Fritaksmetoden skal hindre kjedebeskatning i selskapssektoren, det vil si at aksjeinntekter beskattes flere ganger. Avkastning utover et skjermingsfradrag blir først skattlagt etter aksjonærmodellen når den blir utdelt til personlig aksjonær, enten gjennom utbytte eller gevinst ved realisasjon. For kommuner er imidlertid hensynet til å unngå kjedebeskatning ikke relevant. Dette skyldes at den kommunale eieren, i likhet med personlige eiere, vil være endelig mottaker av avkastningen i selskapet.

I utformingen av utbytteskatten har det vært lagt vekt på å utforme den mest mulig nøytralt, slik at den ikke påvirker investeringer og finansieringsstruktur. Det gis derfor et skjermingsfradrag i utbytteskatten. Betydningen av skjermingsfradraget i utbytteskatten er nærmere drøftet i NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal øko-*

*nomi*, Meld. St. 4 (2015-2016) *Bedre skatt* og Prop. 1 S (2016-2017) *Skatter, avgifter og toll 2017*. Det fremgår av disse drøftelsene at det er krevende fullt ut å tilpasse skjermingsfradraget slik at utbytteskatten ikke påvirker investeringsinsentivene. Det kan dermed i noen grad oppstå konkurransevridninger mellom prosjekter eid av offentlige aktører (som ikke utbytteskattes) og norske, personlige investorer (som utbytteskattes).

Videre kan den gjennomsnittlige skatten av et gitt prosjekt bli lavere for prosjekter eid av kommuner enn prosjekter eid av norske, personlige investorer. Dette kan innebære at kommunale investorer beholder en større andel av overskuddet i prosjekter enn private aktører.

#### ***Virkninger av skattefritaket for renteinntekter mv.***

Kommuner betaler heller ikke skatt på andre kapitalinntekter som renteinntekter. Fritak for skatt på kapitalinntekt åpner for ulike former for tilpasningsmuligheter, for eksempel i tilfeller der det offentlige har skilt ut kommersiell aktivitet i egne skattepliktige selskaper. I NOU 2014: 13 påpeker Skatteutvalget at norske eiere som ikke er skattepliktige for kapitalinntekter, har et insentiv til å lånefinansiere egne selskaper. Blant annet kan kommuner redusere skattbart overskudd gjennom lån til kommunalt eide selskaper. Selskapene får da fradragsrett for rentekostnadene ved fastsetting av skattepliktig inntekt, mens kommunen på sin side ikke er skattepliktig for renteinntektene. På denne måten kan kommunale eiere redusere skattbart overskudd i sine egne selskaper. Utvalgets flertall mente det burde utredes og eventuelt innføres skatteplikt for næringsvirksomhet og kapitalinntekt for kommuner mv., slik at dette insentivet bortfaller.

Forskjellsbehandling av gjeldsrenter gir kommunene insentiver til å yte kommunale selskaper kapital i form av lån i stedet for egenkapital. Selv om avkastning på både gjeld og egenkapital er skattefri på kommunal hånd, vil fradraget for gjeldsrenter hos det kommunalt eide selskapet føre til at kommunen og selskapet samlet sett sparer skatt ved gjeldsfinansiering fremfor finansiering med egenkapital. I kraftsektoren finnes det flere eksempler på at kommunene har ytt ansvarlig lån til egne selskaper. Enkelte selskaper har også omgjort egenkapital til ansvarlige lån. Per 2017 hadde åtte offentlige eide selskaper i kraftsektoren ansvarlige

<sup>58</sup> I NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi*, kapittel 3-5, er det en nærmere drøftelse av hvordan avkastningskravet før skatt påvirkes av selskappsskatten under ulike forutsetninger.

lån på til sammen 8,2 milliarder kroner.<sup>59</sup> Dersom en antar at gjennomsnittlig lånerente er 5 prosent, beløper samlede rentekostnader seg til om lag 400 millioner kroner. Samlet besparelse for de kommunale eierne ble da om lag 100 millioner kroner.

Fra og med inntektsåret 2014 er det innført en regel – rentebegrensningsregelen – som begrenser fradrag for renter mellom skattytere som er i interessefelleskap (interne renter), jf. skatteloven § 6-41. Bestemmelsen kan også få betydning for kommuner i tilfeller hvor kommuner yter lån til kommunalt eide selskap. I Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.2.1 uttales det følgende om behovet for å la rentebegrensningsregelen få anvendelse i slike tilfeller:

«At satsforskjeller kan utnyttes for å spare skatt, er også aktuelt innenlands, for eksempel i forbindelse med lån fra kommuner til kommunalt eide selskap. Kommunene er ikke skattepliktige for renteinntektene, mens selskapene har fradragsrett for rentekostnadene. I den grad kommuner reduserer skattbart overskudd i sine selskap gjennom uforholdsmessige rentebetalinger, forskyves inntekter fra staten til den enkelte kommune.»

Rentebegrensningsregelen er i utgangspunktet et tiltak mot overskuddsflytting for å motvirke at flernasjonale selskaper krever uforholdsmessige høye rentefradrag i Norge, mens den tilhørende renteinntekten beskattes med en lavere sats i utlandet. Etersom kommuner ikke beskattes for renteinntekter, oppstår lignende insentiver også internt i Norge på kommunal hånd. Rentebegrensningsregler bidrar til å begrense mulighetene for å plassere uforholdsmessige høye rentefradrag i kommunalt eide selskaper, men løser ikke problemet med at renteinntektene ikke blir beskattet på kommunal hånd.

Lignende tilpasningsmuligheter gjelder også unntaket for skatt på leieinntekter. Hvis en offentlig aktør har både virksomhet som er skattepliktig og virksomhet som etter dagens regler ikke er skattepliktig, oppstår det et insentiv til å leie ut bygninger, ansatte og løsøre fra den skattefrie virksomheten til den skattepliktige virksomheten. Leiekostnaden vil være fradragsberettiget i den skattepliktige virksomheten, mens tilhørende leieinntekt til den offentlige aktøren kan være skattefri. Samlet kan

dermed kommunen som eier komme bedre ut enn tilsvarende private investorer.

*Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård*  
*Arbeidsgruppens medlem Reegård* viser til arbeidsgruppen ikke har fått gjennomført noen empirisk analyse av hvordan skattebelastningen er på ulike typer virksomhet i blant annet offentlig og privat sektor. Man gjennomfører heller ingen drøfting av ESAs forenklete utgangspunkt om at konkurransevidning gjennom selskapsskatten alene kan baseres på sammenligning av formelle satser for selskapsskatten. Det er et teoretisk rimelig utgangspunkt at fravær av en ellers nokså generell skattesats betydelig større enn null, innebærer en konkurransefordel sammenlignet med de som har null. Men for å rettferdiggjøre betydelige tiltak for å motvirke denne, kreves en empirisk analyse av hvor stort problemet er og en vurdering av gevinsten ved å gjøre endringer. På skatteområdet må dette sies å være særlig relevant av flere grunner:

- Skattesatsene har lenge vært på vei nedover og gjennom dette isolert bidragende til å redusere problemet.
- Omfanget av lovlige og mindre lovlige skattereduserende disposisjoner synes derimot stort og voksende som følge av internasjonalisering og voksende innslag av useriøsitet.
- Skattereglene inneholder også mange andre skatterabatter eller fritak enn de offentlig sektor kan ha fordel av. Det siste illustreres ved at det i Norge, tross et antatt relativt effektivt skattesystem, er rundt 60 prosent av selskapene som årlig ikke betaler selskapsskatt (ref. <https://www.ssb.no/virksomheter-foretak-og-regnskap/statistikker/skattepl>).

Til tross for at disse problemstillingene har vært de sentrale for senere års skattereformer i både Norge og andre land, nøyer flertallet seg med noen utdrag som i hovedsak understøtter ESAs forenklete syn. Dette innebærer, dersom det følges opp, blant annet omfattende administrative omlegginger og betydelig merarbeid i Skatteetaten for at det offentlige skal skatlegge seg selv, på bekostning av kampen mot skatteunngåelser som vel i seg selv må være et mer åpenbart konkurransevidningsproblem.

I utgangspunktet er prinsippet om skattenøytralitet i økonomisk teori myntet på enkeltprosjekter med tanke på likest mulig avkastning av tilgjengelig kapital. Intet skattesystem lever opp til det fordi skatten er basert på en institusjonell løsning (oftest aksjeselskapet), noe som innebærer at pro-

<sup>59</sup> Kilde: Årsrapporter fra utvalgte kraftselskaper.

sjekter i ulik grad beskattes samordnet. Det betyr at et prosjekt som kommer i en skatteposisjon i en isolert skatteenhet, kan komme i en annen skatteposisjon når det samordnes med andre prosjekter enten det skjer gjennom ulike selskaper i konsern eller ved plassering i samme selskap. Det er også andre kilder til ulik skattebelastning:

- Noen selskapsformer er underlagt avvikende skatteregler fra det «generelle», ikke bare offentlige.
- Noen selskaper kan samordne inntektsfastsettelse og skattebelastning gjennom virksomhet i flere land, hovedtemaet i Norges siste store skatteutredning og skatteomlegging.
- Selskaper kan i ulik utstrekning unngå skatt gjennom lovlig eller ulovlig skatteplanlegging, slik det nevnes enkeltteksempler på i den etterfølgende tekst.

I fravær av nærmere analyse av hvordan virkelighetens verden er, er det bare svært tentative konklusjoner som kan trekkes. En er at fravær av skatteplikt i gjennomsnitt må antas å virke i en enkelt offentlig aktørs favør sammenlignet med privat sektors enkeltaktører. Spørsmålet om hvem som er aktøren, er imidlertid et relevant og krevende spørsmål i seg selv. Det er avgjørende for adferden om beslutningstaker er på overordnet eller lokalt nivå. For staten: fra en regjeringens synspunkt vil budsjettbalansen ikke påvirkes av om en betaler skatt «til seg selv» eller ikke. For en etat som budsjetteres ut fra en betraktning av «totaløkonomien», blir det også likegyldig, hvis økt skatteplikt motvirkes av økt bevilgning for å nøytralisere virkningen på nettobevilgningen. Tilsvarende i et skattepliktig konsern: Påvirkningen av adferd avhenger av hvor skatteeffekten internaliseres i beslutningene.

Det foranstående tilsier at det kreves mer analyse for å rettferdiggjøre betydelige endringer i skattesystemet ut fra hensynet til konkurranse og effektiv ressursutnyttelse.

### 3.4.2 Konkurransvirkninger av konkursimmunitet

Kommuneloven slår fast at kommuner ikke kan tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling. Kommunelovens ansvarsregler innebærer dermed at kommunen i økonomisk forstand er ubegrenset ansvarlig for sine økonomiske forpliktelser. Ansvarsreglene innebærer at kommunen stiller en generell og ubegrenset garanti for all virksomhet som utøves innenfor det kommunale rettssubjektet. Når kommunesubjektet (en kommunal etat eller et kommunalt foretak) opererer i markedet,

vil garantien også omfatte markedsvirksomheten. På samme måte er det eksplisitt regulert at det ikke kan åpnes konkurs eller gjeldsforhandling etter konkursloven i et (regionalt) helseforetak, jf. lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak § 5 tredje ledd. Tilsvarende antas det å foreligge garanti for alle forpliktelser i statlige institusjoner som er en del av staten. Offentlig aktivitet organisert i egne juridiske subjekter med begrenset ansvar som er underlagt de ordinære konkursreglene, kan imidlertid gå konkurs.

Når en skal vurdere fordeler og ulemper ved konkursimmunitet, er det hensiktsmessig å skille mellom det offentlige samlet sett og det offentliges markedsrettede virksomhet som omfattes av garantien. Det går også et skille mellom markedsrettet virksomhet som er skilt ut som egne rettssubjekter og virksomhet som inngår som del av det offentlige rettssubjektet. I dette avsnittet ser vi hovedsakelig på betydningen av konkursimmunitet når markedsrettet virksomhet utøves som del av det offentlige rettssubjektet.

Konkursimmunitet kan sammenlignes med en garanti eller forsikring mot mislykkede prosjekter som långivere og andre kreditorer nyter godt av. De vil alltid få innfridd sine fordringer uavhengig av om prosjektet går med overskudd eller ikke. Når den offentlige eieren garanterer for den markedsrettede virksomheten, vil dette innebære en kostnad. Så lenge den markedsrettede aktiviteten som er omfattet av garantien/konkursimmuniteten ikke betaler den økte kostnaden som garantien innebærer, foreligger det en form for subsidiering av den kommersielle aktiviteten.

Uten betaling for garantien skjer det en indirekte overføring av offentlige midler (subsidiering) fra den offentlige eieren til den markedsrettede aktiviteten. Når private aktører stiller ulike former for garantier overfor selskaper, vil vederlaget normalt bestå i en ordinær garantipremie. For en långiver vil risikoen for dårlige utfall være reflektert i høyere lånerente. For en investor vil (udiversifiserbar) risiko være reflektert i høyere avkastning på innskutt kapital. Fordelene av konkursimmunitet for den offentlige virksomheten kan motvirkes dersom den offentlige eieren praktiserer markedsaktørprinsippet og gjennomgående forsøker å utligne alle potensielle fordeler av konkursimmunitet.

Konkursimmunitet kan ha særlig relevans ved opptak av lån. En offentlig garanti medfører blant annet at det kan bli enklere for virksomheten å få

lån. I tillegg kan offentlige virksomheter oppnå gunstigere lånevilkår enn hva som ville ha vært tilfelle uten garantien. Dette gjelder både for langsiktige lån til investeringer og kortsiktige likviditetslån. I EØS-retten er det også en presumpsjon for at garantier gir fordeler ved opptak av lån. Ved låneopptak vil i utgangspunktet fordelene tilflyte den juridiske personen (typisk kommunen). Fordelen vil ikke nødvendigvis videreføres til den markedsrettede aktiviteten dersom markedsaktørprinsippet etterleveres. Hvis den markedsrettede aktiviteten som utøves innen det offentlige subjektet, betaler markedsmessig lånerente eller en markedsmessig premie for garantien, vil dermed fordelene av gunstigere finansieringsvilkår ikke tilflyte markedsaktiviteten.

En garanti kan også medføre at den markedsrettede virksomheten som drives innen den offentlige virksomheten, får fordeler sammenlignet med en privat markedsaktør ut over det som går på enklere og rimeligere lånetilgang. Eksempelvis kan den offentlige virksomheten fremstå som en sikrere leverandør sammenlignet med en privat aktør, og det kan øke sannsynligheten for at den offentlige virksomheten blir tildelt kontrakter. Denne sammenhengen er imidlertid i EØS-retten ansett som mer usikker, slik at det ikke foreligger en presumpsjon for at garantien medfører en fordel i forholdet til leverandører. Risikoen for at kjøper ikke vil få tjenesten levert som følge av at leverandøren (den offentlige aktøren) har gått konkurs, vil ikke være til stede. Dette kan kjøper legge vekt på i vurderingen av ellers like tilbud. På samme måte som ved låneopptak kan den offentlige eieren også forsøke å motvirke at slike fordeler kommer markedsrettet aktivitet til gode ved at det for eksempel i interne retningslinjer forutsettes at det legges inn et påslag i prisen for denne fordelene ved innlevering av tilbud i en anbudskonkurranse. Det kan imidlertid være utfordrende å finne frem til størrelsen på et slikt påslag.

Konkursimmunitet kan også gi fordeler i de tilfeller der den offentlige virksomheten er kunde. En privat aktør vil kunne gå konkurs etter å ha motatt varen eller tjenesten og dermed være ute av stand til å gjøre opp for seg i henhold til avtalen. En privat leverandør vil kunne kreve en bankgaranti som sikrer oppgjør ved leveranser av en viss økonomisk størrelse. Ved salg til en offentlig virksomhet kan motparten legge til grunn at virksomheten alltid vil betale for varen eller tjenesten. Dette kan ha implikasjoner for prissettingen ved at den lavere risikoen ikke blir bakt inn i prisen, eller indi-

rette gjennom at kjøper ikke har samme behov for å inngå kredittforsikring som sikrer bedriften mot tap på fordringer om ikke kunden kan betale sine forpliktelser. Hvis varen eller tjenesten benyttes som innsatsfaktor i produksjon av en annen vare eller tjeneste, kan også dette gi den offentlige aktøren fordeler i markedet. I dette tilfellet kan den offentlige eieren forsøke å utligne denne fordelene ved å kreve et påslag (det vil si betaling til den offentlige eieren) på kjøpsprisen den markedsrettede virksomheten står overfor. Også denne sammenhengen er i EØS-retten ansett for å være for usikker til at det foreligger en presumpsjon for at garantien gir en fordel i forholdet til kunder.

Den offentlige virksomheten kan også ha mindre behov for å inngå forsikringer for den kommersielle aktiviteten siden eventuelle tap uansett ikke gjør at virksomheten går konkurs. Spesielt vil det ikke være aktuelt å kjøpe forsikringer som betinger konkurs. Den offentlige eieren må derfor også sørge for at den markedsrettede aktiviteten står overfor slike kostnader i den grad tilsvarende private aktører gjør det.

Hvis kommunen belaster den kommersielle aktiviteten med tilsvarende kostnader som private aktører, kan fordelene av konkursimmunitet langt på vei utlignes. Også organisatorisk skille i form av at all markedsrettet virksomhet er skilt ut i eget rettssubjekt som er underlagt alminnelige konkurserregler, vil redusere problemet med at offentlige aktører mottar økonomiske fordeler i form av ubegrensede garantier gjennom konkurserforbudet.

De *konkurransemessige* fordelene utlignes imidlertid ikke fullt ut med å følge markedsaktørprinsippet eller et organisatorisk skille. Selskaper eid av offentlige organer med solide finanser får ofte høyere kredittvurdering enn privateide selskaper. Med andre ord foreligger det en form for implisitt garanti for offentlig eid virksomhet. Boks 3.1 illustrerer verdien av implisitte garantier for Statkraft. Dette er også illustrert i figur 3.2, som viser kredittrisikopremier i det norske obligasjonsmarkedet. Eksempelvis har Oslo kommune en kredittrisikopremie på linje med svært sikre obligasjoner med fortrinnsrett.

Hvis den offentlige eieren ikke utligner alle fordelene av konkursimmunitet overfor den markedsrettede virksomheten, kan garantier gi seg utslag både i produktmarkedet, ved at bedriftenes adferd endres, og i kapitalmarkedet, ved at private selskaper kan oppleve en vanskeligere kreditttilgang.

### Boks 3.1 Illustrasjon av virkninger av implisitte garantier

Standard & Poor's (S&P) utarbeider kredittvurderinger av selskaper som blant annet benyttes av banker for å vurdere lånebetingelser. Selskapet gir karakter på en skala som går fra AAA til D. Mellom karakterene AA og CCC gis det også vurdering av om karakteren er sterk eller svak, for eksempel BBB+, BBB og BBB-. Statkraft har en kredittvurdering på A-. I fravær av offentlig eierskap ville den vært på BBB. S&P begrunner dette med at det er en moderat høy sannsynlighet for at den norske regjeringen vil tilby tidsriktig og tilstrekkelig ekstraordinær støtte til Statkraft hvis det oppstår finansielle problemer. (Kilde: S&P Global Rating 30. august 2016)

ESA har fastsatt særskilte retningslinjer i regelverket om offentlig støtte for referanse- og diskonteringsrenter. Disse rentene skal være en tilnærming til markedsrenter og brukes blant annet til å beregne støtteelementet ved statssubsidierte lån. Disse retningslinjene inneholder en oversikt som viser anslag på lånemarginer ved ulike kreditttranger og sikkerhetsstillelse, se tabell 3.1.

Ifølge oversikten kan den implisitte garantien anslås å gi Statkraft 0,25 prosentenheter lavere lånerente sammenlignet med om selskapet hadde vært i privat eie (beregnet som forskjellen mellom en sterk eller god karakter med normal eller høy sikkerhetsstillelse). Eksemplet illustrerer at selv utskilte, offentlig eide virksomheter kan få gunstigere lånebetingelser enn private foretak. Hvis Statkraft hadde vært del av statens juridiske person og blitt finansiert gjennom statskassen (og betalt en rente tilsvarende statens lånerente), hadde fordelen ifølge tabell 3.1 vært opp mot 0,4 prosentenheter (beregnet ved differansen mellom normal sikkerhetsstillelse/god karakter på 100 basispunkter og høy sikkerhetsstillelse og sterk rating på 60 basispunkter).

Tabell 3.1 Lånemarginer i ESAs retningslinjer for offentlig støtte. Basispunkter

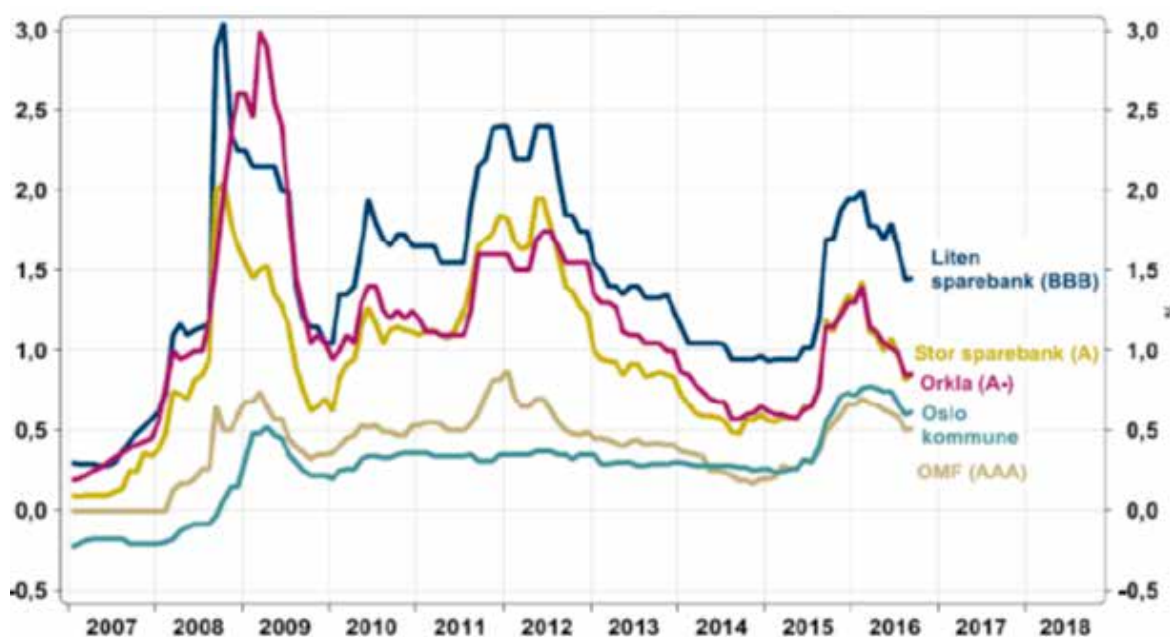
Karakter	Sikkerhetsstillelse		
	Høy	Normal	Lav
Sterk (AAA-A)	60	75	100
God (BBB)	75	100	220
Tilfredsstillende (BB)	100	220	400
Svak (B)	220	400	650
Dårlig (CCC og lavere)	400	650	1000

Kilde: ESA Part VII: Rules Regarding Applicable Rates.

OECD har anbefalt at en bør søke å unngå finansieringsfordeler som følge av det statlige eierskapet. OECD viser blant annet til Australia hvor det er innført en skatt på statlige selskapers opplåning som skal søke å utligne fordelen disse selskapene

oppnår. Lavere finansieringskostnader kan også spille en rolle i tilfeller der offentlig virksomhet ønsker å kjøpe opp annen virksomhet i konkurranse med private budgivere.

Figur 3.2 Kreditrisikopremier i det norske obligasjonsmarkedet. Margin over 3 mnd. NIBOR på fem års obligasjonslån med flytende rente



Kilde: DnB Markets

### 3.4.3 Etterlevelse av markedsaktørprinsippet og konkurranse

Konkurransenøytralitet forutsetter at offentlige aktører opptrer i henhold til markedsaktørprinsippet. Det innebærer at det offentlige som markedsaktør må handle på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter. Prinsippet skal bidra til at det ikke oppstår konkurransevridninger der offentlige aktører opptrer i konkurranse med private. Markedsaktørprinsippet har relevans på mange områder når det offentlige konkurrerer med private aktører. Dette er nærmere omtalt i punkt 4.2.3. I dette punktet belyses særlig de konkurransemessige virkningene av lave eller manglende avkastningskrav og subsidiering med offentlige midler.

#### *Manglende eller lave avkastningskrav*

Etterlevelse av markedsaktørprinsippet innebærer blant annet at offentlige aktører må kreve avkastning på den kapitalen som er skutt inn i virksomheter (foretak eller enheter) som utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet på linje med det en privat investor ville ha gjort. Dersom en offentlig aktør får tilført kapital på rimeligere vilkår enn hva en sammenlignbar privat investor antas å ville ha krevd, vil det innebære økonomiske fordeler for den offentlige aktøren.

Manglende eller lave avkastningskrav fra offentlige eiere gjør at virksomhetens totale finansieringskostnad blir lavere enn for et privat selskap. En lavere finansieringskostnad for offentlige aktører kan føre til at prosjekter som ikke ville blitt vurdert som lønnsomme med de finansieringskostnader et privat selskap ville stå overfor, likevel gjennomføres. Offentlig virksomhet vil da kunne ekspandere på bekostning av privat virksomhet.

I praksis kan private selskapers avkastningskrav ha ulike formål utover å avspeile korrekt kapital-kostnad. Kravet kan gi uttrykk for ønsket måloppnåelse, og være satt høyt for å motivere til større innsats. Et selskap kan også bruke et høyt avkastningskrav dersom det står overfor flere prosjekter enn det kan gjennomføre når det tas hensyn til vekstkostnader og lignende forhold. Det må likevel kunne legges til grunn at private selskapers avkastningskrav i stor grad vil reflektere kapital-kostnaden (det vil si investorenes kostnad ved å plassere kapital i selskapet) siden det ellers gir avkall på lønnsomme investeringer.

På den annen side kan selskaper på kort sikt anvende lave avkastningskrav ved gjennomføring av prosjekter, oppkjøp eller fusjoner hvis det er kapital tilgjengelig og administrasjonen har et mål om å vokse. Dette kan skje i selskaper der ledelsen er mer opptatt av å vokse og få flere ansatte

enn å skape verdier for eierne. Ulike mekanismer i foretaksstyringen skal bidra til å hindre slik adferd. På lang sikt vil ikke styring etter avkastningskrav under kapitalkostnadene være bærekraftig. Selskapene vil da kunne få problemer med å tiltrekke seg kapital, og investorer vil trekke seg ut av selskapene.

Når en skal vurdere hvilket avkastningskrav en privat aktør ville benyttet, tas det normalt utgangspunkt i en veldiversifisert eier som kan spre sine investeringer på flere aktiva. Fastsettelse av avkastningskrav under denne forutsetningen er beskrevet i boks 3.2. Udiversifiserte eiere kan operere med høyere avkastningskrav enn diversifiserte eiere. I velfungerende markeder vil det imidlertid være vanskelig for en lite diversifisert eier faktisk å kreve høyere avkastning siden veldiversifiserte eiere i så fall kan overta prosjektet og gjennomføre det til en lavere kapitalkostnad.

ALT advokatfirma utarbeidet i 2013 rapporten «Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler». Rapporten peker på at det ved kommunalt eierskap og drift av tjenesteytende virksomheter som historisk har vært en mer eller mindre integrert del av kommunen, ofte er vanskelig å skille rollen som kommersiell eier fra rollen som myndighetsorgan. Det pekes imidlertid på at mange kommuner etter hvert har blitt flinkere til å operere med en form for skille mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet, men at de «[...] ofte glemmer at sistnevnte skal utøves med sikte på å oppnå profit».<sup>60</sup>

Når det offentlige utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet i konkurranse med private, må det altså være utsikter til avkastning som dekker kostnaden ved kapitalen som investeres i virksomheten. I henhold til markedsaktørprinsippet etter EØS-regelverket vil også det offentlige være forpliktet til å avstå fra å utøve EØS-rettslig økonomisk aktivitet dersom det ikke er sannsynlig at aktiviteten vil gå med tilstrekkelig overskudd over tid.

I noen tilfeller kan avkastningskrav fra offentlige eiere, herunder krav om utbytte, være høyere enn det privateide selskaper står overfor. Det kan i så fall være en ulempe for offentlig EØS-rettslig økonomisk aktivitet som opererer i konkurranse med private. Høye utbyttekrav kan sørge for kapitaldisi-

plin og stimulere til effektiv drift. Hvis en offentlig aktør stiller høyere avkastningskrav enn private over lengre tid, kan imidlertid den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten gi avkall på lønnsomme investeringer og tape i konkurransen med private. Offentlige eieres avkastningskrav bør derfor verken være for høye eller for lave sammenlignet med private investorer.

Selv om offentlige eiere setter et avkastningskrav som tilsvarer private investorers avkastningskrav, sikrer det ikke at avkastningskravet reelt sett tilsvarer privates kapitalkostnader. Det skyldes at kapitalkostnadene også avhenger av kapitalmengden. For å sikre at avkastningskravet tilsvarer private investorers avkastningskrav må derfor kapitalmengden verdsettes til markedsverdi.

Virkingen av skattefritaket for offentlige aktører kan også spille inn på avkastningskravet, se nærmere omtale i punkt 3.4.1.

#### *Subsidiering av markedsaktiviteter og innsatsfaktorer*

Konkurransenøytralitet innebærer også at den offentlige aktøren ikke kan begunstige sin egen markedsaktivitet med subsidier. Subsidier innebærer i denne sammenheng at inntekter fra offentlig forvaltningsvirksomhet benyttes til å finansiere

### **Boks 3.2 Avkastningskrav**

Den finansielle kapitalkostnaden er kostnaden ved finansiering av den kapitalen som bindes i et prosjekt. For investor er alternativet til å sette kapital inn i et prosjekt, å anvende kapitalen i annen virksomhet som gir avkastning. Det er denne alternativavkastningen som er den finansielle kapitalkostnaden for prosjektet. Kravet til avkastning (avkastningskravet) er dermed lik kapitalkostnaden. For at en investering skal være lønnsom, må inntektene fra prosjektet minst dekke alle kostnader ved prosjektet, herunder alternativkostnaden for kapital. Økonomisk sett er avkastningskravet for en virksomhet den avkastningen som er nødvendig over tid for å trekke kapital til virksomheten. Kravet kan defineres som den forventede avkastning kapitalmarkedet tilbyr på plassering med samme risiko som selskapet (Gjesdal og Johnsen, 1999).

<sup>60</sup> Se Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler, skrevet av ALT advokatfirma på oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet i 2013 s. 82.



en annen markedsrettet aktivitet. For eksempel er det subsidiering hvis den markedsrettede virksomheten disponerer ledig kapasitet i forvaltningsvirksomheten uten å betale såkalt skyggepris, det vil si verdien i beste alternative anvendelse for kapasiteten. Når prisen for å disponere ledig kapasitet ikke reflekterer verdien av kapasiteten (i beste alternative anvendelse), innebærer dette bruk av offentlige midler, og vi har dermed subsidiering.

Når virksomheten utøver markedsrettet aktivitet innenfor statens eller kommunens rettssubjekt, er det en risiko for at offentlige midler tilflyter den markedsrettede aktiviteten. Det er dermed en risiko for at slik subsidiering medfører at virksomheten tilbyr sine konkurranseutsatte varer og tjenester til en pris som ikke dekker alle kostnader og dermed skader konkurransen i markedet.

Ettersom den offentlige virksomheten kan drive begge former for aktivitet uten krav om regnskapsmessig eller organisatorisk skille, er det vanskelig å kontrollere og etterprøve om det faktisk skjer subsidiering med offentlige midler. Kilder til slik subsidiering kan være mange. Den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten kan for eksempel motta direkte utbetalinger eller overføringer. Manglende avkastningskrav, som beskrevet ovenfor, er et annet eksempel. Direkte overføring av overskudd fra den ene aktiviteten til den andre er et tredje. Andre eksempler kan være at den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten oppnår lavere kostnader enn private konkurrenter fordi den benytter lokaler og andre fellestjenester, fasiliteter, arbeidskraft og materiell uten vederlag eller til priser som ikke dekker relevante kostnader.

Et konkret eksempel på subsidiering kan være når et kommunalt kjøkken ved et sykehjem samtidig driver cateringvirksomhet i konkurranse med andre foretak i det private markedet. Hvis cateringvirksomheten kan benytte lokaler vederlagsfritt, til priser som ikke er kostnadsdekkende, eller til priser som ikke reflekterer skyggeprisen ved anvendelsen, vil det foreligge subsidiering. På denne måten tilflyter offentlige midler den konkurranseutsatte virksomheten. Andre eksempler på subsidiering kan være utnyttelse av restkapasitet ved et fylkeskommunalt tannlegekontor. Hvis fylkeskommunen tilbyr tannlegjetjenester i det private markedet basert på vederlagsfri bruk av lokaler og utstyr, og dette alternativt kunne vært benyttet i annen virksomhet, vil det være subsidiering med offentlige midler.

Overføring av midler fra en annen aktivitet forekommer også i private virksomheter. Det er likevel en vesentlig forskjell mellom offentlig og privat sektor ved at subsidier i privat sektor vil være finansiert gjennom den markedsrettede virksomheten, og ikke gjennom offentlige midler. Hvis offentlig virksomhet driver subsidiering mellom markedsaktiviteter, og holder offentlige midler utenfor, vil eventuelle konkurransemessige problemer med slik subsidiering i utgangspunktet være tilnærmet like som for private aktører. Offentlige virksomheter kan imidlertid ha andre mål enn private virksomheter, noe som kan ha implikasjoner for hvordan virkningene faktisk blir.

### **3.4.4 Konkurransesvridninger av andre fordeler og ulemper**

I tillegg til de fordelene og problemstillinger ESA har påpekt overfor Norge (skattefritak, konkurranseimmunitet og etterlevelse av markedsaktørprinsippet), som er omhandlet i punktene 3.4.1 til 3.4.3, har arbeidsgruppen også valgt å se nærmere på enkelte utvalgte områder der det kan oppstå fordeler og ulemper for offentlige og private aktører som følge av ulike lover og reguleringer. Dette omfatter blant annet merverdiavgiftskompensasjon, avlønning, kapitaltilgang, administrative byrder mv. På disse punktene gis det først og fremst en beskrivelse av fordeler og ulemper som kan oppstå, uten at det konkluderes om fordelene eller ulempene er større for den ene aktøren enn for den andre.

#### *3.4.4.1 Merverdiavgiftskompensasjon*

Store deler av offentlig virksomhet er utenfor merverdiavgiftssystemet, i likhet med en del privat avgiftsunntatt virksomhet. Det innebærer at når den ikke-avgiftspliktige virksomheten kjøper merverdiavgiftsbelagte varer og tjenester, må det betales merverdiavgift som ikke kommer til fradrag gjennom merverdiavgiftssystemet. Hvis virksomheten ansetter egne til å utføre samme tjeneste, betales det ikke merverdiavgift. Med 25 prosent merverdiavgift vil for eksempel en privat merverdiavgiftspliktig tilbyder av renholdstjenester, isolert sett, måtte være 20 prosent mer kostnadseffektiv for å kunne konkurrere med renholdere ansatt i kommunal virksomhet. Merverdiavgiften kan derfor gjøre det økonomisk mer fordelaktig for offentlig virksomhet å produsere tjenester med egne ansatte (uten merverdiavgift) fremfor å kjøpe disse tjenestene (med merverdiavgift) fra private leverandører. Dette kan være til hinder for samfunnsøkonomisk effektiv utnyttelse av ressursene.

På denne bakgrunn innførte Regjeringen Bondevik II 1. januar 2004 en generell ordning for merverdiavgiftskompensasjon for kommunesektoren. Formålet med ordningen er å unngå at merverdiavgiften påvirker kommunenes valg mellom å produsere avgiftspliktige tjenester selv (uten avgift) og å kjøpe tjenestene fra private aktører (med avgift). Kompensasjon for merverdiavgift gis bare ved kjøp av varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende, eller når varen eller tjenesten innføres fra utlandet, og bare når tjenesten brukes i kompensasjonsberettiget virksomhet. Ordningen er finansiert av kommunene ved at de statlige overføringene ble redusert tilsvarende omfanget av ordningen da den ble innført. Ordningen er en selvfinansierende ordning og er ikke begrunnet som en støtteordning. Dersom det gjennomføres regelverksendringer som gjør at utbetalingene under ordningen økes, skal i så fall provenytapet dekkes inn ved et engangstrekk i de statlige overføringene til de kompensasjonsberettigede tilsvarende forventet kompensasjon.

Den generelle kompensasjonsordningen kan medføre konkurransevriddinger mellom kommunale virksomheter på den ene siden og private virksomheter på den andre siden som yter tjenester som ikke er merverdiavgiftspliktige, som for eksempel helse- og undervisningstjenester. Slik konkurransevridding kan oppstå som følge av at kommunene får kompensert merverdiavgiften på sine anskaffelser, mens private virksomheter verken får fradrag eller kompensasjon for merverdiavgift på sine anskaffelser. De private virksomhetene kan dermed ha høyere kostnader knyttet til produksjon av tjenestene enn tilsvarende kommunale institusjoner. For i noen grad å motvirke disse nye konkurransevriddingene er også private virksomheter som produserer helsetjenester, undervisningstjenester eller sosiale tjenester som kommunen er pålagt ved lov å utføre, omfattet av kompensasjonsordningen.

Det gis ikke kompensasjon til kommuner når de driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet som kan være i konkurranse med virksomheter som ikke er kompensasjonsberettiget. Denne regelen kom inn i loven 1. januar 2008 etter ESAs konklusjon<sup>61</sup> om at den generelle kompensasjonsordningen kunne føre til en konkurransefordel for kommunene når disse tilbyr sine tjenester på ikke-avgiftspliktige

virksomhetsområder. Regelen skal bidra til at private og kommunale aktører som opptrer i samme marked, undergis samme merverdiavgiftsbelastning.

#### ***Nøytral merverdiavgift i statlig sektor***

Statlig sektor er i hovedsak utenfor merverdiavgiftssystemet. De fleste virksomheter i statlig sektor har derfor ikke fradragsrett for merverdiavgift på anskaffelser til bruk i virksomheten. Merverdiavgiften skaper således en konkurransevridding når tjenester kan produseres med egne ansatte uten plikt til å beregne merverdiavgift, men blir belastet merverdiavgift dersom tilsvarende tjenester kjøpes av private. Fra 1. januar 2015 ble det derfor innført en ordning med nettoføring av merverdiavgift i ordinære statlige forvaltningsorgan. Nettoføringsordningen innebærer at forvaltningsorganene ikke belastes merverdiavgiften i sine budsjetter og regnskaper. Det gjør at merverdiavgiften ikke lenger er en kostnad for forvaltningsorganene. Dermed fjernes konkurranseulempen for private aktører. Nøytraliseringen av denne merverdiavgiften bidrar til at private aktører kan konkurrere om å løse oppgaver som staten selv utfører.

#### ***Nøytral merverdiavgift for helseforetak***

I Prop. 122 S (2015–2016) *Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2016* ble det foreslått å innføre en ordning med nøytral merverdiavgift for helseforetakene fra 1. januar 2017. Bakgrunnen for forslaget var at merverdiavgiften skaper en vridding når helseforetakene kan produsere tjenester med egne ansatte uten merverdiavgift dersom tilsvarende tjenester kjøpes av private virksomheter. Merverdiavgiften kunne derfor motivere til egenproduksjon fremfor å kjøpe tjenester fra private tilbydere. Innføringen av en ordning med nøytral merverdiavgift innebar at helseforetakene får tilbakebetalt utgifter til merverdiavgift på varer og tjenester som inngår i driften av virksomheten. Ordningen er ingen støtteordning, og er budsjettneøytral for staten.

#### ***Utleie av fast eiendom og merverdiavgiftskompensasjon***

En særlig problemstilling er at merverdiavgiftsregelverket for utleie av fast eiendom kan medføre ulik behandling avhengig av om leietaker er offentlig eller privat. Ved utleie av eiendom til kommunal virksomhet kan utleier bli frivillig registrert i Merverdiavgiftsregisteret dersom lokalene benyttes i kompensasjonsberettiget virksomhet (for eksempel leverandør av helse- og undervisningstjenester). Utleie til private bedrifter som benyt-

<sup>61</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 155/07/COL of 3 May 2007 on state aid granted in connection with Article 3 of the Norwegian Act on compensation for value added tax (VAT).

ter de leide lokalene i kompensasjonsberettiget virksomhet, gir ikke utleier adgang til å bli frivillig registrert i Merverdiavgiftsregisteret.

Utleiers frivillige registrering i Merverdiavgiftsregisteret innebærer at utleier fakturerer husleien med merverdiavgift. Merverdiavgiften på husleien vil kommuner få kompensert under momskompensasjonsordningen slik at den ikke utgjør en endelig kostnad. Som følge av den frivillige registreringen oppnår utleier fradragsrett for inngående merverdiavgift på kostnader ved blant annet oppføring og drift av eiendommen.

Konsekvensen av at utleier ikke kan bli frivillig registrert for utleie til privat kompensasjonsberettiget virksomhet er at utleier ikke får fradragsrett for inngående merverdiavgift på blant annet oppførings- og driftskostnader knyttet til eiendommen. Merverdiavgiften blir altså i dette tilfellet en endelig kostnad for utleier som utleier vil søke å kreve dekket gjennom høyere husleie. Markedet vil avgjøre om utleier klarer å fremforhandle en høyere husleie som følge av økte kostnader gjennom merverdiavgiften. Husleien til den private aktøren faktureres uten merverdiavgift. De indirekte kostnadene ved merverdiavgift som eventuelt inngår i husleien, vil den private bedriften ikke få kompensert under kompensasjonsordningen. På den måten kan husleie til private skoler og sykehjem bli høyere enn tilsvarende husleie til kommuner.

Adgang til frivillig registrering i Merverdiavgiftsregisteret kan reise konkurransemessige problemstillinger. Det er tidligere anført som et argument for at den frivillige registreringsordningen ikke bør utvides til å omfatte utleie til private kompensasjonsberettigede at det vil medføre et provenytap av et uoversiktlig omfang. Det har også vært reist spørsmål om det vil være mulig å motvirke alle konkurransevidninger som kan oppstå som følge av merverdiavgiftssystemet og kompensasjonsordningen. Dagens ordning har tidligere vært tatt opp med ESA uten at ESA fant at det her forelå ulovlig offentlig støtte.

Hvis man åpner for frivillig registrering for utleie av eiendom til alle kompensasjonsberettigede, uavhengig av om virksomheten drives av private aktører eller kommuner, vil private eiere som driver skoler og sykehjem kunne få kompensert merverdiavgift på husleie. Utleier vil samtidig ha rett til fradrag for inngående merverdiavgift. Det er imidlertid vanskelig å se hvordan en slik ordning i praksis kan utformes så lenge ordningen ikke

skal være en støtteordning. Det vil være krevende for staten å trekke inn et tilsvarende beløp, siden en ikke har direkte ytelser til disse aktørene over statsbudsjettet slik som en hadde for kommunene da kompensasjonsordningen ble innført. Dette må eventuelt utredes nærmere.

#### 3.4.4.2 Kapitaltilgang og -restriksjoner

Forskjeller i kapitaltilgang mellom offentlige og private virksomheter kan være en ytterligere kilde til ulike konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører. Ifølge flere utvalg og utredninger har Norge samlet sett relativt velfungerende kapitalmarkeder. Ekspertgruppen ledet av Agnar Sandmo i 2004 mente i rapporten «Kapitaltilgang og økonomisk utvikling» at det ikke var tilstrekkelig belegg for å hevde at det samlet sett er knapphet på kapital i norsk næringsliv. I NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi* ble det blant annet pekt på at norske bedrifters tilgang på lån og oppstartkapital er på linje med det en finner for sammenlignbare land. Også Produktivitetskommissjonen (NOU 2016: 3) peker på at kapitalmarkedet i Norge er åpent og rimelig velfungerende. I en undersøkelse gjennomført av World Economic Forum i 2016 kom Norge blant de tre landene i Europa med best risikokapitaltilgang. Staten har også et betydelig engasjement i risikokapitalmarkedet gjennom såkornfond, lånekapital og investeringsselskaper.

Tilgangen på kapital påvirkes av en rekke forhold. Forventet lønnsomhet og risiko ved en investering sammenlignet med alternative plasseringer er sentralt. Med relativt velfungerende kapitalmarkeder er det grunn til å tro at de fleste lønnsomme prosjekter blir finansiert, enten de er i offentlig eller privat regi. Det kan imidlertid være forskjeller i tilgang på kapital mellom enkeltbedrifter, for eksempel mellom etablerte selskaper og oppstartsselskaper. Det samme kan gjelde mellom offentlig og privat eide virksomheter. Som vist til i punkt 3.4.2 vurderer ofte kredittbyråene offentlige virksomheter som sikrere betalere enn tilsvarende private aktører. Det kan gjøre tilgangen på kapital lettere og prisen lavere.

Muligheter til å skaffe kapital kan i noen grad legge føringer på hvordan kommuner velger å organisere kommersiell aktivitet. For eksempel innebærer kommuneloven § 50 at kommunene som hovedregel bare kan ta opp lån til investeringer i egne bygg og anlegg. Finansiering av øvrig aktivitet må skje gjennom kommunens frie inntekter. Så lenge virksomhet holdes innenfor kommunens rettssub-

jekt, må dermed finansiering av kommersiell aktivitet skje innenfor disse rammene. Kommunene kan imidlertid velge å organisere virksomheten i egne aksjeselskaper som kan ta opp lån. Kommunale aksjeselskaper kan også, i likhet med private aktører, henvende seg til egenkapitalmarkedet for å finansiere prosjekter.

Helseforetakene har ikke anledning til å innhente kapital i form av lån fra det frie markedet. Det følger av helseforetaksloven § 33 at regionale helseforetak og helseforetak ikke kan ta opp lån med mindre det er særskilt fastsatt i vedtektene deres. Se nærmere omtale i punkt 6.3.3.

I den offentlige debatten påpekes det at offentlige eiere i noen tilfeller stiller høye krav til utbytte fra egne aksjeselskaper for å kunne saldere offentlige budsjetter. For høye utbyttekrav vil kunne redusere selskapenes muligheter til å gjennomføre lønnsomme investeringer, og en uforutsigbar utbyttepolitikk kan være krevende å håndtere for ledelsen. Lignende problemstillinger kan forekomme i privateide aksjeselskaper hvis aksjonæren har behov for midler til andre formål. Aksjeloven setter imidlertid begrensninger på muligheten til å ta ut utbytte fra aksjeselskaper. Generalforsamlingen i aksjeselskaper har ikke anledning til å beslutte et høyere utbytte enn det styret har foreslått eller godtar.

I kommunale virksomheter organisert som del av det kommunale rettssubjektet, har kommunestyret større mulighet til å ta ut midler fra virksomheten enn dersom den er organisert som aksjeselskap. Det samme gjelder for private selvstendige næringsdrivende der det ikke er et tilsvarende skille mellom virksomhetsøkonomien og privatøkonomien som for næringsvirksomhet organisert i selskap. I statsforetak kan foretaksstyret fastsette utbytte. Selv om det er stor grad av mulighet til å ta ut midler fra virksomhet i disse tilfellene, er det like fullt krevende å fastslå om uttakene er for store sett opp mot potensielle, lønnsomme investeringsmuligheter. Virksomhetsledelsen kan også ha et mål om å vokse og gjennomføre investeringer som ikke nødvendigvis gagnar eieren. I så fall kan høye utbyttekrav disiplinere virksomheten.

#### 3.4.4.3 Lønns- og pensjonskostnader

I tjenestesektoren utgjør ofte lønns- og pensjonskostnader en større andel av kostnadene enn kapitalkostnadene. I effektive markeder vil lønns- og arbeidsvilkår gjenspeile arbeidskraftens produktivitet. At lønns- og arbeidsvilkårene er høyere i

en sektor eller næring sammenlignet med andre, reflekterer at arbeidskraften har høyere produktivitet i den aktuelle næringen eller sektoren. Et premiss for at det skal være et effektivt arbeidsmarked er imidlertid at alle næringer og sektorer står overfor samme reguleringer.

Ulikheter i pensjonsforpliktelser kan ha betydning for konkurransevilkårene. Pensjonskostnader inngår imidlertid som en del av avlønningen til ansatte i en virksomhet, og det er samlet avlønning til arbeidskraften som er avgjørende for om en virksomhet har et konkurransefortrinn gjennom lavere lønnskostnad per ansatt. De samlede lønns- og pensjonskostnadene varierer mellom bransjer og sektorer, og mellom offentlig og privat sektor. Ulikt avlønningsnivå kan skyldes mange forhold, som lønnsevne og fagforeningsmakt. Hippe-utvalget som vurderte ideelle organisasjoners pensjonsordninger, mente for eksempel at det ikke er entydig at ideelle organisasjoner har høye pensjonsutgifter, mens kommersielle virksomheter har lave. Ifølge Hippe-utvalget er det viktige skillet at kommersielle tilbydere med privat tjenstepensjonsordning har oversikt over sine utgifter til pensjon, mens ideelle virksomheter som har eller har hatt offentlige tjenstepensjonsordning, har uforutsigbare fremtidige utgifter.<sup>62</sup> Arbeidsgruppen viser til at tilsvarende kan gjelde for offentlige virksomheter.

I den grad lønns- og pensjonskostnader er høyere i en virksomhet sammenlignet med øvrige konkurrenter i markedet, vil det isolert sett være en konkurranseulempe for virksomheten. For at virksomheten skal overleve i markedet, må lønns- og pensjonsnivået i virksomheten over tid tilpasses markedslønnen. Denne problemstillingen kan være aktuell hvis virksomheter som tidligere har vært skjermet fra konkurranse eller har hatt monopolstilling, blir utsatt for konkurranse. Ekstraordinær avkastning fra monopolvirksomhet kan slå ut i høyere lønns- og pensjonskostnader som gjør at det kan være krevende for en skjermet virksomhet å konkurrere når markedet åpnes. Konkurranse vil føre til at lønns- og pensjonskostnadene i like effektive virksomheter må tilpasse seg lønnsevnen og markedslønn i sektoren.

#### 3.4.4.4 Administrative byrder

Strengt krav til rapportering og omfattende prosedyreregler kan gi betydelige kostnader til adminis-

<sup>62</sup> Se NOU 2016: 12 *Ideell oppdrydding* punkt 7.2.9.

trasjon for å sikre at en virksomhet etterlever lover og regler. Forskjeller i administrative byrder kan dermed potensielt være en kilde til konkurransevridning mellom offentlige og private aktører.

Offentlige og private virksomheter står overfor ulike krav til rapportering, lovregler og styringslinjer. For eksempel må virksomhet som organiseres som en del av kommunen, forholde seg til blant annet kommuneloven, forvaltningsloven, offentleglova, lov og forskrift om offentlige anskaffelser og rapportere inntekter og kostnader i henhold til kommunale regnskapsregler. Kommunale virksomheter må også forholde seg til kommunestyret eller bystyret som eier. Private aktører må på sin side for eksempel følge aksjeloven eller selskapsloven, registrere seg i enhetsregisteret, rapportere i henhold til regnskapsloven og forholde seg til styret som øverste ledelse av selskapets forvaltning. I private selskaper vil det også, som del av den ordinære styringen, ofte være interne retningslinjer for anskaffelser med tilsvarende formål som det offentlige anskaffelsesregelverket.

Anskaffelsesregelverket gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer. Lovens formål er at den skal bidra til økt verdiskaping i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling. Regelverket skal også bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Det er likevel hevdet at det er relativt store kostnader ved å etterleve regelverket. Av rapporten «Kostnader, besparelser og effektivisering ved konkurranse» utarbeidet for KS av Rambøll og Inventura i 2014, fremgår det at de samlede transaksjonskostnadene for å gjennomføre anskaffelser i kommunesektoren er om lag 1,3 milliarder kroner årlig, inkludert faste kostnader. Gjennomsnittlig transaksjonskostnad for å gjennomføre en anskaffelse i kommunesektoren er om lag 100 000 kroner. Den nasjonale terskelverdien ble i 2016 økt fra 500 000 kroner til 1,1 million kroner. Det betyr at innkjøp under 1,1 million kroner ikke lenger må kunngjøres og gjennomføres etter detaljerte regler.

#### 3.4.4.5 *Særlige krav fra offentlige eiere til leveranser og produksjonsprosesser*

Privat næringsvirksomhet drives vanligvis etter mål om størst mulig økonomisk overskudd. Det gjelder også i mange tilfeller offentlig eide selskaper. For eksempel har staten kun forretningsmessige

mål med flere av sine eierskap (for eksempel Flytoget AS og Entra Holding AS), eventuelt i kombinasjon med nasjonal forankring av hovedkontorfunksjoner (for eksempel Telenor ASA og Statoil ASA). Tilsvarende kan det også være forretningsmessige mål i flere av de kommunale eierskapene.

Offentlige eiere kan imidlertid også vektlegge andre momenter i sitt eierskap, for eksempel korrigerende for markedssvikt eller ha andre sektorpolitiske mål. Dette kan være mulig så lenge den offentlige virksomheten har en særstilling i markedet, slik som for eksempel Vinmonopolet AS, Norsk Tipping AS og NRK AS.

Hvis offentlige eiere fastsetter andre mål enn størst mulig overskudd for sine kommersielle virksomheter, vil det kunne bli vanskeligere å overleve i konkurransen med andre private aktører som ikke opererer med tilsvarende krav. Slike krav kan både være knyttet til leveranser, det vil si hvordan og i hvilket omfang en tjeneste skal leveres, eller til produksjonsprosessen, det vil si på hvilken måte en tjeneste skal produseres. Eksempelvis vil mål om sysselsetting, særlige miljøkrav, tiltak mot arbeidslivskriminalitet eller lignende kunne påføre virksomheten kostnader som andre aktører i markedet ikke har. I et marked preget av konkurranse vil det da kunne være vanskelig å konkurrere. På sikt kan da de offentlige virksomhetene miste markedsandeler og forsvinne fra markedet.

Private aktører vil velge å levere tjenester på den lønnsomme delen av et tjenesteområde. I enkelte sammenhenger kan de offentlige aktørene på det samme tjenesteområdet imidlertid bli pålagt av den offentlige eieren å levere tjenester også til de ulønnsomme delene av tjenesteområdet. Det reiser spørsmål om den offentlige aktøren har en ulempe i konkurransen med den private. I praksis betyr pålegget at den offentlige eieren benytter deler av overskuddet fra den lønnsomme delen til å finansiere den ulønnsomme virksomheten. Dette har samme virkning som om den offentlige eieren i stedet hadde tatt ut overskuddet som utbytte og bevilget penger til formålet. Dette vil dermed ikke utgjøre en konkurransemessig ulempe for den delen av den offentlige aktørens virksomhet som går med overskudd.

#### 3.4.4.6 *Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård*

*Arbeidsgruppens medlem Reegård* mener at kapitlet er dårlig egnet til å gi fruktbar forståelse av fenomenet «konkurransevilkår» mellom offentlig sek-

tor og marked. Det kan ha sammenheng med det som sies generelt om konkurransens ønskelighet, men kommer særlig til uttrykk i det lille avsnittet om «Administrative byrder» (3.4.4.4).

Her nevnes viktige «byrder» for offentlig sektor, men en rimelig vektning av betydningen mangler. En nuller nærmest ut den mest grunnleggende ved å vise til at markedets aktører «har aksjeloven å slite med». Det underkommuniseres sterkt alle de viktige restriksjoner eller forpliktelser som er særpreget for aktører i stat og kommune. Den viktigste forskjellen er at offentlige enkeltaktører i praksis helt mangler den frihet private aktører har i valg av «marked» og produksjonsområde. Man kan sjelden levere hva man vil og hvor man vil. Man gir i kapitlet en bred problematisering av statsgarantien uten å fremheve at det offentlige har viktig leveringsplikt overfor «alle»; til gode og mindre gode «kunder». Samtidig har man sterke restriksjoner på finansieringsmengde og måte. En mulig oppsummering som vanskelig kan oppveies av skattefordel og konkursimmunitet kan være:

- Begrensning av marked og produksjon; man kan sjelden levere hva man vil, til hvem man vil og hvor man vil; det kanskje aller viktigste for næringsdrivende å kunne spille på
- Leveringsforpliktelse til «ulønnsomme» brukere, jf. diskusjon av konkurs
- Begrensede finansieringsmuligheter, jf. diskusjon av konkurstmulighet
- Strengere innkjøpsreguleringer
- Prosedyreregler som forvaltningslov, klageadgang på rettighetsbaserte ytelser som ikke er vanlig i markedet
- Medieeksponering: offentlighetslov, åpne møter for eierorganene
- Mindre mulighet til å spare gjennom useriøsitet, blant annet som følge av lav organisasjonsgrad i privat tjenesteyting
- Strengere regler mot krysssubsidierting

### 3.5 Oppsummering

Effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at prinsippet om konkurransenøytralitet forfølges i størst mulig grad. Det betyr at ingen aktør skal ha kunstige konkurransefordeler eller -ulempes som kan påvirke konkurransen i markedet.

Kunstige konkurransefordeler og -ulempes kan omfatte unntak fra lover og regler, at enkelte aktører pålegges regulatoriske krav som innebærer høyere kostnader enn konkurrentenes, eller at

enkelte aktører har en fordel som leverandør til det offentlige som ikke er objektivt begrunnet. De kan også oppstå dersom det offentlige utøver sine forvaltningsoppgaver på en måte som innebærer forskjellsbehandling mellom offentlige og private aktører, eller bruker fellesskapets midler på en måte som forskjellsbehandler offentlige og private markedsaktører, herunder at en offentlig markedsaktør stilles overfor et lavere avkastningskrav enn tilsvarende private aktører.

Prinsippet om konkurransenøytralitet legger ikke føringer på hvorvidt offentlige aktører skal delta i markedet. Det har også ligget utenfor arbeidsgruppens mandat å vurdere dette direkte.

Det kan være positive sider ved at offentlige aktører deltar i ulike markeder. Konkurransen fra offentlige aktører kan legge press på private leverandører i markeder preget av monopolistisk konkurranse. Det kan også innebære samfunnsmessige gevinster om offentlige aktører deltar i markedet ved å utnytte ledig restkapasitet og stordriftsfordeler mot kjernevirksomhet.

Å legge til rette for virksom konkurranse bidrar til effektiv bruk av samfunnets ressurser. Dette innebærer at virksomheter som drives med bedre utnyttelse av innsatsfaktorer, bedre ledelse, mer effektiv produksjonsteknologi, større stordriftsfordeler eller bedre kvalitet på tjenestene, vinner frem i konkurransen. Konkurransen på grunnlag som skyldes ulik effektivitet er et viktig aspekt ved effektive markeder. Dette gjelder også når private og offentlige virksomheter konkurrerer.

Analysen i dette kapitlet har vist at en virksomhets konkurransefortrinn også kan stamme fra kilder som ikke kan tilskrives effektivitet. For eksempel kan det generelle skattefritaket for offentlige aktører gi kunstige konkurransemessige fordeler når offentlige virksomheter konkurrerer i markedet med private virksomheter. Det er i tråd med OECDs anbefalinger for å oppnå konkurransenøytralitet at offentlig og privat forretningsvirksomhet behandles skattemessig likt:

«An equal or equivalent treatment of public and private business activities is essential for tax neutrality. Where government businesses are incorporated according to ordinary company law, tax treatment is usually similar or equal to private businesses. However, unincorporated businesses are in a different category. An important additional considera-

tion is whether public business undertakings are provided perverse incentives in the market place motivated by a desire to avoid taxes. One example would be governments purchasing goods and services from themselves purely to avoid taxation.»<sup>63</sup>

Tilsvarende kan konkursimmunitet innebære økonomiske fordeler som kan vri konkurransen. Dette tilsier at den kommersielle virksomheten betaler en garantipremie som representerer den markedsmessige verdien av konkursimmuniteten, i tråd med markedsaktørprinsippet.

Prinsippet om konkurransenøytralitet innebærer at offentlige eiere må opptre slik at virksomheten som konkurrerer i markedet, står overfor markedsmessige avkastningskrav på kapital. Lavere (eller høyere) avkastningskrav enn private investorer gir offentlig virksomhet en urimelig fordel (eller ulempe).

I tillegg må offentlige eiere sikre at offentlige midler ikke tilflyter konkurranseutsatt virksomhet (subsidiert). For å bidra til dette må blant annet virksomheten dekke alle relevante kostnader (herunder alternativkostnader) på innsatsfaktorer som benyttes av den kommersielle virksomheten.

Samfunnsøkonomisk effektivitet og målet om størst mulig verdiskaping tilsier at dynamikken i markedet styres av at selskaper vinner frem fordi de er mer effektive og innovative enn andre, ikke fordi de har kunstige konkurransemessige fordeler.

Etter *arbeidsgruppens medlem Reegård* sitt syn inneholder dette kapitlet mye generell og teoretisk argumentasjon om ønskeligheten av konkurranse. Dermed blir det nokså på siden av mandatet. Det gjelder jo de tross alt beskjedne grenseflatene mellom det offentlige og marked på områder der myndighetene har bestemt i hovedsak offentlig dominans. Teksten er formulert som om mest mulig konkurranse generelt er ønskelig. Det synes å være bred oppslutning i norsk politikk om at for ca. en tredel av økonomien er det motsatt. Det er nettopp grunnlaget for at skole, helse og omsorg er offentlig dominert i tillegg til forvaltnings- og myndighetsoppgaver. I stedet for dette generelle utgangspunktet bør analysen i fortsettelsen rette seg mot å spesifisere utvalgte mer relevante problemområder. Med et mer begrenset område for analysen, vil det være enklere å etablere mer presise vurderinger og konklusjoner. Nå er det blitt altfor generelt og for mye preg av markedslogikk på områder der den ikke så enkelt lar seg anvende.

---

<sup>63</sup> OECD (2012): [Competitive Neutrality. Maintaining a level Playing Field between Public and Private Business.](#)





# 4 EØS-rettslige føringer

I dette kapitlet presenteres reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen, de norske konkurransereglene og artikkel 125 i EØS-avtalen. I avsnittet om reglene om offentlig støtte beskrives markedsaktørprinsippet og krysssubsidieringsproblematikk.

## 4.1 Innledning

Et hovedformål med EØS-avtalen er å sikre norsk næringsliv deltakelse i EUs felles indre marked, med fri bevegelse for varer, tjenester, kapital og personer. For å sikre denne målsettingen er det nedfelt et felles regelverk i EØS-avtalen, med blant annet ensartede konkurranseregler og regler om offentlig støtte til næringsvirksomhet/foretak i hele EØS-området.

EØS-avtalen er folkerettslig bindende for Norge. For at bestemmelsene i EØS-avtalen skal få virkning i norsk intern rett må de gjennomføres nasjonalt. EØS-avtalens hoveddel, herunder reglene om offentlig støtte til næringsvirksomhet, er gjort til norsk lov gjennom EØS-loven.<sup>64</sup>

Forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 innebærer at bestemmelser i lov som gjennomfører Norges EØS-forpliktelser ved eventuell konflikt skal gå foran andre norske lovbestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som gjennomfører Norges EØS-forpliktelser er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.

Formålet med konkurransereglene i EØS-avtalen er å sikre et velfungerende indre marked og like konkurransevilkår for virksomhetene som deltar i markedet, uavhengig av lokalisering. Konkurransereglene inkluderer både generelle regler om konkurranse og regler om offentlig støtte til næringsvirksomhet. I tillegg er det med grunnlag i EØS-avtalens regler om det indre markedet vedtatt regler om offentlige anskaffelser, som i likhet med konkurransereglene har effektiv ressursbruk som

formål i Norge. Disse regelsettene skal sikre like konkurransevilkår på det indre markedet. Konkurranseregler har vært en del av EUs regler helt siden Roma-traktaten.

I dette kapitlet beskrives reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen (4.2), konkurransereglene i Norge og EØS-avtalen (4.3), anskaffelsesregelverket (4.4) og andre relevante bestemmelser (4.5).

## 4.2 Reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen

Formålet med reglene om offentlig støtte er å sikre at markedsaktørene stilles overfor forutsigbare og like konkurranse- og rammevilkår i hele EØS-området. Et felles regelverk om offentlig støtte for hele EØS-området bidrar også til å unngå et subsidieløp mellom EØS-statene.

EØS-avtalen artikkel 61 nedfeller utgangspunktet for reglene om offentlig støtte, og hovedregelen er at offentlig støtte til næringsvirksomhet er forbudt:

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

Selv om hovedregelen er at offentlig støtte ikke er tillatt, er det gitt unntakshjemler fra forbudet i artikkelene 59(2), 61(2) og 61(3) i EØS-avtalen. Dersom vilkårene i disse artikkelene er oppfylt, kan støtten anses som forenlig med det indre markedet. EU har vedtatt en forordning som erklærer at visse typer støtte oppfyller disse vilkårene og derfor er forenlig med det indre markedet (kalt

<sup>64</sup> Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

gruppeunntaksforordningen)<sup>65</sup>. Denne forordningen er tatt inn i EØS-avtalen. I tillegg finnes andre unntak, som reglene om bagatellmessig støtte og støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning.

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) fører tilsyn med at EFTA-statene overholder reglene om offentlig støtte på tilsvarende måte som EU-kommisjonen overfor medlemsstatene i EU. ESAs praksis har derfor sentral betydning for tolkningen av støttereglene. ESAs avgjørelser kan bringes inn for EFTA-domstolen, som avgjør saken med bindende virkning. Det er imidlertid kun ESA som har kompetanse til å vurdere om en støtteordning eller støttetildeling er forenlig med det indre markedet. EFTA-domstolen kan ikke overprøve en slik vurdering, men den kan overprøve begrunnelsen<sup>66</sup>.

For å sikre transparens samt enhetlig og forutsigbar behandling av unntaksreglene om offentlig støtte i EØS-avtalen, har ESA vedtatt retningslinjer om praktiseringen av støttereglene.<sup>67</sup> Retningslinjene bygger på EU-kommisjonens retningslinjer, og er utarbeidet på grunnlag av EU-kommisjonens praksis. ESA vil som hovedregel følge disse ved sine avgjørelser. Skattefritak og garantier er behandlet i flere av ESAs retningslinjer, blant annet i ESAs retningslinjer om støttebegrepet<sup>68</sup> og i særlige retningslinjer om statlige garantier<sup>69</sup>.

#### 4.2.1 Offentlig støtte

Det fremgår av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 61 at det er seks vilkår som alle må være oppfylt for at et tiltak skal defineres som offentlig støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61(1):

1. Støtten må være gitt av statsmidler (offentlige midler).
2. Mottaker av støtten må drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet).
3. Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren.

<sup>65</sup> Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty, inntatt i norsk rett ved forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

<sup>66</sup> EFTA domstolens avgjørelse i sak E-2/94 av 21. mars 1995.

<sup>67</sup> Se oversikt over alle retningslinjene på [ESAs hjemmesider](#).

<sup>68</sup> ESAs retningslinjer om støttebegrepet ([Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61\(1\) of the EEA Agreement](#)).

<sup>69</sup> ESAs retningslinjer om statlige garantier ([Guidelines on State Guarantees](#)).

4. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitet).
5. Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen.
6. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

#### *Støtten må være gitt av statsmidler (offentlige midler)*

Begrepet statsmidler må forstås som offentlige midler. Det skal tolkes vidt, og omfatter utvilsomt støtte gitt av stat og kommuner. Støtte som gis av andre offentlige organer er også omfattet, for eksempel støtte fra Innovasjon Norge og fra Norges Forskningsråd. Begrepet statsmidler kan også omfatte støtte gitt av foretak som er eid, eller kontrollert av offentlige myndigheter. I Norge brukes derfor som regel begrepet offentlige midler i stedet for statsmidler.

#### *Mottaker av støtte må drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet)*

Foretaksbegrepet er ikke legaldefinert i EØS-avtalen, men er utviklet gjennom rettspraksis.<sup>70</sup> Utgangspunktet for å vurdere om det dreier seg om et foretak, er om enheten kan sies å drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Spørsmålet om en enhet driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet er uavhengig av enhetens juridiske status og måten virksomheten finansieres på. Med EØS-rettslig økonomisk aktivitet menes en virksomhet som består i å tilby varer og tjenester i et marked.<sup>71</sup>

#### *Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren*

Fordelsbegrepet tolkes vidt og omfatter i utgangspunktet alle økonomiske fordeler som tildeles et foretak. Det omfatter både subsidier (som tilskudd) og fritak fra økonomiske byrder som normalt belaster virksomheten.<sup>72</sup> Støtte kan også bestå i en statlig garanti, da dette innebærer en konkret risiko for at statens ressurser forbrukes.

Når man skal vurdere om et tiltak gir et foretak en økonomisk fordel er det effekten av tiltaket som er avgjørende. Det må vurderes om tiltaket faktisk innebærer en økonomisk fordel for mottakeren.

<sup>70</sup> Det finnes en definisjon i protokoll 22 art 1 til EØS-avtalen: «... enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art». Se kapittel 5 for omtale av når det foreligger et marked.

<sup>71</sup> Se eksempelvis EU-domstolens dom C-35/96 *Commission v Italy*, avsnitt 36.

<sup>72</sup> Sak C-30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen v High Authority* [1961] ECR 543, ECLI:EU:C:1961:2.

Støttevurderingen er altså uavhengig av støtten form, formål eller støttegivers hensikt. Både støtte i form av direkte tilskudd, og støtte i form av fritak fra økonomiske byrder som normalt belaster virksomhetens budsjett, kan utgjøre en fordel.

***Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet)***

Selektivitetskriteriet innebærer at generelle støtteordninger som er åpne for alle foretak på ikke-diskriminerende, objektive og etterprøvbare vilkår, faller utenfor forbudets virkeområde. Bakgrunnen for dette er at statene selv står fritt til å utforme sin generelle økonomiske politikk. Selv om endrede rammebetingelser i et land kan lede til vridninger av konkurransen mellom virksomheter i ulike land, vil dette ikke rammes av reglene om offentlig støtte.

Selektive tiltak er tilskuddsordninger for enkelt næringer og virksomheter. Også for dette kriteriet ser man på effekten av tiltaket, og ikke formålet. En ordning som fremstår som generell, men som i praksis kun vil komme ett, eller en bestemt gruppe, identifiserbare foretak til gode, er selektiv.

***Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen***

Et støttetiltak anses for å vri eller true med å vri konkurransen dersom det er egnet til å bedre den konkurransemessige stillingen til mottaker i forhold til hans konkurrenter.<sup>73</sup> Generelt sett anses vilkåret å være oppfylt dersom tiltaket gir en økonomisk fordel til foretak i en liberalisert sektor hvor det er, eller kunne ha vært, konkurranse. Det er ikke nødvendig at støtten tillater mottaker å vokse eller vinne markedsandeler. Det er tilstrekkelig at den tillater ham å beholde en sterkere konkurranseposisjon enn han ville hatt uten støtten. Det kreves ikke at konkurransevridningen er betydelig eller merkbar. Det kreves likevel at sannsynligheten for en konkurransevridning som følge av støtten er mer enn bare hypotetisk.

***Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene***

Støtteforbudet gjelder bare dersom støtten påvirker, eller kan påvirke, samhandelen innenfor EØS-området. Dersom støtten kun har virkninger internt i en medlemsstat, eller kun har virkninger for samhandelen med tredjeland, gjelder ikke for-

budet. Dersom støtten gis til et tredjeland, men kan påvirke konkurranseevnen til en konkurrent i et EØS-land, kan forbudet likevel få effekt.

Når det skal tas stilling til om tiltaket påvirker samhandelen, er det ikke nødvendig å definere det relevante markedet eller undersøke tiltakets faktiske påvirkning for støttemottakeren og konkurrentenes stilling. Det er tilstrekkelig å påvise at støtten *kan* påvirke samhandelen innenfor EØS-området.<sup>74</sup>

Tidligere har terskelen vært veldig lav for å anse vilkåret for oppfylt. I 2014 varslet imidlertid EU-kommisjonen en utvikling i praksis ved at det for visse aktiviteter ville bli lagt til grunn at aktivitetene kun har lokal virkning og derfor ikke påvirker samhandelen mellom medlemsstatene. I april 2015 og september 2016 avgjorde EU-kommisjonen henholdsvis syv og fem saker der EU-kommisjonen la til grunn at vilkåret om påvirkning på samhandelen ikke var oppfylt. De tildelte midlene ble derfor ikke ansett som offentlig støtte i disse sakene.<sup>75</sup> Det er imidlertid viktig å være klar over at ingen av disse sakene har blitt vurdert av EU-domstolen.

**4.2.2 Eksisterende støtte**

I brev av 15. desember 2015 har ESA foreløpig konkludert med at det generelle skattefritaket og konkursimmunitet for staten, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan innebære at disse aktørene mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen. ESAs undersøkelsesprosedyre er igangsatt etter reglene for eksisterende støtte.

Definisjonen av eksisterende støtte finnes i avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA-avtalen) protokoll 3, del II artikkel 1 b). Eksisterende støtte er:

<sup>74</sup> ESAs retningslinjer om støttebegrepet, avsnitt 195.

<sup>75</sup> Kommisjonsavgjørelsene i sakene SA.39403 – Netherlands – Investment in the port of Lauwersoog (OJ C 259, 7.8.2015, s. 4); SA.42219, SA.37432 Czech Republic – Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region (OJ C 203, 19.6.2015, s. 2); SA.37904 – Germany – Alleged State aid to medical center in Durmersheim (OJ C 188, 5.6.2015, s. 2); SA.38035 – Germany – Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery (OJ C 188, 5.6.2015, s. 3), N 258/2000 Leisure Pool Dorsten (OJ C 172, 16.6.2001, s. 16); C 10/2003 – Netherlands – Non-profit harbours for recreational crafts (OJ L 34, 6.2.2004, s. 63); SA.37963 – United Kingdom – Alleged State aid to Glenmore Lodge (OJ C 277, 21.8.2015, s. 3); SA.38208 – United Kingdom – Alleged State aid to UK member-owned golf clubs (OJ C 277, 21.8.2015, s. 4); ESAs avgjørelse i sak No 459/12/COL av 5. desember 2012 om støtte til Bømlabadet Bygg AS (OJ C 193, 4.7.2013 og EEA Supplement No 39, 4.7.2013, s. 1).

<sup>73</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnittene 187-189 med videre henvisninger.

- støtteordninger som ESA har godkjent samt enkelttildelinger av støtte innenfor en godkjent ordning
- støtteordninger fra før EØS-avtalens ikrafttredelse og som fremdeles er i bruk<sup>76</sup>
- notifisert støtte som anses godkjent fordi ESA ikke har fattet beslutning innenfor tidsfristen, eller støtte som er foreldet fordi tiårsfristen i ODA protokoll 3, del II artikkel 15 er utløpt
- støtte som ikke falt inn under definisjonen av offentlig støtte i EØS-avtalen artikkel 61 da den ble innført, men som senere må anses som konkurransevridende støtte som påvirker samhandelen, fordi EØS-markedet har utviklet seg

Eksisterende støtteordninger er lovlige inntil ESA eventuelt igangsetter prosedyre for å bringe dem til opphør. Endringer i ordningen kan imidlertid føre til at ordningen blir ansett for å være ny støtte.<sup>77</sup> Endring i eksisterende støtte vil være enhver endring utover endringer av ren formell eller administrativ art.<sup>78</sup> Dersom man ønsker å videreføre ordningen med endringer må den enten notifiseres eller meldes under gruppeunntaksforordningen.

Siden eksisterende støtteordninger er lovlige inntil ESA eventuelt kommer til at de ikke er i tråd med EØS-avtalen, vil det ikke bli aktuelt med tilbakebetaling av utbetalt støtte. Dersom ESA kommer til at en eksisterende støtteordning er i strid med EØS-avtalen, vil ESA etter prosedyren om eksisterende støtte kreve at det gjennomføres tiltak (såkalte formålstjenlige tiltak) som bringer regelverket i overensstemmelse med EØS-avtalen. Eventuelle endringer ESA pålegger Norge å gjennomføre vil bare få konsekvenser fremover i tid.

Arbeidsgruppen har gjennom mandatet ikke blitt bedt om å foreta en vurdering av spørsmålet om tiltakene utgjør ny eller eksisterende støtte. Arbeidsgruppen vil derfor legge ESAs konklusjoner til grunn på dette punktet.<sup>79</sup>

Når det gjelder anvendelse av markedsaktørprinsippet, kommer reglene om eksisterende støtte imidlertid normalt ikke til anvendelse. Dersom en offentlig aktør opptrer i henhold til markedsaktørprinsippet, mottar ikke aktiviteten støtte, og da

kommer heller ikke reglene om offentlig støtte til anvendelse.

### 4.2.3 Markedsaktørprinsippet

Det følger av EØS-avtalen artikkel 125 at avtalen i utgangspunktet er nøytral med hensyn til offentlig og privat eierskap av virksomheter.<sup>80</sup> Dette nøytralitetsprinsippet anerkjenner at medlemsstatene kan ha en blandingsøkonomi, og dermed bestemme størrelsen på offentlig og privat sektor, privatisere eller nasjonalisere foretak samt opprette, eie og drive offentlige foretak. Artikkel 125 innebærer imidlertid også et krav til likebehandling av offentlige og private foretak. Konsekvensen av dette er at når man skal anvende reglene om offentlig støtte, så kan man ikke diskriminere eller begunstige foretak på grunnlag av deres eierskapsform.<sup>81</sup>

Statens rolle som både utøver av offentlig myndighet og markedsaktør, kan likevel by på utfordringer. Dersom staten bruker sin kompetanse som utøver av offentlig myndighet når den konkurrerer med private foretak, oppstår det en risiko for at konkurransen vrir. For at alle markedsaktører skal kunne konkurrere på like vilkår, er det derfor nødvendig å skille mellom statens rolle som utøver av offentlig myndighet og statens rolle som markedsaktør. Dette gjøres gjennom det såkalte markedsaktørprinsippet, som innebærer at det offentlige som markedsaktør må handle på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profittoorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter.<sup>82</sup> Samtidig skal det offentlige se bort fra sosiale, regionale eller sektorformål som er relevante for staten når den utøver offentlig myndighet og er opptatt av allmenne hensyn.

<sup>76</sup> EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994.

<sup>77</sup> Jf. ODA protokoll 3, del II artikkel 1 c).

<sup>78</sup> Se ESAs implementeringsbeslutning 195/04/COL av 14. juli 2004 artikkel 4.1.

<sup>79</sup> ESAs brev til norske myndigheter av 15. desember 2015, se vedlegg 1.

<sup>80</sup> «This Agreement shall in no way prejudice the rules of the Contracting Parties governing the system of property ownership.» Norsk tekst lyder som følger «Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten» (<http://europolov.no/eos-artikkel/eos-avtalen-artikkel-125-alminnelige-og-avsluttende-bestemmelser-eiendomsrett/id-6990>).

<sup>81</sup> Det fremgår også av EØS-avtalen artikkel 59(1) at offentlige foretak er underlagt EØS-avtalens regler, særlig reglene i artikkel 4 og i artikkel 53 til 63 (dvs. konkurranseretts og statsstøtterett).

<sup>82</sup> Tidligere ble markedsaktørprinsippet ofte kalt det markedsøkonomiske investorprinsippet eller privatinvestortest fordi det først ble utviklet i forbindelse med at offentlige myndigheter foretok investeringer. *Markedsaktørprinsippet* er likevel en mer dekkende betegnelse, da denne er egnet til å omfatte alle typer tiltak eller transaksjoner som foretas eller inngås av det offentlige.

I Kippermoen-saken<sup>83</sup> pekte ESA på at kommunens drift av treningssenter uten profittformål ikke var i tråd med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. ESA kom til at Vefsn kommune måtte kreve normal avkastning på investeringene kommunen hadde foretatt i det kommunale treningssenteret. Det samme ble også lagt til grunn i ESA-sakene om henholdsvis norske sykehusapotek<sup>84</sup> og kommunal avfallshåndtering.<sup>85</sup> I sykehusapoteksaken uttalte ESA blant annet:

«[T]he retail activities of public hospital pharmacies should be required to achieve profits comparable to what a private investor would expect from a similar undertaking.»<sup>86</sup>

#### 4.2.3.1 Bakgrunn og innhold

Markedsaktørprinsippet ble fastslått av EU-kommisjonen på 80-tallet. Formålet med prinsippet var å vurdere om statens tiltak eller investeringer innebærer en økonomisk fordel som kunne regnes som offentlig støtte etter traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) artikkel 107(1), som tilsvarende EØS-avtalen artikkel 61(1).<sup>87</sup> EU-domstolen godkjente markedsaktørprinsippet i 1986.<sup>88</sup>

Markedsaktørprinsippet bygger på EØS-avtalen artikkel 125 om eiendomsretten og støtteforbudet i artikkel 61(1). Når det offentlige som markedsaktør handler på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profittorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter i markedet, inngår staten en vanlig markedstran-

saksjon. Det aktuelle foretaket mottar da ikke en økonomisk fordel det ikke ville ha oppnådd under normale markedsforhold. Siden mottakelsen av en økonomisk fordel er ett av seks kumulative vilkår for støttebegrepet etter EØS-avtalen artikkel 61(1), vil ikke tiltaket kvalifiseres som offentlig støtte.

Markedsaktørprinsippet gjør det altså mulig for staten å opptre i markedet, for eksempel ved å tilby varer og tjenester mot betaling, uten å vri konkurransen. Alle markedsaktører får konkurrere på like vilkår når statens opptreden tilsvarende opptreden til en sammenlignbar, rasjonell og profittorientert privat aktør.<sup>89</sup> Det er viktig å understreke at man ikke sammenligner staten med en hypotetisk privat markedsaktør, men statens konkrete investering eller tiltak med en tilsvarende investering eller tiltak til en privat markedsaktør. Staten som sådan er ikke sammenlignbar med en privat markedsaktør. Dette er først og fremst på grunn av statens unike kompetanser, som utøvelse av offentlig myndighet, og tilgang til (teoretisk) ubegrensete ressurser gjennom skatteinnkreving.<sup>90</sup>

Innenfor regelverket om offentlig støtte kan man, noe forenklet, si at det offentlige kan opptre i to ulike roller. For det første kan det offentlige opptre som offentlig myndighet som søker å ivareta ulike samfunnshensyn, for eksempel ved å tilby visse tjenester til befolkningen eller ved å gi offentlig støtte til bestemte formål. For det andre kan det offentlige opptre som en aktør i markedet, for eksempel ved å tilby tjenester mot betaling på linje med private. Dersom det offentlige opptrer i markedet, krever reglene om offentlig støtte at markedsaktørprinsippet følges. Dette innebærer at offentlig virksomhet i markedet i utgangspunktet skal være underlagt de samme kravene til avkastning fra eier som tilsvarende privat virksomhet, og at det offentlige ikke kan gi sin markedsrettede virksomhet fordeler som er omfattet av reglene om offentlig støtte.

For at markedsaktørprinsippet effektivt skal kunne skille mellom statens to roller, må man skille mellom pliktene som staten må påta seg som markedsaktør og pliktene staten påtar seg som utøver av offentlig myndighet.<sup>91</sup> Private investorers primære

<sup>83</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 174/13/COL of 30 April 2013 to close the case concerning state aid granted to finance the fitness centre at Kippermoen Leisure Centre.

<sup>84</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

<sup>85</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.

<sup>86</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 469/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway, avsnitt 131.

<sup>87</sup> Se Equity Holding Communication: Application of Articles 92 and 93 [now 87 and 88] of the EEC Treaty to public authorities' holdings. I 1993 oppdaterte EU-kommisjonen retningslinjene om markedsaktørprinsippet i Communication on public undertakings: Commission Communication to the Member States: Application of Articles 92 and 93 [now 87 and 88] of the EEC Treaty and of Article 5 of the Commission Directive 80/723/EEC to public undertakings in the manufacturing sector. Disse ble senere erstattet med Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

<sup>88</sup> Sak C-234/84 Belgium v Commission (Meura) [1986] ECR 2263, ECLI:EU:C:1986:302; sak C-40/85 Belgium v Commission (Boch II) [1986] ECR 2321, ECLI:EU:C:1986:305.

<sup>89</sup> Se forente saker T-228/99 og T-233/99 Westdeutsche Landesbank, ECLI:EU:T:2003:57 avsnitt 272.

<sup>90</sup> Commission notice pursuant to Article 93(2) of the EC Treaty to other Member States and other parties concerned regarding aid which Italy has decided to grant to EFIM, C38/92.

<sup>91</sup> Forente saker C-278/92 til C-280/92 Spain v Commission (Hytasa) [1994] ECR I-4103, ECLI:EU:C:1994:325, avsnittene 21-22.

formål er å oppnå markedsmessig avkastning. Når man opptrer i henhold til markedsaktørprinsippet skal man derfor vurdere om en privat aktør under de samme omstendighetene ville foretatt en tilsvarende investering med sikte på å oppnå markedsmessig avkastning. Det offentlige tiltak må være begrunnet ut fra et ønske om fortjeneste, enten ved å maksimere profitt, eller ved å minimere kostnader eller tap. Det siste kan oppnås for eksempel ved å reforhandle nedbetaling av gjeld eller investere i ny teknologi for å redusere produksjonskostnader.<sup>92</sup>

Staten er imidlertid ikke forpliktet til å investere på den mest lønnsomme måten som er tilgjengelig på markedet.<sup>93</sup> Staten står fritt til å velge måten den vil investere på, men for å handle i samsvar med markedsaktørprinsippet, må den aktuelle investeringen kunne regnes som lønnsom nok til at en privat markedsaktør ville være villig til å investere sin kapital.

Staten trenger heller ikke være profitorientert i et kort perspektiv, men kan «*pursue a structural policy*» over et lengre tidsrom.<sup>94</sup> Et offentlig morselskap kan for eksempel handle ut fra et ønske om å beskytte sitt omdømme, og derfor redde sitt datterselskap som er i økonomiske vanskeligheter.<sup>95</sup> Et slikt tiltak kan etter omstendighetene begrunnes ut fra markedsaktørprinsippet dersom datterselskapets konkurs ville innebære risiko for tap for hele konsernet. Det må likevel dokumenteres at det eventuelle tapet ville vært større enn verdien på redningspakken, slik at tiltaket er begrunnet ut fra minimering av kostnader.<sup>96</sup> Dersom det ikke er utsikter til profitt eller lønnsomhet, etterlever man ikke markedsaktørprinsippet.

<sup>92</sup> Se for eksempel sak T-98/00 Linde v Commission [2002] ECR II-3961, ECLI:EU:T:2002:248.

<sup>93</sup> Sak T-163/05 Bundesverband deutscher Banken v Commission (Helaba I) [2010] ECR II-387, ECLI:EU:T:2011:638.

<sup>94</sup> Sak C-42/93 Spain v Commission (Merco) [1994] ECR I-4175, ECLI:EU:C:1994:326, avsnitt 14; sak T-296/97 Alitalia v Commission [2000] ECR II-3871, ECLI:EU:T:2000:289, avsnitt 96; sak T-234/95 DSG v Commission [2000] ECR II-2603, ECLI:EU:T:2000:174, avsnitt 121; sak T-152/99 HANSA [2002] ECR II-3049, ECLI:EU:T:2002:188, avsnitt 126.

<sup>95</sup> Sammenlign med 2009/611/EC: Kommisjonsbeslutning 8.7.2008 i sak C58/02 om Frankrikes støtte til Société Nationale Maritime Corse-Méditerranée (SNM), OJ L 225, 27.8.2009, s. 180-237, Kommisjonsbeslutning 28.8.2009 i sak C6/09 – Østerrikes restruktureringsplan for Austrian, OJ L 59, 9.3.2010, ss. 1-38.

<sup>96</sup> Se 2011/452/EU: Kommisjonsbeslutning 23.2.2011 i sak C48/08 om gresk støtte til Ellinikos Xrysos SA, OJ L 193, 23.7.2011, ss. 27-47, fortalens punkt 42.

Det følger således av rettspraksis at det er et absolutt krav at investeringen må ha et økonomisk formål. Men betyr dette også at det er forbudt for staten å ta hensyn til ikke-økonomiske formål som for eksempel sosiale, regionale eller sektorpolitiske? I Meura-dommen var EU-domstolen tydelig på staten skal se bort fra sosiale, regionale eller sektorpolitiske formål når den ønsker å opptre som markedsaktør.<sup>97</sup> Statens tiltak kan bidra til ikke-økonomiske formål, men disse er helt irrelevante når man skal vurdere om tiltaket er i henhold til markedsaktørprinsippet. Der staten ønsker å ivareta slike formål vil det være relevant å vurdere tiltaket opp mot reglene om tjenester av allmenn økonomisk betydning, enten etter Altmark-kriteriene eller etter reglene om forenlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 59(2). Se nærmere om dette i punkt 4.3.8.

Når staten opptrer som markedsaktør kan den derfor ikke begrunne tiltaket med formål som er relevante for utøvelsen av offentlig myndighet, for eksempel økte skatteinntekter, sysselsettingspolitikk, regional utvikling eller miljøpolitiske formål. Slike formål kan tillegges vekt dersom tiltaket er offentlig støtte, og det skal vurderes om denne støtten er forenlig med EØS-avtalen.

Selv om markedsaktørprinsippet anvendes på stadig flere tiltak, er dets anvendelsesområde ikke ubegrenset.<sup>98</sup> Som EU-domstolen tydeliggjorde i Ryanair-dommen, skal man ikke anvende markedsaktørprinsippet når staten utøver offentlig myndighet.<sup>99</sup> Spørsmålet om anvendbarheten til markedsaktørprinsippet besvares ved å ta stilling til om en privat markedsaktør kunne ha gjort det samme med tanke på at private markedsaktører handler ut fra et økonomisk formål.<sup>100</sup> Hvis svaret er ja, skal markedsaktørprinsippet anvendes.

Mens det er åpenbart at en privat aktør kan delta i en kapitalutvidelse i et eksisterende foretak, gi lån, stille garanti, selge eller kjøpe varer, tjenester eller eiendom, er det normalt ikke aktuelt for en

<sup>97</sup> Sak C-234/84 Belgium v Commission (Meura) [1986] ECR 2263, ECLI:EU:C:1986:302.

<sup>98</sup> Her kan man nevne de "banebrytende dommene" EDF (Sak C-124/10 P Commission v Électricité de France (EDF) [2012] ECR n.y.r, ECLI:EU:C:2012:318), sak C-288/11 P (Leipzig/Halle) [2012], ECLI:EU:C:2012:821 og forenede saker T-29/10 og T-33/10 (ING) [2012, ECLI:EU:T:2012:98].

<sup>99</sup> Sak T-196/04 Ryanair v Commission [2008] ECR II-3643, ECLI:EU:T:2008:585, avsnitt 85.

<sup>100</sup> Dette følger av sak T-156/04 Electricité de France v Commission (EDF) [2009] ECR II-4503, ECLI:EU:T:2009:505, avsnittene 229-258.



slik markedsaktør å stille en ubegrenset garanti.<sup>101</sup> Private aktører har normalt ikke tilgang til ubegrensede ressurser, og vil derfor ikke finne det økonomisk forsvarlig å stille en ubegrenset garanti. Det finnes dog selskapsformer der eierne hefter ubegrenset for virksomhetens forpliktelser med det de eier. Private eiere vil sjelden ha like store ressurser som det offentlige.

For å kunne vurdere om et skattetiltak er i tråd med markedsaktørprinsippet må den aktuelle summen allerede være beregnet eller fastsatt, som for eksempel ved ettergivelse av skattegjeld. I EDF-dommen<sup>102</sup> fastslo EU-domstolen at EU-kommisjonen skulle ha anvendt markedsaktørprinsippet fordi saken gjaldt skattegjeld som EDF ikke betalte. I tillegg var den franske staten den eneste eieren til EDF, og dette tydet på at staten kunne ha opptrådt som eieren til EDF, og ikke skattemyndighet. Ifølge den franske staten var statens avkall på skattegjelden i realiteten et kapitalinnskudd, altså et tiltak som en privat eier klart kan gjøre. Det følger av dommen at hvis et foretak gis en skattelette eller skattefritak for skatteplikt som vil bli aktuell i fremtiden, det vil si at den aktuelle summen er avhengig av fremtidige faktorer, som for eksempel det skattemessige overskuddet som fremgår av næringsoppgaven, er det utelukket å anvende markedsaktørprinsippet.

Et spørsmål om anvendbarhet som i det siste er blitt aktuelt, er om det er mulig å investere i et selskap på markedsaktørvilkår dersom dette selskapet tidligere har mottatt offentlig støtte. Dette er ofte interessant der et offentlig morselskap tidligere har gitt støtte til et datterselskap, og så senere ønsker å foreta markedsbaserte investeringer i det samme datterselskapet. Som EU-domstolen fastslo i BP Chemicals-dommen, «*the mere fact that a public undertaking has already made capital injections into a subsidiary which are classed as 'aid' does not automatically mean that a further capital injection cannot be classed as an investment which satisfies the private market economy investor test*».<sup>103</sup> For å anvende markedsaktørprinsippet til den nye investeringen, må det likevel være mulig å skille denne fra offentlig støtte som ble tildelt i fortid. Dette er avhengig av følgende:

- (1) rekkefølgen på kapitaltilførslene,
- (2) kapitaltilførslenes formål, og
- (3) datterselskapets situasjon på de tidspunktet beslutningene om kapitaltilførsler ble fattet.

#### 4.2.3.2 Anvendelse av markedsaktørprinsippet

I anvendelsen av markedsaktørprinsippet skal man alltid basere seg på en forhåndsvurdering av tiltaket eller investeringen.<sup>104</sup> Staten må altså vurdere tiltaket før man gjennomfører det. Vurderinger av tiltaket i etterkant, er irrelevante for markedsaktørprinsippet. Dette gjelder både det offentlige<sup>105</sup>, og ESA som undersøker om tiltaket eller investeringen innebar offentlig støtte.<sup>106</sup> Det betyr at det avgjørende er hvilken avkastning det offentlige med rimelighet kunne forvente da tiltaket ble iverksatt, basert på de faktiske omstendighetene som forelå på dette tidspunktet. Dersom investeringen i ettertid viser seg å gi for lav avkastning eller ingen avkastning, vil dette være uten betydning.

En investering som i ettertid viser seg å være mislykket kan ikke regnes som offentlig støtte så lenge den på investeringspunktet fremsto som lønnsom. Ikke alle investeringer som er foretatt av private markedsaktører gir forventet fortjeneste. Det eksisterer alltid ulike eksterne faktorer som kan påvirke investeringsresultatet uten at investoren kunne ha forutsatt disse. Et eksempel kan være finanskrisen som rammet USA og Europa i 2007/2008. Det offentlige må likevel kunne dokumentere de foretatte risikovurderingene.

Det er ulike metoder for å anvende markedsaktørprinsippet, avhengig av hva slags transaksjon det offentlige skal gjennomføre. For å bygge en modell av en rasjonell og profitorientert privat investor, eier, kjøper, selger, kreditor, långiver, garantist eller leverandør som er mest mulig lik staten i en gitt situasjon, er det anbefalt å først avgjøre hvilken type transaksjon staten vurderer å gjennomføre. Dette gjør det mulig å velge den mest korrekte underkategorien av markedsaktørprinsippet, som for eksempel privatinvestortest eller privatgarantisttest. Selv om alle underkategoriene følger like regler under markedsaktørprinsippet, spesielt kra-

<sup>101</sup> Forenede saker C-214/12 P, C-215/12 P og C-223/12 P Land Burgenland v Commission [2013], ECLI:EU:C:2013:682.

<sup>102</sup> Sak C-124/10 P Commission v Électricité de France (EDF) [2012], ECLI:EU:C:2012:318.

<sup>103</sup> Sak T-11/95 BP Chemicals [1998], ECLI:EU:T:1998:199, avsnittene 170-171.

<sup>104</sup> Sak C-482/99 Stardust Marine [2002] ECR I-4397, ECLI:EU:C:2002:294, avsnitt 71.

<sup>105</sup> Sak C-124/10 P Commission v Électricité de France (EDF) [2012] ECR n.y.r, ECLI:EU:C:2012:318, avsnittene 82-85.

<sup>106</sup> Sak T-16/96 Cityflyer Express [1998] ECR II-757, ECLI:EU:T:1998:78, avsnitt 76.

vet om å være profitorientert, er forretningsstrategien til en investor annerledes enn forretningsstrategien til en kreditor eller garantist. Hvis staten er involvert i en omfattende og kompleks transaksjon eller tiltak, er det mest riktig å vise til markedsaktørtesten.<sup>107</sup>

#### 4.2.3.3 Ulike underkategorier av markedsaktørprinsippet

Markedsaktørprinsippet er et begrep som omfatter alle typer tiltak eller transaksjoner som foretas eller inngås av staten (det offentlige). Anvendelsen av markedsaktørprinsippet krever alltid at staten opptrer som en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter. Det er likevel slik at hensiktene og forretningsstrategien til en investor er forskjellige fra hensiktene og forretningsstrategien til en kreditor eller selger. En privat investor handler ut fra et ønske om å maksimere overskudd/fortjeneste innen en gitt tidsperiode, mens en privat kreditor vil forsøke å redusere kostnader eller tap, for eksempel ved å reforhandle gjeldsnedbetaling. Begge har et økonomisk formål, det vil si skape profitt, men de vil handle på ulike måter og ta hensyn til ulike faktorer og omstendigheter for å oppnå dette formålet.

For å synliggjøre de forskjellige hensynene og forretningsstrategiene til ulike private markedsaktører, og dermed gjøre anvendelsen til markedsaktørprinsippet enklere, har man identifisert en rekke underkategorier av markedsaktørprinsippet. På bakgrunn av praksis fra EU-domstolen og EU-kommisjonen har man foreløpig identifisert en test av en privat investor, eier, kreditor, garantist, långiver, låntager, selger, innkjøper, leverandør og gjenforsikringsskriver. Navnet på underkategorier gjenspeiler hvilken type tiltak eller transaksjon som ble inngått av staten, mens alle følger logikken bak markedsaktørprinsippet. Kjennetegn ved de ovennevnte underkategoriene gjennomgås senere i teksten.

Det er verdt å nevne at det ikke er utelukket at man i fremtiden vil identifisere flere underkategorier av markedsaktørprinsippet. Skillet mellom den offentlige og den private sektoren blir stadig mer utydelig. Staten, i sin rolle som markedsaktør, engasjerer seg sterkere i markedet mens det private overtar og utfører flere oppgaver som tid-

ligere var utført av staten. Dette er et resultat av blant annet liberalisering, det vil si åpning av markedet for mer konkurranse. Alle potensielle nye underkategorier av markedsaktørprinsippet skal likevel følge logikken til en rasjonell, profitorientert privat markedsaktør.

Hvis statens tiltak består av flere transaksjoner, er det mest praktisk å vise til underkategorien «market economy operator», også kjent som «private market player test».<sup>108</sup> Navnet på underkategorien endrer ikke innholdet i markedsaktørprinsippet, men understreker at statens rolle som markedsaktør enten er nokså komplisert fordi den omfatter flere ulike tiltak, eller at statens tiltak er atypisk for privat sektor.

I noen tilfeller kan ikke staten sammenlignes med en privat entreprenør som opptrer som investor eller kreditor. I en avgjørelse fra 2002 vurderte EU-kommisjonen støtte som et statlig foretak, Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen (LEG Thüringen), ga til foretak i den tyske delstaten Thüringen.<sup>109</sup> LEG Thüringen ble opprettet med formål om å bistå i rehabiliteringen og utviklingen av industrielle områder i delstaten. Over 40 år med planøkonomi førte til store ødeleggelser av fast eiendom samt miljøskader. I den forbindelse opptrådte LEG Thüringen både som innkjøper, forvalter, utleier og selger av fast eiendom overfor foretak som kjøpte eller leide ut den renoverte eiendommen fra staten.

Ett tilfelle hvor statens tiltak er atypisk for privat sektor, og derfor krever anvendelsen av «market economy operator», er krysssubsidierting.<sup>110</sup> I Chronopost-saken måtte EU-domstolen ta stilling til hvordan man skulle fastsette riktig pris for tjenester som det franske postvesenet (en monopolbedrift) ytet til et kommersielt datterselskap. Det fantes ikke noe regulært marked for de aktuelle infrastrukturtenestene. Riktig pris måtte derfor fastsettes slik at den dekket de variable merkostnadene ved å tilby tjenesten, en passende andel av de faste kostnadene samt en rimelig fortje-

<sup>107</sup> Sak 2003/162/EC: EU kommisjonsavgjørelse 9.4.2002 om tysk støtte til industrivirksomheter i Thuringia gjennom Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen.

<sup>108</sup> I tysk litteratur viser man også til «der Company Group Test», se Christoph Arhold, *Der Tatbestand der Beihilfe* [i:] Frank Montag og Franz Jürgen Säcker (eds.) *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, ss. 106-156, og 171-208, s. 146.

<sup>109</sup> 2003/162/EC: EU kommisjonsavgjørelse 9.4.2002 om tysk støtte til industrivirksomheter i Thuringia gjennom Landesentwicklungsgesellschaft Thüringen, OJ L 66, 11.3.2003, ss. 36-40, innledningspunktene 24-26.

<sup>110</sup> Om krysssubsidierting se punkt 4.2.4

neste på investeringen som allerede var gjort i infrastrukturen. Fordi det var snakk om en unik infrastruktur som ikke kunne bygges av en privat aktør kunne man ikke sammenligne statens tiltak med et tiltak til et privat holdingsselskap som bisto sitt datterselskap. Postinfrastruktur er unik fordi den er bygd og drevet av staten med formål om å levere tjenester av allmenn økonomisk betydning.

#### 4.2.3.4 Kort om kjennetegn på forskjellige underkategorier

##### Staten som investor

Markedsaktørprinsippet ble først utviklet for å håndtere offentlige myndigheters investeringer. Det er hovedsakelig to metoder som anvendes: det såkalte pari-passu-prinsippet, om investeringer på like fort med en privat aktør, og benchmarking.

Pari-passu-prinsippet innebærer at det offentlige foretar sin investering sammen med en privat aktør. Pari-passu betyr på like fot. Det betyr at den offentlige og private investoren foretar investeringen på like vilkår, men de trenger ikke ha en like stor andel av investeringen.

Pari-passu-prinsippet forutsetter at det faktisk finnes en reell privat investor som investerer sammen med staten, slik at man kan sammenligne dennes investering med statens. Visse vilkår må likevel være oppfylt. Dersom det finnes en reell privat investor som foretar den samme investeringen, må man først undersøke om vedkommende er en reell «benchmark» (målestokk). Dette innebærer at den private investorens beslutning om å investere ikke må være påvirket av statens beslutning.<sup>111</sup>

Dersom dette er tilfellet, kan man vurdere om investeringen oppfyller følgende vilkår:

(1) den privates deltakelse må ha en reell økonomisk betydning,<sup>112</sup>

(2) begge må investere på identiske vilkår i forhold til sin eierandel (deltakelsen skal være proporsjonal). Her vurderer man blant annet fortjeneste, risiko, kjøp til samme pris eller like forpliktelser,

(3) investeringen må skje samtidig,

(4) både det offentlige og det private må ha et sammenlignbart utgangspunkt for investeringen. Her tar man hensyn til blant annet tidligere økonomisk engasjement i investeringen, mulige synergieffekter som kan oppnås eller i hvor stor grad begge investorene har sammenlignbare transaksjonskostnader.<sup>113</sup>

I noen tilfeller kan det forekomme endringer i avtalen om felles investering mellom det offentlige og det private. Hvis den opprinnelige avtalen ikke innebar offentlig støtte fordi *pari-passu*-prinsippet under markedsaktørprinsippet var oppfylt, må de aktuelle endringene ikke bidra til å endre balansen mellom partene. For eksempel kan ikke det offentlige påta seg en større risiko for investeringen uten at dette blir kompensert eller gi avkall på inntjening eller utbytte som en markedsaktør ville forventet.<sup>114</sup>

Investering eller tiltak som kan vurderes i lys av *pari-passu*-prinsippet er et sjeldent scenario. Hvis det ikke finnes en reell privat investor som foretar den samme investeringen, må man basere seg på en hypotetisk «benchmark» eller bruke andre evalueringsmetoder.

Det avgjørende i oppføringen av den best mulige modellen av en hypotetisk, sammenlignbar privat aktør, er å ta hensyn til alle omstendigheter og kjennetegn som er relevante for den aktuelle investeringen. Disse er knyttet til:

(1) støttegiveren som for eksempel dens størrelse og forretningsstrategi,

(2) mottakeren som for eksempel dens størrelse, resultatregnskap, finansielle nøkkeltall, forretningsstrategi, gjeldsstruktur, kvaliteten på styret, utsikter for fremtiden og restruktureringsplan i tilfelle den må utarbeides,

(3) relasjonen mellom støttegiveren og mottakeren. Spørsmålet er om dette er «first-time investment», det vil si at det ikke finnes tidligere for-

<sup>111</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Geelhoed in Joined cases C-328/99 and C-399/00 SIM 2 Multimedia (Seleco) [2003] ECR I-4035, ECLI:EU:C:2001:492, avsnittene 53-54.

<sup>112</sup> Se 2008/729/EC: Kommisjonsavgjørelse 11.12.2007 i sak C53/06 om Amsterdam bys investering i fibre-to-the-home (FTTH) network, OJ L 247, 16.9.2008, ss. 27-49, punktene 99-100.

<sup>113</sup> Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, s. 1-50, avsnittene 86-88.

<sup>114</sup> Sak 2013/247/EU: Kommisjonsavgjørelse 23.1.2013 i sak SA.24123 (2012/C) om påstått salg av eiendom under markedspris i kommunen i of Leidschendam-Voorburg, OJ L 148, 1.6.2013, ss. 52-66. Denne saken gjaldt offentlig-privat samarbeid (Public Private Partnership).

bindelser eller relasjon mellom støttegiveren og mottakeren av type morselskap-datterselskap, om saken gjelder minoritetseier eller majoritetseier, om morselskap vil dekke tap til datterselskap som er i startfasen eller om morselskap forsøker å redde foretaksgruppens omdømme og derfor tilbyr datterselskapet en redningspakke;

(4) selve investeringen, som for eksempel dens form, størrelse og risikoer,

(5) markedet og andre omstendigheter, som for eksempel i hvilken sektor staten skal investere, om denne kjennetegnes av overkapasitet, hvor innovativ den aktuelle sektoren er, hvor stor er konkurransen, hva er risikoer for investeringer og hvordan fremtidsutsiktene er for investorer.

Når det gjelder bruken av andre evalueringsmetoder under markedsaktørprinsippet, må de være allment godkjente og gjøre det mulig å ta hensyn til alle omstendigheter som er relevante for den aktuelle investeringen, spesielt risikoen og den forventede avkastningen. Evalueringsmetoden må være basert på tilgjengelig, objektiv og etterprøvable informasjon som er tilstrekkelig for å analysere investeringen på det tidspunktet da den ble gjort. Om investeringen skal evalueres ved å bruke flere evalueringsmetoder for å bekrefte resultatet eller om man skal verifisere forskjellige forretnings-scenarier, er avhengig av investeringens verdi og kompleksitet.<sup>115</sup>

For å vurdere om det offentlige med rimelighet kunne forvente en normal avkastning innen rimelig tid, og dermed har handlet i tråd med markedsaktørprinsippet, anbefaler EU-kommisjonen å bruke internrente (internal rate of return, IRR) eller nåverdimetoden (net present value, NPV).

### Staten som kreditor

Kreditor testen var den første underkategorien som ble skilt ut da EU-domstolen fremhevet og forklarte forskjellen mellom opptreden til en investor og en kreditor.<sup>116</sup> Mens en investor vil handle ut fra et ønske om å maksimere fortjeneste innen en viss tidsperiode, vil en kreditor forsøke å redusere kostnader eller tap. Som oftest vil en kreditor prøve å få tilbakebetalt (mest mulig av) gjeld (med

<sup>115</sup> Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, s. 1–50, avsnittene 101–105.

<sup>116</sup> Se sak C-342/96 Spain v Commission (Tubacex) [1999] ECR I-2459, ECLI:EU:C:1999:210.

renter) fra debitor. En kreditor kan også forsøke å redusere sine kostnader, for eksempel ved å investere i en ny produksjonsteknologi.<sup>117</sup> Statlige tiltak som kan kreve anvendelse av kreditor testen er for eksempel fritak fra skatt eller avgift, reforhandling av tilbakebetalingsvilkår, utsettelse av nedbetaling etter frist eller avkall på renter eller deler av gjeld. I denne sammenheng er det viktig å understreke at den omstendighet at debitor betaler renter ikke utelukker offentlig støtte. Rentene betalt til staten må være på et markedsmessig nivå.<sup>118</sup>

Under anvendelsen av kreditor testen må man først avklare om det finnes private kreditorer. Hvis svaret er ja, kan det være aktuelt å anvende *pari-passu*-prinsippet.<sup>119</sup> Det må likevel understrekes at anvendelsen av kreditor testen byr på en vesentlig utfordring som følge av statens eventuelle posisjon som en privilegert kreditor. De aller fleste saker hvor kreditor testen anvendes gjelder ubetalte skatter eller avgifter. Spørsmålet om det er økonomisk rasjonelt for staten å utsette nedbetaling av skattegjeld eller reforhandle nedbetalingsvilkår må besvares ved å sammenligne statens tiltak med tiltak fra en hypotetisk privilegert privat kreditor, ikke en «vanlig» (uprivilegert) kreditor.<sup>120</sup>

Hovedprinsippet ved anvendelsen av kreditor testen er at staten, i likhet med private, kreditorer skal kreve å få tilbakebetalt gjeld (med renter). Det vil si pengebeløpet som står ubetalt til enhver tid og som skyldneren (debitor) har en rettslig forpliktelse til å gjøre opp. Staten kan utsette nedbetaling av gjeld, reforhandle nedbetalingsvilkår eller til og med gi avkall på den aktuelle gjelden hvis en sammenlignbar, rasjonell, profitorientert privat kreditor ville ha gjort det samme under liknende omstendigheter.<sup>121</sup>

Kreditor testen krever at staten skal opptre som en «*prudent*» og «*diligent*» kreditor. Generaladvokaten Poires Maduro forklarte i sin uttalelse fra 2004 at «*[t]he diligent private creditor in a market econ-*

<sup>117</sup> Se sak T-98/00 Linde v Commission [2002] ECR II-3961, ECLI:EU:T:2002:248.

<sup>118</sup> Se sak C-256/97 DMT [1999] ECR I-3913, ECLI:EU:C:1999:332, avsnitt 21.

<sup>119</sup> Se sak T-152/99 HANSA [2002] ECR II-3049, ECLI:EU:T:2002:188, avsnitt 166.

<sup>120</sup> 2006/937/EC: EU Kommisjonsavgjørelse 5.7.2005 sak C20/04 (ex NN25/04) til fordel for Huta Czlstochowa SA, OJ L 366, 21.12.2006, ss. 1-31.

<sup>121</sup> Se sak C-256/97 DMT [1999] ECR I-3913, ECLI:EU:C:1999:332, avsnitt 25; sak T-46/97 SIC v Commission [2000] ECR II-2125, ECLI:EU:T:2000:123, avsnitt 99.

omy' is an efficient economic operator, capable of discerning and using the most appropriate means of achieving a certain result, which is the recovery of its debts». <sup>122</sup> Staten kan derfor ikke vente passivt mens den aktuelle gjelden øker. <sup>123</sup> Statens opptreden er heller ikke «diligent» hvis den forholder seg passiv i en lengre periode, for så å kreve tilbakebetaling først når sannsynligheten for å få tilbakebetalt gjelden ble usannsynlig eller ikke-eksisterende. <sup>124</sup> Hvis statens handlinger er ineffektive i forsøket på å få tilbakebetalt gjelden, er det heller ikke snakk om «diligence». <sup>125</sup>

Selv om det ikke kan kreves at staten treffer alle tilgjengelige tiltak for å få tilbakebetalt gjelden, må staten velge en fremgangsmåte som en rasjonell og profittorientert privat kreditor ville ha valgt, det vil si tiltaket som er mest optimalt med tanke på å få tilbakebetalt mest mulig av den aktuelle gjelden. <sup>126</sup> Her må man understreke at antatte, eller tilsynelatende administrative eller praktiske, vanskeligheter ikke kan begrunne et brudd på EØS-avtalens regler, inkludert reglene om offentlig støtte. <sup>127</sup>

At staten skal opptre som en «diligent» kreditor betyr likevel ikke at staten skal begjære debitoren slått konkurs så snart han ikke kan nedbetale gjelden. En rasjonell og profittorientert kreditor vurderer om sannsynligheten for å få tilbakebetalt gjelden er større hvis debitor får lov til å fortsette sin virksomhet og slik bli lønnsom igjen. <sup>128</sup> Staten kan være nødt til å velge mellom debitors konkurs, og dermed en rask nedbetaling av bare en del av gjelden, og en senere nedbetaling av hele beløpet. I den forbindelse kan statens posisjon som privilegert kreditor være avgjørende. Det kan bli vanskelig å bevise at utsettelsen av nedbetaling eller

reforhandling av nedbetalingsvilkår er i tråd med kreditor testen hvis statens krav uansett er beskyttet. Utsettelsen av nedbetaling kan også påvirke verdien av gjelden, som er en viktig faktor man må ta hensyn til.

I vurderingen av om debitor kan bli lønnsom igjen, er kvaliteten på debitorens restruktureringsplan en av de avgjørende faktorene. Tid er en annen betydningsfull faktor. Dersom staten vurderer å forhandle nedbetalingsvilkår eller utsette nedbetaling av gjeld, er det viktig å fastsette hvor fort debitoren kan bli lønnsom igjen. Hvis staten vurderer konkurs, er det vesentlig å ta hensyn til spørsmålet om hvor tid- og ressurskrevende det kan være å gjennomføre hele prosessen. <sup>129</sup>

### Staten som garantist

Garantitesten anvendes for å vurdere om en statlig garanti er gitt på markedsmessige vilkår. Spørsmålet er om staten opptrådte som en privat og profittorientert garantist ville ha opptrådt under liknende omstendigheter da den overtok hele eller deler av långiverens risiko ved å stille en statlig garanti. Garantitesten er regulert i ESAs retningslinjer av 2008, hvor ulike typer garantier er analysert i lys av markedsaktørprinsippet og kompatibilitetsvilkår. <sup>130</sup> Retningslinjene understreker at garantien eksisterer allerede fra det tidspunktet den er stilt, ikke først fra når man påberoper seg garantien eller utbetaler. <sup>131</sup> Dette er fordi garantien forbedrer låntagerens posisjon. Låntageren kan derfor oppta et lån til lavere renter eller med mindre sikkerhet enn uten garantien. I noen tilfeller er en statlig garanti avgjørende for å få et lån.

Statlige garantier er en spesiell type tiltak som kan utgjøre offentlig støtte. Dette er fordi de skaper en relasjon mellom tre aktører: staten som garantist, en finansiell institusjon (som regel en bank) som långiver og et foretak som låntager. En statlig garanti kan derfor ha to potensielle støttemottakere: låntageren og långiveren.

Långiverens eventuelle økonomiske fordel består i økt sikkerhet. Garanti som blir gitt etter at lånet er tatt opp, uten at det skjer noen endring i lånevilkårene, kan innebære offentlig støtte til långiveren. Dette kan også være tilfelle hvis et lån med garanti

<sup>122</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Poires Maduro i sak C-276/02 Spain v Commission [2004] ECR I-8091, ECLI:EU:C:2004:211, avsnitt 36.

<sup>123</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Mischo i sak C-480/98 Spain v Commission (Megafesa) [2000] ECR I-8717, ECLI:EU:C:2000:305, avsnitt 37.

<sup>124</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Poires Maduro in Case C-276/02 Spain v Commission [2004] ECR I-8091, ECLI:EU:C:2004:211, avsnitt 42.

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> Se sak T-1/08 Buczek Automotive v Commission [2011] ECR II-42, ECLI:EU:T:2015:653, avsnittene 87-95, opprettholdt i sak C-405/11 P Commission v Buczek Automotive and Poland [2013] ECLI:EU:C:2013:186, avsnitt 63.

<sup>127</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Mischo i C-480/98 Spain v Commission (Megafesa) [2000] ECR I-8717, ECLI:EU:C:2000:305, avsnitt 35-36.

<sup>128</sup> Rådgivende uttalelse fra generaladvokat Poires Maduro in Case C-276/02 Spain v Commission [2004] ECR I-8091, ECLI:EU:C:2004:211, avsnitt 39.

<sup>129</sup> Sak C-73/11 P Frucona Košice v Commission, ECLI:EU:C:2013:32, avsnitt 100.

<sup>130</sup> [ESAs retningslinjer for statlige garantier](#).

<sup>131</sup> Se sak C-275/10 Residex Capital IV CV [2011] ECR I-13043, ECLI:EU:C:2011:814, avsnitt 41.

brukes til å innfri en eksisterende gjeldsforpliktelse uten garanti.

Når det gjelder låntageren, kan det aktuelle foretaket ta opp et lån til lavere renter eller med mindre sikkerhet enn uten garantien. Spørsmålet er om låntageren betaler rentesats som tilsvarende rentesats som fastsatt på markedsmessige vilkår. For å finne ut om den statlige garantien utgjør en økonomisk fordel som kan regnes som offentlig støtte, fastslår man om det finnes en differanse mellom den rentesatsen låntageren måtte betalt i et fritt marked og den rentesatsen han faktisk oppnår gjennom garantien, med fradrag av garantipremien.

Under anvendelsen av garantitesten skal man ikke bare ta hensyn til renter som låntageren skal betale, men også typen garanti, lånet som skal sikres med den statlige garantien, den økonomiske situasjonen til låntageren, dens posisjon på markedet og fremtidsutsikter. Er låntageren i økonomiske vanskeligheter kan garantiens verdi tilsvare hele lånebeløpet som blir dekket.

En spesiell type statlig garanti er statlige garantier som er ubegrenset, i både tid og omfang. Som hovedregel er de ikke i tråd med markedsaktørtesten. Ingen privat garantist har ubegrensede ressurser til disposisjon. Staten har (i hvert fall i teorien) tilgang til ubegrensede ressurser gjennom skatteinnkreving.<sup>132</sup> I tillegg er det ikke mulig å beregne en markedspris på en garanti som er ubegrenset, i både tid og omfang. Tilfeller hvor nasjonal lovgivning skjermer et foretak mot konkurs eller når det offentlige eier et foretak med ubegrenset ansvar, må også betraktes som garantier. Slike garantier kalles for implisitte garantier, til forskjell fra eksplisitte garantier.

#### **Staten som långiver**

Långivertesten anvendes for å vurdere om et statlig lån er gitt på markedsmessige vilkår. Spørsmålet er om staten opptrådte som en privat og profittorientert långiver ville ha opptrådt under liknende omstendigheter. En rasjonell og

profittorientert långiver må vurdere risikoen for låntagerens betalingssvikt og om det potensielle tapet kan omfatte hele lånebeløpet. I vurdering av denne risikoen er to parametere sentrale: rentesats og sikkerhet.<sup>133</sup> Anvendelsen av långivertesten gir svar på to spørsmål: (1) Oppfyller lånet markedsaktørprinsippet, det vil si at det aktuelle lånet ikke innebærer en økonomisk fordel som kan utgjøre offentlig støtte? (2) Hvis nei, hvor mye av lånet utgjør offentlig støtte? Det andre spørsmålet besvares ved å fastslå differansen mellom renten som faktisk er betalt og den rente som skulle vært betalt, det vil si den markedsmessige renten.<sup>134</sup> Hvis det offentlige gir et usikret lån til et foretak som ikke kunne oppnådd slik finansiering i markedet, kan hele lånet bli ansett som støtte. Her er vurderingen av låntageren, den økonomiske situasjon, forretningsstrategien o.l. sentrale.

#### **Staten som låntaker (et sjeldent scenario)**

I 2013 måtte EU-domstolen ta stilling til en avtale mellom Poste Italiane og den italienske staten. Det ble lagt til grunn at staten handlet som låntager.<sup>135</sup> Poste Italiane tilbød både posttjenester og banktjenester. I den forbindelse forpliktet Poste Italiane seg til å deponere penger hos det italienske finansdepartementet. En avtale mellom Poste Italiane og staten fastsatte en rente på de deponerte pengene som Poste Italiane fikk utbetalt. I sin vurdering fastslo EU-kommisjonen at renten utgjorde offentlig støtte til Poste Italiane.<sup>136</sup> Avgjørelsen ble imidlertid opphevet av EU-domstolen fordi EU-kommisjonen ikke tok hensyn til Poste Italianes plikt til å deponere penger ved finansdepartementet og derfor feilkonstruerte den riktige modellen av långiveren. Selv om Poste Italiane-saken er et eksempel på et svært sjeldent scenario, viser den tydelig hvor viktig det er å konstruere den mest korrekte modellen til en typisk, privat og profittorientert markedsaktør som skal brukes ved anvendelsen av markedsaktørprinsippet.

#### **Staten som selger**

Selgertesten anvendes for å vurdere om staten har opptrådt som en rasjonell og profittorientert privat selger ville ha gjort under lignende omstendigheter

<sup>132</sup> Se Commission notice pursuant to Article 93(2) of the EC Treaty to other Member States and other parties concerned om italiensk støtte til EFIM, C38/92, OJ C 349, 29.12.1993, ss. 2-7. På s 3 i denne viser, EU-kommisjonen til «effectively infinite financial resources» som staten kan disponere. Se også forenede saker T-228/99 og T-233/99 Westdeutsche Landesbank (WestLB) [2003] ECR II-435, ECLI:EU:T:2003:57, avsnitt 272, og spesielt sak T-156/04 Electricité de France v Commission (EDF) [2009] ECR II-4503, ECLI:EU:T:2009:505, avsnitt 232.

<sup>133</sup> Se [ESAs referanserente](#), som vedtas hvert år.

<sup>134</sup> Se sak T-16/96 Cityflyer Express v Commission [1998] ECR II-757, ECLI:EU:T:1998:78, avsnitt 53.

<sup>135</sup> Sak T-525/08 Poste Italiane v Commission [2013], ECLI:EU:T:2013:481.

<sup>136</sup> 2009/178/EC: EU-Kommisjonsavgjørelse 16.7.2008 om Italias støtte til Poste Italiane, C42/06, OJ L 64, 10.3.2009, ss. 4-47.

da den solgte varer eller tjenester, materielle eller immaterielle goder som for eksempel en kundebase<sup>137</sup> eller aksjer.<sup>138</sup> ESAs retningslinjer om støttebegrepet gjør det klart at lignende transaksjoner, som for eksempel leiekontrakter eller tildeling av konsesjon, skal følge de samme reglene som gjelder for selgertesten. Selgertesten anvendes også ved privatisering.

Ved anvendelsen av selgertesten er markedspris et sentralt element, men ikke det eneste og avgjørende elementet. I noen tilfeller kan staten ta hensyn til andre faktorer og omstendigheter, men disse må kunne regnes som relevante for en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat selger.<sup>139</sup>

EU-kommisjonen og ESA anbefaler to prosedyrer som utelukker støtte som kan benyttes for å fastsette markedspris. Den første prosedyren er å arrangere en anbudskonkurranse. En slik konkurranse må oppfylle en rekke vilkår.<sup>140</sup> Den andre måten man kan fastslå markedspris på, er å innhente en vurdering av markedsverdien foretatt av en uavhengig ekspert. Det er en forutsetning at vurderingen skjer *før* salgsforhandlingene er i gang. Taksten må være basert på allment aksepterte markedsindikatorer og standarder for verdisetting. Taksten angir minstepris. Staten kan velge fritt mellom en anbudskonkurranse og en ekspertvurdering, men i enkelte tilfeller kan den ene eller den andre være mer egnet. Hvis den ene prosedyren er gjennomført på en korrekt måte kan man ikke «overprøve» resultatet ved å vise til den andre. Staten kan også velge sin egen metode for å fastslå en markedspris, men det kan da være vanskelig å bevise at selgertesten ble oppfylt og at prisen som kjøper betalte var markedspris.<sup>141</sup> Det er viktig å påpeke at hvis staten ikke holder en anbudskonkurranse eller benytter seg av en vurdering av markedsverdien som er foretatt av en uavhengig ekspert før salget, betyr det ikke nødvendigvis at salget resulterte i offentlig støtte. Det er ESA som må bevise at salget ikke ble gjennom-

<sup>137</sup> Se forende saker C-341/06 P and C-342/06 P Chronopost and Others v UFEX (Chronopost II) [2008] ECR I-4777, ECLI:EU:C:2008:375, avsnittene 115 og videre.

<sup>138</sup> Se forende saker C-329/93, C-62/95 and C-63/95 Bremer Vulkan [1996] ECR I-5151, ECLI:EU:C:1996:394, avsnitt 23.

<sup>139</sup> Se Malgorzata Cyndecka, *The problem of objectives pursued by the state under the application of the Market Economy Investor Principle (MEIP)*, 03-04/2015 Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 263-294.

<sup>140</sup> Se punkt 4.2.3 for en gjennomgang av vilkårene.

<sup>141</sup> Se sak C-239/09 Seydaland [2010] ECR I-13083, ECLI:EU:C:2010:778.

ført på markedsvilkår slik at kjøperen fikk offentlig støtte.<sup>142</sup>

#### *Staten som innkjøper*

Innkjøper testen anvendes for å vurdere om staten opptrådte som en rasjonell og profitorientert privat innkjøper ville ha gjort under lignende omstendigheter da den kjøpte varer eller tjenester. Denne underkategorien krever at staten både betaler markedspris og at det finnes et reelt behov («actual» eller «genuine need») for de varer eller tjenester som blir kjøpt.<sup>143</sup> Markedspris kan fastsettes på samme måte som under anvendelsen av selgertesten.<sup>144</sup>

#### *Staten som leverandør*

Leverandør testen anvendes i situasjoner hvor staten har monopol eller en betydelig markedsandel, for eksempel i energisektoren.<sup>145</sup> Spørsmålet vil da være hvordan man anslår markedspris for en salgavtale for kraft og hvor fornuftig det er å inngå en kraftavtale som strekker seg langt frem i tid (20 år eller mer) slik det er vanlig å gjøre i energisektoren. I slike tilfeller bør Nord Pools spotpriser være et utgangspunkt.

#### *4.2.3.5 Anbudskonkurranser ved kjøp og salg*

Hvis det offentlige velger å benytte seg av en anbudskonkurranse for å fastsette markedspris på varer, tjenester eller fast eiendom som skal selges eller kjøpes, må den oppfylle visse krav. Anbudsprosedyren må være:

- (1) åpen, det vil si at alle interesserte og kvalifiserte budgivere må kunne delta i anbudskonkurransen,
- (2) transparent, det vil si at alle budgivere får tilstrekkelig informasjon underveis i prosessen

<sup>142</sup> Se sak T-274/01 Valmont v Commission [2004] ECR II-3145, ECLI:EU:T:2004:266.

<sup>143</sup> Se sak T-14/96 BAI v Commission [1999] ECR II-139, ECLI:EU:T:1999:12, hvor selgertesten ble anvendt for første gang.

<sup>144</sup> Ofte vil offentlige aktører i en innkjøpssituasjon være bundet av reglene om offentlige anskaffelser, se omtale i punkt 4.4 under. Overholdelse av disse reglene vil som regel anses å utelukke at tiltaket innebærer en fordel.

<sup>145</sup> Se forenede saker 67/85, 68/85 og 70/85 Van der Kooy [1988] ECR 219, ECLI:EU:C:1988:38; 85/215/EEC, EU Kommisjonsavgjørelse 13.2.1985 om støtte til drivhusdyrkere i Nederland, OJ L 97, 4.4.1985, ss. 49-56, sak C-56/93 *Gasunie* [1996] ECR I-723, ECLI:EU:C:1996:64, og Commission notice pursuant to Article 93(2) of the EC Treaty to other Member States and interested parties om italiensk støtte til Alumix, State aid C38/92, OJ C 288, 1.10.1996, ss. 4-18; 2012/339/EU: Kommisjonsavgjørelse 13.7.2011 i sak SA.26117 - C2/10 (ex NN62/09) om gresk støtte til Aluminium of Greece SA, OJ L 166, 27.6.2012, ss. 83-89, punkt 27.



og at de får tilstrekkelig tid til å legge inn bud. Anbudskonkurransen må være tilstrekkelig utlyst og kunngjort på forhånd slik at all informasjon er klar og når ut til alle potensielle budgivere. Her må man vurdere om varer, tjenester eller fast eiendom kunne være av interesse for budgivere som operer på EU- eller globalt nivå,

(3) ikke-diskriminerende overfor alle budgivere, det vil si at kriteriene som avgjør vinneren av anbudskonkurransen må gjøre det mulig å sammenligne og vurdere alle budgivere på en objektiv måte,

(4) uforbeholden, det vil si at alle potensielle budgivere står fritt til å legge inn bud, uavhengig av om de driver med visse virksomheter eller ikke. Hvis en potensiell kjøper må påta seg en forpliktelse på vegne av for det offentlige eller i allmenn interesse som en privat selger ikke ville ha krevd, unntatt forpliktelser som er hjemlet i nasjonal rett, kan ikke anbudskonkurransen regnes som uforbeholden. Hvis det offentlige inkluderer vilkår i anbudet, må de være knyttet til selve kontraktsgjenstanden og det økonomiske formålet med kontrakten.

EU-kommisjonen har fastslått at bruken av anbudsprosedyrer som er fastsatt i anbudsdirektivene kan anses som tilstrekkelig for å oppfylle kravene som er gitt ovenfor. Dette forutsetter likevel at den aktuelle prosedyren gjør det mulig å fastsette en markedspris. Dette utelukker konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

Hvis det legges inn bare ett bud, vil dette normalt ikke være tilstrekkelig for å sikre markedspris med mindre: (1) prosedyren garanterer en effektiv og reell konkurranse, og det ikke er åpenbart at det bare er én budgiver som kan legge inn et reelt bud, eller (2) det offentlige kan bruke andre metoder for å sikre at anbudskonkurransen gir en markedspris. Her ville det være aktuelt med en evaluering på forhånd av kontraktsgjenstanden. Evalueringen må være foretatt av en uavhengig og kvalifisert ekspert.

#### 4.2.3.6 *Statens skjønnsmargin under markedsaktørtesten*

Det foreligger normalt ikke noe eksakt svar på hvordan en privat markedsaktør ville opptrådt i ulike situasjoner. Det aksepteres derfor et visst handlingsrom for det offentlige, noe som er spesielt aktuelt ved investeringer. Dette handlings-

rommet kalles derfor ofte *investorskjønn*. Dette innebærer at ESA ikke skal la sitt eget skjønn tre i stedet for investorenes. Investorene gis med andre ord en viss skjønnsmargin når de vurderer risiko og sannsynlig utfall av et konkret investeringsprosjekt. Markedsaktørprinsippet er likevel basert på en rasjonell og forsiktig markedsaktør som tar fornuftige beslutninger. En slik markedsaktør tar ikke en stor risiko med mindre det er velbegrunnet ut fra en helhetlig analyse av investeringen, og spesielt den forventede fortjenesten. Selv om ESA anerkjenner statens investorskjønn, legger organet til grunn at tiltaket ikke er markedsmessig hvis det ikke finnes objektive grunner for å kunne vente like god avkastning som en privat investor ville krevd.

#### 4.2.3.7 *Bevisbyrde ved vurdering av om markedsaktørtesten er oppfylt*

Det er ESA som må bevise at et tiltak utgjør offentlig støtte, det vil si at alle kumulative vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt, mens staten må bevise at et tiltak er i tråd med markedsaktørprinsippet. Dokumentasjon utarbeidet etter at tiltaket er blitt iverksatt er irrelevant. Det offentlige må bevise at det ble foretatt en helhetlig og økonomisk forsvarlig analyse av tiltaket før det ble iverksatt, og at denne analysen bekreftet at det offentlige med rimelighet kunne forvente en rimelig avkastning innen rimelig tid. En forretningsplan, detaljerte økonomiske vurderinger, markedsanalyser o.l. må kunne fremvises.

Når ESA undersøker om det offentlige har handlet i tråd med markedsaktørprinsippet, gjennomfører de en kompleks økonomisk analyse. Derfor har ESA en vid skjønnsmargin. I saker som gjelder anvendelse av markedsaktørprinsippet har EFTA-domstolen en begrenset mulighet til å overprøve ESAs avgjørelse. Det er særlig verdt å merke seg at den ikke kan foreta en egen selvstendig vurdering. EFTA-domstolen må likevel fastslå:

(1) om bevismaterialet er faktisk riktig, troverdig og konsistent,

(2) om bevismaterialet inneholder alle relevante opplysninger som det må tas hensyn til når man foretar en kompleks økonomisk analyse, og

(3) om det er mulig å trekke samme konklusjon som ESA.

#### 4.2.4 Krysssubsidiering

Det er vanlig for virksomheter som selger flere ulike produkter eller tjenester å benytte krysssubsidiering. Dette kan ha ulike helt legitime årsaker, som for eksempel å introdusere et nytt produkt eller tjeneste i markedet. Virksomheten bruker da av inntjeningen fra andre produkter eller tjenester og subsidierer prisen på det nye produktet slik at den kan settes lavere enn kostnadene ved å produsere varen eller tjenesten. Så lenge virksomheten ikke har en dominerende stilling i markedet, er dette både en vanlig og lovlig strategi.

I støtteretten brukes begrepet krysssubsidiering om situasjoner der EØS-rettslig økonomisk aktivitet subsidieres med offentlige midler, direkte eller indirekte, uten at det fattes vedtak om støtte eller at det nødvendigvis er ønske om å støtte den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Det er derimot ikke forbud mot at den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten subsidierer den ikke-økonomiske aktiviteten.

Krysssubsidiering oppstår som regel som en følge av manglende internprising eller en ikke korrekt fordeling av kostnader mellom enheter som driver EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, der den ikke-økonomiske aktiviteten bærer en for stor del av felleskostnadene. Hvis for eksempel fellestjenester, administrasjon, ansatte, utstyr eller lokaler kommer både den ikke-økonomiske og den økonomiske delen av virksomheten til gode, mens kostnadene bæres av den ikke-økonomiske (offentlige) delen, gir dette en fordel for den konkurranseutsatte delen av virksomheten. I slike tilfeller dekker ikke den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten sine egne kostnader. Andre eksempler på krysssubsidiering er hvor ledig kapasitet i skjermet virksomhet benyttes til å produsere konkurranseutsatte tjenester eller hvor det investeres i maskiner og utstyr i den offentlig finansierte delen av virksomheten som gir lavere driftskostnader i den konkurranseutsatte delen.

Det følger av markedsaktørprinsippet at det offentlige skal belaste den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten med alle kostnader, inkludert eventuelle investeringskostnader, denne aktiviteten genererer. Krysssubsidiering oppstår således når markedsaktørprinsippet ikke etterleves.

I norsk rett er det, ut over det som følger av reglene om offentlig støtte, ikke et generelt krav om organisatorisk eller regnskapsmessig skille mellom

EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomiske aktivitet når det offentlige driver dette innen samme rettssubjekt.<sup>146</sup> Uten krav om et regnskapsmessig eller organisatorisk skille, er det svært vanskelig å kontrollere og etterprøve om det faktisk skjer krysssubsidiering eller ikke.

Et krav om regnskapsmessig skille mellom EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet vil imidlertid ikke løse alle utfordringene knyttet til krysssubsidiering. Et regnskapsmessig skille sikrer for eksempel ikke at priser for leie av tjenester eller lokaler fra offentlig virksomhet til den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten skjer til markedspris. Det må derfor i tillegg stilles krav om markedsmessig internprising og et forsvarlig kontrollsystem for å sikre korrekt etterlevelse av markedsaktørprinsippet.<sup>147</sup>

ESA har i flere saker pekt på at norske regler ikke forhindrer krysssubsidiering, og at dette kan medføre en risiko for at det skjer ulovlig krysssubsidiering når det offentlige utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Noen av sakene omtales i det følgende.

ESA behandlet i 2013 en sak med spørsmål om finansieringen av norske offentlige eide sykehusapotek innebar offentlig støtte i strid med EØS-avtalen.<sup>148</sup> Hovedoppgaven til sykehusapotekene er å levere legemidler og andre tjenester til offentlige sykehus. Sykehusapotekene selger imidlertid også legemidler og andre produkter direkte til forbrukere i konkurranse med private apotek. ESA trakk et skille mellom driften som rettet seg mot sykehusene, og salg over disk til pasienter og andre kunder for øvrig. Den sistnevnte delen av virksomheten ble ansett som en EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Sykehusapotekene ble dermed ansett som foretak underlagt regelverket om

<sup>146</sup> Et unntak fra dette er føringen i årsregnskapet av maritime og offshorerelaterte sikkerhetskurs som tilbys som en del av den ordinære opplæringen i tillegg til at den selges i markedet, se FOR-2000-12-15- 1424 - forskrift om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner) § 5 nr. 9. Tilsvarende unntak gjelder også innen avfallstjenestene og tannhelsetjenestene. Det er også krav om at foretak som leverer tjenester av allmennøkonomisk betydning, fører separate regnskap dersom de utfører både slike tjenester og driver økonomisk aktivitet, jf. § 9-1-1 i forskrift til utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56.

<sup>147</sup> ESA har i flere saker lagt til grunn at det ordinære kontroll- og revisjonssystemet som er pålagt kommunene etter kommunelovens bestemmelser er tilstrekkelig.

<sup>148</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 469/13COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

offentlig støtte for så vidt gjaldt salg av legemidler i markedet.<sup>149</sup>

For å unngå mulig krysssubsidiering av den konkurranseutsatte virksomheten foreslo ESA at det ble iverksatt formålstjenlige tiltak. Det ble foreslått at sykehusapotekene må føre separate regnskap for salg over disk som skjer i konkurranse med private apotek. For det andre ble det stilt krav om fordeling av både direkte og indirekte kostnader, samt felleskostnader, i henhold til anerkjente regnskapsprinsipper. For det tredje ble det stilt krav om fortjeneste når sykehusapotekene driver salg til forbrukere. For det fjerde anbefalte ESA at skattefritaket for sykehusapotekene ikke lenger skulle gjelde inntekter som stammer fra salg til forbrukere.<sup>150</sup>

ESA tok i 2014 stilling til hvorvidt finansieringen av den offentlige tannhelsetjenesten (DOT) kunne lede til krysssubsidiering.<sup>151</sup> I Norge er tannhelsetjenester gratis for barn og ungdom, psykisk utviklingshemmede, grupper av eldre, langtidssyke og uføre i institusjon og hjemmesykepleie. Den offentlige tannhelsetjenesten tilbyr dessuten subsidierte tjenester til voksne pasienter i spredtbygde strøk med mangelfull tannlegedekning. I tillegg til dette tilbyr den offentlige tannhelsetjenesten også tannhelsetjenester til befolkningen for øvrig i konkurranse med andre private tannleger.<sup>152</sup> ESA trakk her opp et tredelt skille mellom tannhelsetjenester som leveres gratis som en del av velferdstilbudet, tannhelsetjenester som tilbys til subsidierte priser og tannhelsetjenester som utøves mot betaling til ordinære priser. Det fremgår av ESAs beslutning at den offentlige tannlegjetjenesten dermed fikk tre forskjellige støtterettslige karakteristikk: ikke-økonomisk tjeneste i forhold til de brukerne som etter loven har krav på gratis behandling, tjeneste av allmenn økonomisk betydning i områder der det ikke er tilstrekkelig tilbud av kommersielle tjenester og vanlig kommersiell tjeneste (det vil si EØS-rettslig økonomisk aktivitet) der de offentlige tannlegene selger tjenester til betalende pasienter i konkurranse med andre kommersielle tannleger.

<sup>149</sup> Ibid. avsnitt 61-64.

<sup>150</sup> Ibid. avsnitt 131.

<sup>151</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 133/14/COL of 12 March 2014 on the financing of Norwegian public dental health care services ("DOT").

<sup>152</sup> Ibid. avsnitt 5-7, 24.

Klageren hadde anført at DOT kunne tilby lavere priser til betalende voksne enn resten av markedet som følge av midler fra den offentlige finansieringen. ESA la til grunn at dagens finansieringssystem og mangel på regnskapsmessig skille mellom den EØS-rettslig ikke-økonomiske og økonomiske aktiviteten, kunne lede til krysssubsidiering av den økonomiske aktiviteten og dermed gi DOT en økonomisk fordel i forhold til deres konkurrenter.<sup>153</sup>

ESA foreslo derfor at det ble innført en plikt til å utarbeide adskilte regnskaper for følgende tre aktiviteter for å sikre at subsidier ikke brukes til å gi den offentlige tannhelsetjenesten en fordel som er konkurransevridende:

- (1) ikke-økonomiske aktiviteter,
- (2) subsidierte tjenester som tilbys til betalende pasienter i spredtbygde strøk med mangelfull tannlegedekning og
- (3) tjenester som tilbys til betalende pasienter i konkurranse med private tannleger.

I tillegg ble det fremsatt forslag til følgende formålstjenlige tiltak for å hindre krysssubsidiering av den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten: fordeling av alle kostnader, herunder felleskostnader, i henhold til anerkjente regnskapsprinsipper, krav om rimelig avkastning i henhold til markedsaktørprinsippet for så vidt gjelder den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten og avklaring når det gjelder i hvilke områder subsidier er nødvendig for å sikre tannhelsetjenester til hele befolkningen til en rimelig pris.<sup>154</sup>

ESA la i 2013 til grunn at Norges finansiering av kommunale renovasjonsselskaper ikke var i samsvar med reglene om offentlig støtte, og dermed måtte endres.<sup>155</sup> I henhold til forurensingsloven<sup>156</sup> er norske kommuner forpliktet til å sørge for innsamling av husholdningsavfall i sine respektive områder. Private selskaper kan ikke samle inn husholdningsavfall uten kommunenes tillatelse. Lovreguleringen er altså slik at kommunen som utgangspunkt har monopol på dette området. Kommunene kan imidlertid velge om de vil sette

<sup>153</sup> Ibid. avsnitt 33.

<sup>154</sup> Ibid. avsnitt 63.

<sup>155</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.

<sup>156</sup> Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.

denne tjenesten ut på anbud, eller om de vil håndtere dette selv.

Dersom kommunale renovasjonsselskaper i tillegg til å samle inn husholdningsavfall i sin egen kommune også driver EØS-rettslig økonomisk virksomhet, for eksempel gjennom å inngi anbud på kontrakter for innsamling av husholdningsavfall i andre kommuner eller innsamling av næringsavfall, kan dette føre til krysssubsidiering av den økonomiske aktiviteten i renovasjonsselskapet.<sup>157</sup> Enkelte kommunale renovasjonsselskaper, som er organisert som kommunale foretak og dermed en del av kommunen, har også skattefritak.

For å hindre potensiell krysssubsidiering fra den skjermede til den konkurransutsatte delen av virksomheten, som vil kunne gi renovasjonsselskaper en økonomisk fordel, vedtok ESA at norske myndigheter burde treffe følgende formålstjenlige tiltak:

- kommunale renovasjonsselskaper bør forpliktes til å ha regnskapsmessig skille mellom innsamling av husholdningsavfall i egen kommune og annen EØS-rettslig økonomisk aktivitet
- norske myndigheter bør innføre et kontrollsystem for å sørge for at det ikke forekommer noen krysssubsidiering mellom renovasjonsselskapenes innsamling av husholdningsavfall i egen kommune og deres EØS-rettslig økonomiske aktiviteter. Spesielt bør de sørge for at en forholdsmessig andel av de faste kostnadene føres på den økonomiske aktiviteten i henhold til anerkjente regnskapsprinsipper
- alle kommunale renovasjonsselskaper som tilbyr kommersielle tjenester i markedet bør være forpliktet til å betale skatt<sup>158</sup>

I 2013 behandlet ESA også saken om Trondheim Analysetenter.<sup>159</sup> Analysetenteret i Trondheim, kontrollerer vannforsyningen i kommunen og skjellproduksjon på vegne av Mattilsynet. I tillegg tilbyr Analysetenteret laboratorietjenester til andre i et marked i konkurranse med flere private aktører. Analysetenteret er en del av Trondheim kommune, som sørger for finansiering, lokaler og administrative tjenester. ESA konkluderte med at det var en risiko for at den kommunale subsidieringen gjorde at Analysetenteret kunne tilby sine

tjenester i markedet til under kostpris, ettersom kommunen ikke hadde skilt ut Analysetenterets EØS-rettslige økonomiske aktivitet fra den øvrige virksomheten. ESA påpekte videre at Analysetenteret, som en del av kommunen, ikke betalte skatt på inntektene som stammet fra den økonomiske aktiviteten.<sup>160</sup>

For at finansieringen av Analysetenteret skulle være i samsvar med støtteregeverket, vedtok ESA at norske myndigheter burde treffe følgende formålstjenlige tiltak:<sup>161</sup>

- Trondheim kommune må sørge for at Analysetenteret fører eget regnskap for den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten, adskilt fra den øvrige virksomheten, og at det ikke forekommer noen krysssubsidiering mellom de to delene
- Trondheim kommune må stanse alle direkte utbetalinger til den delen av Analysetenteret som tilbyr tjenester i markedet
- kommunen må også sørge for at den delen av Analysetenteret som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet betaler husleie til markedspris for sin bruk av bygningen
- kommunen må sørge for at den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten betaler markedspris for sin bruk av sentrets fellestjenester, som blant annet revisjon, regnskapsføring, IT-tjenester og arkivtjenester
- senterets EØS-rettslige økonomiske aktivitet må skattlegges på linje med annen forretningsvirksomhet i markedet

Som det fremgår av disse eksemplene, har ESA enten foreslått at det offentlige må organisere den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten i et separat rettssubjekt (organisatorisk skille) eller etablere regler som sikrer at det føres separate regnskaper for henholdsvis det offentliges ikke-økonomiske og økonomiske aktiviteter (regnskapsmessig skille). ESA har også foreslått at transparente og objektive regnskapsprinsipper bør etableres for å sikre at alle kostnader og inntekter blir allokert riktig til det offentliges ikke-økonomiske og økonomiske aktivitet. En slik åpenhet vil gjøre det mulig å kontrollere at krysssubsidiering faktisk unngås.

På bakgrunn av at ESA har behandlet flere saker om ulovlig krysssubsidiering, har ESA anmodet norske myndigheter om å vurdere å innføre generelle

<sup>157</sup> Ibid. avsnitt 30-35.

<sup>158</sup> Ibid. avsnitt 68.

<sup>159</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 129/13/COL of 20 March 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to the Analysis Centre Trondheim.

<sup>160</sup> Ibid. avsnitt 22-23.

<sup>161</sup> Ibid. avsnitt 53.

tiltak for å forhindre ulovlig kryssubsidiering.<sup>162</sup> I brevet av 15. desember 2015 skriver ESA at en mulighet er utskilling av virksomheten som utfører EØS-rettslig økonomisk aktivitet eller, dersom dette ikke er praktisk mulig, at det føres separate regnskap. Separate regnskap må føres på en transparent måte og bygge på objektive regnskapsprinsipper, slik at kostnader og inntekter allokeres korrekt. Videre må den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten dekke alle sine variable kostnader i tillegg til en forholdsmessig andel av de faste kostnadene. Det må også kreves en rimelig fortjeneste i tråd med markedsaktørprinsippet.

#### 4.2.5 Betydningen av selskapsstruktur for kryssubsidiering og etterlevelse av markedsaktørprinsippet

EØS-avtalen legger ikke føringer på hvordan en virksomhet skal organiseres. Det er imidlertid noen selskapsstrukturer som kan gjøre det mer krevende å kontrollere etterlevelse av markedsaktørprinsippet og hindre kryssubsidiering enn andre, for eksempel fordi man ikke har innsyn i transaksjoner. Konsernstrukturer er en slik organisasjonsform, fordi det kan være utfordrende for ledelsen i konsernet å se enhetene i konsernet adskilt fra hverandre og dermed allokere kostnader korrekt mellom enhetene, samt at utenforstående ikke har tilgang til internregnskapene som viser transaksjoner mellom enhetene i konsernet.

Konsern er en selskapsrettslig betegnelse for en sammenslutning av selvstendige selskaper til en økonomisk enhet. I følge norsk selskapslovgivning oppstår konsernforhold når et selskap (morselskap) har «bestemmende innflytelse» over ett eller flere andre selskaper (datterselskap). Slik bestemmende innflytelse vil foreligge dersom selskapet har stemmeflertall i det andre selskapet, men kan også etableres på annet grunnlag. I begrepet morselskap ligger det at selskapet langt på vei kan styre virksomheten i datterselskapet. Koblingen mellom selskapene gjør det mulig å organisere virksomheten under en felles ledelse. Morselskapet utgjør konsernledelsen, og morselskapet vil i praksis være representert i datterselskapets styre. I konkurransereguleringen i EU/EØS er det et tilsvarende vilkår «kontroll» for å avgjøre om selskaper tilhører samme konsern. Dette begrepet i EØS-retten er utviklet gjennom rettspraksis.<sup>163</sup>

Det kan være ulike årsaker til at en virksomhet organiseres som et konsern. En grunn kan være å begrense ansvaret for en risikofylt virksomhet ved at denne for eksempel legges til ett av flere konsernselskaper. En annen grunn kan være at det trengs ekstern kapital til en kapitalkrevende del av virksomheten, men ikke til andre deler. Konsernstruktur kan også gi gevinster i form av bedre koordinering og samdriftsfordeler.

En del kommuner har valgt å organisere selskaper som driver med både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet i konsern for å få et klart skille mellom de ulike aktivitetene, for dermed å unngå kryssubsidiering samt kunne dokumentere det og sikre at innkjøpsregelverket etterlevs. Det kan også være hensiktsmessig å organisere virksomhetene i samme konsern fordi de utøver samme type aktivitet, og det derfor er nyttig å ha en del felles funksjoner. Den konkurranseutsatte delen av konsernet må da belastes fullt ut for sin del av kostnadene ved fellesfunksjonene for å unngå kryssubsidiering.

Konkurransetilsynet anbefaler at offentlige foretak som driver både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, etablerer konsernstrukturer der monopol tjenestene eller den ikke-økonomiske aktiviteten ligger i egne selskap og den markedsbaserte ligger i andre. Dette er ofte gjort i avfalls- og energisektoren. I et konsern som kun driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil styret normalt se på helheten i konsernet i tillegg til enkeltdelene, og flytte ressurser mellom enhetene etter behov. Dersom et konsern driver både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet er situasjonen annerledes. Da har konsernet en plikt til å hindre kryssubsidiering fra den ikke-økonomiske aktiviteten til den økonomiske. Det er derfor viktig at konsernet sørger for at alle transaksjoner mellom enheter som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet og enheter som driver ikke-økonomisk aktivitet skjer på markedsvilkår. Dersom dette ikke skjer, kan enheter som driver økonomisk aktivitet for eksempel få tilgang på ressurser eller infrastruktur på bedre vilkår enn i markedet. Ved etablering av nye datterselskap som skal drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet, må eventuelle verdier som legges inn i det nyopprettede selskapet prises riktig. Dersom prisingen ikke er korrekt, vil selskapet kunne få et konkurransefortrinn og eventuell underprising anses som offentlig støtte.

<sup>162</sup> ESAs brev til norske myndigheter av 16. februar 2015.

<sup>163</sup> Se for eksempel sak 30/87 [1988] ECR 2479, [1989] 4 CMLR 984.

### 4.3 Konkurransereglene i EØS-avtalen og i Norge

Norske bedrifter og næringsdrivende må forholde seg til flere sett av konkurranseregler: Konkurranseloven og konkurransereglene i EØS-avtalen.

Konkurranseloven gjelder for EØS-rettslig økonomisk virksomhet som utøves i eller har virkning i Norge.<sup>164</sup> Konkurransereglene i EØS-avtalen gjelder parallelt med den norske konkurranseloven dersom handelen mellom EØS-land er påvirket av den aktuelle konkurransereguleringen. EØS-konkurranseloven regulerer håndhevelsen av EØS-avtalens konkurranseregler.<sup>165</sup>

I det følgende omtales foretaksbegrepet i konkurranseloven. Deretter beskrives EØS-konkurranseloven kort, før det redegjøres for adferdsreglene i konkurranseloven. Adferdsreglene i EØS-konkurranseloven og den norske konkurranseloven er sammenfallende.

#### 4.3.1 Foretaksbegrepet i konkurranseloven

Begrepet «foretak» er nærmere definert i konkurranseloven § 2 som «enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet», uavhengig av enhetens rettslige status eller finansiering.

Definisjonen av foretak i § 2 er således funksjonell i den forstand at den ikke legger vekt på formelle karakteristika i definisjonen av foretak, men lar det være avgjørende hva som er den aktuelle enhets funksjon. Det vil si at et offentlig organ kan regnes som foretak i konkurranselovens forstand for visse deler av virksomheten, selv om andre deler faller utenfor begrepet.

Innholdet av foretaksbegrepet er i samsvar med konkurransereglene i EU/EØS.

Et offentlig organ regnes ikke som et foretak dersom det utøver offentlig myndighet, eller dersom det offentlige tilbudet er en del av en solidarisk ordning med sosialt formål.

<sup>164</sup> Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

<sup>165</sup> Lov 5. mars. 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.

#### 4.3.2 EØS-konkurranseloven

EØS-avtalens konkurranseregler kan deles inn i tre hovedgrupper:

- Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i artikkel 53
- Forbudet mot misbruk av dominerende stilling i artikkel 54
- Kontrollen med foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp mv.) etter artikkel 57

Reglene skal bidra til å skape like konkurransevilkår i EØS-området. De får bare anvendelse i den grad samhandelen mellom EØS-land kan være påvirket. Når det gjelder artikkel 53 og 54 må samhandelskriteriet vurderes konkret fra sak til sak, mens det er skjematiske avgrensningskriterier for når en foretakssammenslutning skal vurderes av overvåkningsorganene i EØS-avtalen: ESA og EU-kommisjonen.

EØS-avtalens konkurranseregler håndheves av ESA og [EU-kommisjonen](#). Kompetansefordelingen mellom de to overvåkningsorganene følger av EØS-avtalen artikkel 56 og 57. Konkurransetilsynet har etter EØS-konkurranseloven kompetanse til å håndheve artikkel 53 og 54.

Konkurransetilsynet er tillagt nærmere oppgaver med å bistå overvåkningsorganene i deres håndhevelsesoppgaver. Dette gjelder særlig innhenting av opplysninger og bistand under kontroller ved mulige overtredelser av reglene. Dette er nærmere regulert i EØS-konkurranseloven.

#### 4.3.3 Adferdsreglene i konkurranseloven

Konkurranseloven gjelder for økonomisk virksomhet som utøves i eller har virkning i Norge. Konkurranseregler kan deles inn i tre hovedgrupper:

- Forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i § 10
- Forbudet mot misbruk av dominerende stilling § 11
- Kontrollen med foretakssammenslutninger (fusjoner og oppkjøp mv.) etter § 16

De to første kulepunktene omtales gjerne som adferdsreglene i konkurranseloven, og er mest relevant med hensyn til mandatet for arbeidsgruppens arbeid. Under gis det en oversikt over de viktigste elementene i konkurranseloven §§ 10 og 11.

#### 4.3.4 Forbud mot konkurransebegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10 første ledd forbyr samarbeid mellom foretak som har til formål eller virk-

ning å begrense konkurransen. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalen artikkel 53 og traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 101.

Konkurranseloven § 10 stiller opp fire kumulative vilkår som må være oppfylt for at forbudet skal være overtrådt:

- Samarbeidet må skje mellom uavhengige foretak (foretakskriteriet).
- Det må foreligge en «beslutning truffet av sammenslutninger av foretak», «avtale» eller «samordnet opptreden» (samarbeidskriteriet).
- Samarbeidet må ha «til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen» (konkurransbegrensningskriteriet).
- Konkurransen må begrenses merkbart (merkbarhetskriteriet).<sup>166</sup>

Samarbeid som har til formål å begrense konkurransen er forbudt i seg selv. Det er ikke nødvendig å påvise noen faktisk eller potensiell virkning. I slike tilfeller vil merkbarhetskriteriet således normalt også være oppfylt.

Det kan videre være verdt å merke seg at forbudet retter seg mot samarbeid mellom uavhengige foretak. Samarbeid som skjer innenfor samme økonomiske enhet rammes således ikke av konkurranseloven § 10.

Når et konkurransebegrensende samarbeid gir effektivitetsgevinster som oppveier samarbeidets konkurransebegrensende virkninger, kan det samlet sett fremme konkurranselovens formål om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Konkurranseloven § 10 inneholder derfor en unntaksbestemmelse som tillater slikt samarbeid, gitt at fire kumulative vilkår er oppfylt:

- Samarbeidet bidrar til å bedre produksjonen eller fordelingen av varene eller til å fremme den tekniske eller økonomiske utvikling.
- Det samtidig sikrer forbrukerne en rimelig andel av de fordeler som er oppnådd.
- Foretakene ikke pålegges restriksjoner som ikke er absolutt nødvendige for å nå disse mål; og.
- Samarbeidet ikke gir foretakene mulighet til å utelukke konkurransen for en vesentlig del av de varene det gjelder.

<sup>166</sup> Merkbarhetskravet fremkommer ikke direkte av lovteksten, men det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at det må oppstilles et merkbarhetskrav tilsvarende det som følger av EU/EØS retten.

#### 4.3.5 Forbudet mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 forbyr at ett eller flere foretak utilbørlig utnytter sin dominerende stilling.<sup>167</sup> Bestemmelsen innebærer ikke at det er forbudt i seg selv å inneha en dominerende stilling, men den setter visse skranke for hvilken type adferd en dominerende aktør kan ha på markedet.

Det er viktig å merke seg at forbudet ikke innebærer begrensninger på et dominerende foretaks anledning til å konkurrere, og for den del konkurrere hardt, så lenge dette skjer på grunnlag av ytelse – i EU/EØS-retten ofte omtalt som konkurranse «on the merits» eller på grunnlag av «better performance». Samtidig er det i praksis fra EU-domstolen slått fast at et dominerende foretak har et særlig ansvar for at foretakets adferd på markedet ikke begrenser konkurransen.<sup>168</sup>

Forbudet oppstiller to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge en overtredelse. For det første må foretaket ha en dominerende stilling, og for det andre må foretakets adferd innebære en utilbørlig utnyttelse av den dominerende stillingen.<sup>169</sup>

For å ta stilling til om et foretak har en dominerende stilling, må det gjennomføres en vurdering i to trinn. Først må det markedet hvor foretaket kan tenkes å være dominerende avgrenses (det relevante markedet). Deretter må det vurderes om foretaket er dominerende i dette markedet. En avgrensning av det relevante markedet gir ramme for vurderingen av konkurranseforholdene.

Konkurranseloven definerer ikke hva som menes med utilbørlig utnyttelse. Et eksempel på adferd som kan utgjøre en utilbørlig utnyttelse er underprising (rovprising). Dette kan foreligge dersom et dominerende foretak i en periode selger sine produkter med tap, i den hensikt å presse en konkurrent ut av markedet eller for å disiplinere konkurrentens markedsadferd, med den følge at det dominerende foretaket senere får en enda sterkere stilling i markedet. Underprising kan også ha som formål å motvirke etablering av nye konkurrenter. Slik adferd kan lønne seg på sikt, fordi det

<sup>167</sup> Bestemmelsen er utformet etter mønster av EØS-avtalen artikkel 54 og traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 102.

<sup>168</sup> Se NOU 2012: 7, s. 23.

<sup>169</sup> Se [Konkurransetilsynet uttalelse av 8. november 2007, oppdatert 1. januar 2014](#), om konkurranseloven § 11 og forbud mot utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling.



dominerende foretaket vil ha mulighet til å sette opp prisene igjen for å gjenvinne tapet knyttet til perioden med lave priser.

Det finnes ingen lovfestede unntak fra forbudet i konkurranseloven § 11. Ifølge praksis fra EU-domstolen er det likevel klart at adferd ikke vil utgjøre en utilbørlig utnyttelse om foretaket kan godtgjøre at den er objektivt nødvendig eller at effektivitetsgevinster oppveier de negative konkurransevirkninger og kommer forbrukerne til gode.

#### 4.3.6 Sanksjonsmuligheter

Ved brudd på konkurranseloven kan både administrative- og strafferettslige sanksjoner anvendes. Konkurransetilsynet kan ilegge foretak overtredelsesgebyr for overtredelse av en rekke bestemmelser i konkurranseloven. Ved forsettlig eller uaktsomme overtredelser av konkurranselovens forbud og påbud og vedtak truffet i medhold av loven, kan Konkurransetilsynet ilegge overtredelsesgebyr. Overtredelsesgebyr er en administrativ sanksjon, som bare kan ilegges foretak.

Ved overtredelser av forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i konkurranseloven § 10 kan personer ilegges fengselsstraff.

Foretak som bistår konkurransemyndighetene med oppklaringen av egen eller andres overtredelse av konkurranseloven § 10 kan på nærmere vilkår gis reduksjon eller bortfall av overtredelsesgebyr (lempning). Formålet med lempningsadgangen er særlig å gi deltakere i ulovlige samarbeid insentiver til å bryte ut av samarbeidet, og bidra til Konkurransetilsynets arbeid med å avsløre alvorlige brudd på konkurranseloven.

Ved overtredelse av konkurranseloven § 11 kan Konkurransetilsynet ilegge foretak overtredelsesgebyr på inntil 10 prosent av foretakets omsetning etter konkurranseloven § 29. Overtredelse av konkurranseloven § 11 er ikke straffebelagt.

Konkurransetilsynet kan pålegge opphør av den ulovlige adferden etter konkurranseloven § 12. Pålegg om opphør kan også ilegges i kombinasjon med overtredelsesgebyr. Pålegg om opphør kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør.

#### *Forlik*

For å gi Konkurransetilsynet et mer fleksibelt håndhevelsesverktøy i bekjempelse av karteller, er det fra midten av 2016 innført en forliksordning for

kartellsaker. Endringen innebærer at tilsynet gis adgang til å ilegge overtredelsesgebyr gjennom forlik. Forliksordningen er utformet etter tilsvarende ordning i EU/EØS.

Foretak som innrømmer skyld og velger å gå inn på en slik forliksløsning, vil oppnå en reduksjon av overtredelsesgebyret på 10 prosent. Ordningen innebærer også mulighet for en noe mindre omfattende saksbehandling enn ved ileggelse av overtredelsesgebyr på vanlig måte.

#### *Avhjelpende tiltak mv.*

Avhjelpende tiltak omfatter to hovedkategorier: strukturelle og adferdsmessige tiltak.

Modifikasjoner i form av avhjelpende tiltak kan bli aktuelt i de tilfellene hvor Konkurransetilsynet identifiserer konkurransebegrensende virkninger av foretakssammenslutninger. Målsettingen med avhjelpende tiltak er således å motvirke den konkurransebegrensningen som følger av foretakssammenslutningen.

Også ved overtredelse av forbudsbestemmelsene i konkurranseloven (§§ 10 og 11) kan det være aktuelt med adferdsregulerende og strukturelle tiltak, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd.

#### 4.3.7 Konkurranseregulerende tiltak - påpekning

Det fremgår av § 9 i konkurranseloven at Konkurransetilsynets oppgave er å føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markedene. Som ledd i denne oppgaven kan Konkurransetilsynet påpeke konkurranseregulerende virkninger av «offentlige tiltak», og eventuelt også fremme forslag med sikte på «å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter», jf. konkurranseloven § 9 første ledd bokstav e. I praksis foregår dette arbeidet ved at konkurransemyndighetene påpeker og eventuelt fremmer forslag om endringer i eksisterende regelverk og praksis som anses konkurransebegrensende, samt engasjerer seg aktivt som høringsinstans i forbindelse med forberedelsen av ulike former for regelverk.

Å påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak har lenge vært en del av Konkurransetilsynets arbeidsoppgaver. Forut for konkurranseloven som kom på plass fra 1994, var denne delen av konkurransemyndighetenes virksomhet imidlertid kun nevnt i årlige stortingsmeldinger og budsjettproposisjoner. Men siden konkurransemyndighetenes arbeid med offentlige regulerin-

ger ifølge forarbeidene til gjeldende konkurranselov var ment å være permanent, ble det ansett som hensiktsmessig at dette arbeidet ble legitimert gjennom en bestemmelse i konkurranseloven. Bestemmelsen i den daværende konkurranselov § 2-2 bokstav d ga således konkurransemyndighetene et formelt grunnlag overfor de respektive myndigheter til å ta opp offentlige reguleringer og ordninger til vurdering.<sup>170</sup>

#### **Bakgrunnen for påpekningskompetansen**

Formålet med bestemmelsen er å sikre at konkurranseregulerende virkninger av *offentlige tiltak* blir vurdert. I NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* vises det til at påpekningssadgangen først og fremst retter seg mot offentlig virksomhet som for øvrig ikke er omfattet av konkurranselovens virkeområde, og at selv om bestemmelsens begrep «offentlige tiltak» er ment å forstås i videste forstand, så dreier det seg typisk om utøvelse av offentlig myndighet gjennom reguleringer.

Det pekes på at offentlig ervervsvirksomhet omfattes av lovens materielle bestemmelser. Om tjenesteproduksjon er å anse som ervervsvirksomhet etter konkurranseloven, avhenger av om virksomheten er av forretningsmessig karakter. Det vises til at en del saker som kunne vært behandlet under de materielle reglene i gjeldende konkurranselov

imidlertid har blitt avsluttet med en uttalelse etter § 2-2 bokstav d.

Bestemmelsen gir ikke Konkurransetilsynet noen kompetanse til å overprøve eller stanse en offentlig regulering som følge av de konkurransebegrensende virkninger reguleringen måtte føre med seg. Bestemmelsen pålegger heller ikke Konkurransetilsynet noen plikt til å komme med påpekninger overfor offentlige tiltak.

Konkurransetilsynets påpekningssadgang bidrar således først og fremst til å bevisstgjøre sektormyndighetene med hensyn til de virkninger deres regelverk eller tiltak har for konkurransen. En redusert konkurranse kan til tider være en utilsikket bivirkning av offentlige reguleringer, og ofte vil de sektorspesifikke hensyn kunne ivaretas på andre måter som får mindre betydning for konkurransen. Konkurransetilsynets påpekninger kan bidra til at sektorspesifikke målsetninger fremmes på måter som ikke fører til en begrenset konkurranse.

#### **Påpekningskompetansen i praksis**

Oversikten under viser at Konkurransetilsynet har brukt påpekningssmuligheten 11 ganger i perioden 2007 til 2012. Konkurransetilsynet har ikke sendt påpekninger etter konkurranseloven § 9 bokstav e etter 2012.

---

<sup>170</sup> Se NOU 2012: 7 *Mer effektiv konkurranselov*.

Tabell 4.1 Høringsuttalelser og påpekninger 2007-2012

År	Antall uttalelser	Antall påpekninger	Adressat/ Problemstilling for påpekning
2012	12	1	<b>Arbeidsdepartementet:</b> Konkurransbegrensende virkninger av den lovfestede pensjonsordningen for sykepleiere (sykepleierpensjonsordningen), og hvordan denne kan føre til at arbeidsgiverne får større utgifter enn nødvendig med å tilby tjenestepensjon til både sykepleiere og øvrige offentlig ansatte, ble påpekt.
2011	19	0	
2010	18	0	
2009	39	3	<b>Oslo kommune:</b> Konkurransbegrensende virkninger av endring i regelverket for drosjenæringen i Oslo <b>Helse- og omsorgsdepartementet:</b> Ordningen med offentlige driftstilskudd og refusjon for fysioterapeuter <b>Fylkesmannen i Hedmark:</b> Søknad om unntak fra rikspolitisk forskrift om kjøpesenter. Konkurransetilsynet pekte på at etablering av Obs! Hypermarked i Ringsaker kommune vil styrke konkurransen
2008	42	3	<b>Statens Forurensingstilsyn:</b> Tiltak for å styrke konkurransen mellom retursystemer og mellom deres underleverandører gjennom å foreta endringer i det eksisterende regelverket. <b>Kultur- og kirkedepartementet:</b> Formidlingsplikten for TV 2 med hjemmel i kringkastingsforskriften § 4-2 bør oppheves. <b>Voss kommune:</b> I vurderingen av hvorvidt et område skulle endres fra industriformål til forretningsformål, bør det også legges vekt på konkurransen i dagligvaremarkedet som et selvstendig positivt moment.
2007	58	4	<b>Buskerud fylkeskommune:</b> Fylkeskommunen bør påse at konkurransen i drosjenæringen i Nedre Buskerud løyvedistrikt styrkes. Fylkeskommunen bør ved løyvetildelingen søke å fremme konkurranse mellom drosjesentralene i fylket. <b>Fylkeskommunene:</b> Fylkeskommunene bør påse at konkurransen i drosjenæringen styrkes, herunder at fylkeskommunene ved løyvetildeling søker å fremme konkurransen mellom drosjesentralene i det enkelte peker <b>Fylkeskommunene:</b> Konkurransetilsynet peker på mulige tiltak for å legge til rette for virksom konkurranse i drosjemarkedet, herunder at fylkeskommunene vektlegger hensynet til virksom konkurranse ved utformingen av løyvepolitikken. <b>Kultur- og kirkedepartementet:</b> Konkurransbegrensende virkninger av gjeldende regler om lotterivirksomhet om bord på norske skip i rute mellom Norge og utlandet.

Kilde: Konkurransetilsynet

Noen av disse påpekningssakene vil omtales nærmere under.<sup>171</sup>

Først et eksempel basert på en påpekning relatert til konkurransbegrensende regelverk. I 2007 sendte Konkurransetilsynet to påpekninger til alle fylkeskommunene i landet. Fylkeskommunen er løyvemyndighet, med vid kompetanse til å fastsette

hvordan drosjenæringen skal organiseres i de ulike løyvedistriktene. Fylkeskommunen kan blant annet avgjøre om det skal være én eller flere drosjesentraler i et distrikt, avgjøre om det skal deles ut flere drosjeløyver i distriktet, hvilken drosjesentral nye drosjeløyver skal knyttes til og fastsette regler for prisopplysning. I den andre påpekningen oppfordret Konkurransetilsynet fylkeskommunene til å legge vekt på hensynet til konkurranse ved utformingen av løyvepolitikken, og omtalte flere mulige tiltak for å oppnå dette. I 2009 evaluerte Konkurransetilsynet fylkeskommunenes oppføl-

<sup>171</sup> Flere eksempler er nevnt i Konkurransetilsynets [bidrag](#) til OECDs konkurransekomité der statlig eierskap og prinsippet om konkurransenøytralitet i Norge ble drøftet.

ging av påpekningene.<sup>172</sup> Evalueringen viste at en rekke fylkeskommuner hadde lagt til rette for økt konkurranse etter tilsynets påpekning. Blant annet ble det opprettet nye sentraler i Bergen, Ålesund, Tromsø, Nedre Romerike, Asker/Bærum og Stjørdal.

Det neste eksemplet relaterer seg til problemene som oppstår når offentlig virksomhet driver i konkurranse med private. Når et offentlig selskap driver virksomhet som ikke er konkurranseutsatt, og samtidig driver virksomhet i konkurranse med private selskap, er det ikke uvanlig at aktørene i markedet kan bli usikre på om konkurransen skjer på like vilkår.

I kjølvannet av at Konkurransetilsynet i 2005 fikk utarbeidet rapporten «På like vilkår»,<sup>173</sup> henvendte Veolia Miljø AS seg til Konkurransetilsynet i 2006 for å få vurdert organiseringen av Trondheim Renholdsverk AS (TRV) og gjennomføring av anbudsprosessene i avfallssektoren. Renholdsverket har monopol på håndtering av husholdningsavfall i Trondheim. Retura TRV ble opprettet av Trondheim Renholdsverk for å betjene kunder i næringslivet, og leier ut containere. Retura er med andre ord konkurranseutsatt innenfor området næringsavfall. Veolia Miljø AS mente at konkurransen mellom Retura og private selskap ikke skjedde på like vilkår.

Etter innspillet fra Veolia Miljø AS tok Konkurransetilsynet kontakt med Trondheim kommune for å få klarlagt forholdene. Dette ble i 2008 fulgt opp med en påpekning etter konkurranseloven § 9 bokstav e, der Trondheim kommune som eier av TRV, ble bedt om å gjøre nødvendige endringer i organiseringen av TRV og i organiseringen av anbudsprosessene i avfallssektoren, for å sikre sunn og reell konkurranse på like vilkår i avfallsmarkedet i Trondheimsområdet.

Gjennom vedtak i 2009 og 2010 ba Trondheim bystyre generalforsamlingen i TRV om å gjennomføre endringer som fører til et skarpere skille mellom de ulike selskapene i TRV-konsernet. Bystyret vedtok blant annet at Trondheim Renholdsverk ikke skal ha samme daglige leder som andre selskap i konsernet. I tillegg skulle det nedfelles i vedtektene til renholdsverket at husholdningsrenovasjon skulle drives til selvkost. Videre skulle det

være et større skille mellom selskapene i forhold til styresammensetning.

Endringene etablerte et tydeligere skille mellom konkurranseutsatt virksomhet og lovpålagt virksomhet. Dette ville medvirke til mer ryddige konkurranseforhold, og redusere faren for, og mistanken, om ulovlig konkurranseskadelig adferd i konkurranseutsatte markeder.

#### *Foreslåtte endringer i påpekningskompetansen*

Utvalget som sto bak NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov* diskuterte behovet for endringer i denne delen av konkurranseloven. De var inne på at motakeren av en påpekning ikke er forpliktet til å ta hensyn til dem eller begrunne hvorfor påpekningsen eventuelt ikke tas til følge. Den eneste endringen utvalget således legger inn som noe som kan vurderes, er å supplere med en svarfrist. Utvalget fant det likevel nødvendig å minne om at det ikke fant det hensiktsmessig å innføre en slik regel. Med små endringer i formuleringen kom forslaget om en forpliktelse til å svare innen en tidsfrist likevel inn i den nye konkurranseloven.

Også i NOU 2012: 7 *Mer effektiv konkurranselov* drøftes konkurranselovens virkemidler ved offentlige konkurransebegrensninger og behovet for endringer i § 9 bokstav e ganske kort. Utvalget angir at de er flere grunner til den korte omtalen, blant annet at det er et omfattende problemområde som reiser prinsipielle spørsmål, til dels av politisk karakter, og at en slik diskusjon heller ikke er en direkte del av utvalgets mandat. Utvalget foreslår at konkurranseloven på dette punktet videreføres uendret. Samtidig mener utvalget at det kan være naturlig å avvente erfaringene fra den svenske reguleringen, jf. Konkurrentslagen kapittel 3, § 27 som forbyr staten, en kommune eller et landsting i ervervsvirksomhet å utføre handlinger som:

«1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller 2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens».

#### **4.3.8 EØS-avtalens artikkel 59 – Tjenester av allmenn økonomisk betydning**

EØS-avtalen artikkel 59(2) inneholder en bestemmelse som blant annet innebærer at foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning bare skal være underlagt reglene om offentlig støtte i den utstrekning dette ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de

<sup>172</sup> Se Konkurransetilsynets årsrapport for 2009.

<sup>173</sup> Bjørnenak et al. (2005): [På like vilkår? En analyse av konkurranse mellom offentlige og private foretak.](#)

særlige oppgavene som er tillagt dem. Bestemmelsen sier videre at utviklingen av samhandelen ikke må påvirkes i et omfang som strider mot avtalepartenes interesser. Bestemmelsen gir hjemmel til å gi offentlig støtte som er forenlig med EØS-avtalen for utførelsen av tjenester av allmenn økonomisk betydning. EU-kommisjonen og ESA har gitt detaljerte regler om når vilkårene for anvendelse av artikkel 59(2) er oppfylt.

Bakgrunnen for bestemmelsen er at enkelte varer og tjenester anses for å være av så stor samfunns- eller velferdsmessig betydning at det er naturlig at offentlige myndigheter påtar seg et ansvar for å sikre at hele befolkningen gis tilgang til dem. Vi kaller disse tjenestene for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Hvis ikke markedet tilbyr disse tjenestene i ønsket omfang eller til ønsket kvalitet eller pris, kan offentlige myndigheter velge å kompensere private eller offentlige tilbydere for å utføre tjenestene. Dersom vederlaget ikke er fastsatt slik at tjenesten tilbys for minst mulig kostnad for samfunnet, det vil si dersom vederlaget ikke er markedsmessig, vil kompensasjonen ofte inneholde et element av offentlig støtte. Bruk av en åpen anbudskonkurranse kan, på nærmere vilkår, sikre at vederlaget fastsettes slik at det ikke innebærer offentlig støtte til leverandøren av tjenesten. I så fall kommer ikke reglene om offentlig støtte til anvendelse.

Det finnes ingen eksakt juridisk definisjon innenfor EØS-retten på hva som kan utgjøre en tjeneste av allmenn betydning. EØS-landene kan derfor i stor grad selv definere hvilke tjenester som er allmenntjenlige. Allmenntjenlige tjenester må likevel ha visse særtrekk som gjør at de er av særlig betydning for befolkningen, og de må være av allmenn betydning. I dette ligger det at de ikke bare er viktige for visse individer eller grupper. ESA overprøver kun myndighetenes vurdering av hva som anses som en allmenntjenlig tjeneste dersom vurderingen er åpenbart uriktig («manifest error»). Bevisbyrden for at det dreier seg om en genuin allmenntjenlig tjeneste, ligger imidlertid hos statene.

#### ***Når utgjør finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning ikke offentlig støtte?***

Ifølge EU-domstolen kan bruk av en anbudsprosedyre ved tildeling av kontrakt utelukke at vederlaget for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning utgjør offentlig støtte. En hovedbetingelse er at anskaffelsesprosessen gjennomføres på en slik måte at man sikrer at tilbyderen som velges er den som kan levere tjenesten til lavest mulig

kostnad for samfunnet. I slike tilfeller er vederlaget å regne som normal betaling for den tjenesten som utføres, og ikke som støtte til tjenesteyteren. Dette er slått fast i den såkalte Altmark-dommen.<sup>174</sup> ESA har utgitt en meddelelse om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning som går nærmere inn på hva som skal til for å kunne utelukke at et tiltak innebærer offentlig støtte så lenge anskaffelsesregelverket er overholdt.<sup>175</sup>

Som alternativ til en anskaffelse, kan kompensasjonen fastsettes etter en såkalt målestokkonkurranse (benchmarking). Da måles den valgte tjenestetilbyderens kostnader opp mot de antatte kostnadene som et typisk veldrevet foretak ville hatt ved å utføre tjenesten.

I tillegg til de ovennevnte vilkårene, må den offentlige myndigheten sørge for at tre ytterligere vilkår er oppfylt.

For det første må det offentlige sikre at foretaket faktisk pålegges å levere tjenesten. I dette ligger det at foretakets plikt til å utføre tjenesten må defineres nærmere i lov, forskrift, vedtak, konsesjon eller avtale med myndighetene.

For det andre må kriteriene for kompensasjonsberegningen være fastlagt på forhånd. Det kreves ikke at myndighetene har fastsatt en eksakt kompensasjonssum på forhånd, men kriteriene for kompensasjonsberegningen må være nøye definert på forhånd. Hvis det i etterkant av kontraktsinngåelsen viser seg at tjenesteyteren har hatt uforutsette kostnader, og det ikke er tatt høyde for dette i kontrakten, vil det være vanskelig å dekke disse kostnadene uten at dette må anses som offentlig støtte.

For det tredje er det et vilkår at tjenesteyter ikke overkompenseres for tjenesteytelsen. Dette innebærer at det offentlige kun kan dekke kostnader som faktisk er forbundet med den allmenntjenlige tjenesten, og som i tillegg fremstår som nødvendig for å kunne tilby den aktuelle tjenesten. Kompensasjonen kan imidlertid inkludere en rimelig fortjeneste til tjenesteyteren uten at dette anses som overkompensasjon.

<sup>174</sup> Sak C-280/00 Altmark trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, ECLI:EU:C:2003:415, avsnittene 88-93.

<sup>175</sup> [Application of the state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest.](#)

Kompensasjonsordninger som oppfyller alle de ovennevnte vilkårene utgjør ikke offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1). Begrunnelsen er at dersom kompensasjonen fastsettes i samsvar med disse vilkårene oppnår ikke tjenesteyter noen økonomisk fordel som ikke kunne vært oppnådd under normale markedsforhold.

I tillegg til den muligheten for kompensasjon som følger av Altmark-dommen, kan kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning gis uten å utgjøre offentlig støtte under en egen forordningen om bagatellmessig støtte for tjenester av allmenn økonomisk betydning.<sup>176</sup> Denne slår fast at en tjenesteyter kan motta inntil 500 000 euro i offentlig kompensasjon, innenfor en treårsperiode, for å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning. Så lenge tjenesteyteren ikke mottar offentlig kompensasjon utover disse grensene er vilkåret om samhandlingspåvirkning i EØS-avtalen artikkel 61(1) ikke oppfylt. Slik bagatellmessig støtte faller derfor utenfor det generelle forbudet mot offentlig støtte i EØS-avtalen artikkel 61(1) og kan lovlig tildeles uten melding til ESA.

#### **Offentlig støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning som er forenlig med EØS-avtalen**

Dersom verken Altmark-vilkårene eller vilkårene for bagatellmessig støtte er oppfylt, vil det offentlige finansiering av den allmennyttige tjenesten utgjøre offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1). Her er det to mulige grunnlag for støtte som omtales nedenfor.

*Kommisjonsbeslutning 2012/21/EU*<sup>177</sup> oppstiller vilkårene for når offentlig finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning skal anses forenlig med EØS-avtalen artikkel 59(2). Kommisjonsbeslutningen kalles også *gruppeunntaket for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning*. Så lenge den allmennyttige tjenesten finansieres i tråd med dette regelverket, er det ikke nødvendig å melde fra til ESA. Kommisjonsbeslutningen gjelder for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning der kompensasjonen fra det offentlige ikke overstiger 15 millioner euro i året. I

tillegg gjelder den for enkelte typer tjenester, som helsetjenester og barnevern, uavhengig av kompensasjonens størrelse.

Kommisjonsbeslutningen gjelder i utgangspunktet bare for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning der oppdraget har en varighet på inntil ti år. Dette kan fravikes dersom oppdraget krever en betydelig investering som avskrives over en lengre periode enn ti år.

Videre må plikten til å utføre den allmennyttige tjenesten være pålagt foretaket ved en eller flere bindende rettsakter (lov, forskrift, vedtak, avtale, konsesjon). Rettsakten må angi forpliktelsen art og varighet, og fastsette parametere for kompensasjonsberegning, kontroll og revisjon av kompensasjonen, og sikkerhetsmekanismer for å unngå overkompensasjon mv.

Det offentlige skal ikke betale mer enn det som er nødvendig for å dekke de kostnadene foretaket pådrar seg for å levere den allmennyttige tjenesten, inkludert en rimelig fortjeneste. Eventuelle inntekter knyttet til tjenesten skal komme til fradrag. Det bør også innføres insentiver for å effektivisere driften over tid. Dersom foretaket, i tillegg til den allmennyttige tjenesten utfører andre tjenester som ikke skal finansieres av det offentlige etter reglene om tjenester av allmenn økonomisk betydning, må det skilles mellom inntekter og utgifter til de forskjellige virksomhetene/tjenestene for å hindre ulovlig kryssubsidiering (regnskapsmessig skille og riktig kostnadsallokering). Felleskostnader, det vil si kostnader som knytter seg til flere av foretakets virksomheter/tjenester, fordeles forholdsmessig mellom disse. Det er de faktiske utgiftene som legges til grunn når størrelsen på den offentlige kompensasjonen skal beregnes.

Oppdragsgiver, det vil si det offentlige, plikter å føre kontroll med utbetalt kompensasjon for å sikre at støttemottaker ikke overkompenseres. Slike undersøkelser skal foretas jevnlig, men minimum hvert tredje år og ved ordningens opphør. Eventuell overkompensasjon som avdekkes ved slike undersøkelser skal i utgangspunktet tilbakebetales til det offentlige. Overkompensasjon som ikke overstiger ti prosent av den totale kompensasjonen kan videreføres, ved at dette beløpet kommer til fradrag når kompensasjonen for påfølgende periode skal fastsettes.

<sup>176</sup> [Commission Regulation \(EU\) No 360/2012 of 25 April 2012 on the application of Articles 107 and 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union to de minimis aid granted to undertakings providing services of general economic interest.](#)

<sup>177</sup> [Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106\(2\) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest.](#)



ESAs retningslinjer om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning<sup>178</sup> kan benyttes for avtaler om finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning som hverken oppfyller Altmarkkriteriene, vilkårene i Kommissjonsbeslutningen eller forordningen om bagatellmessig støtte (for eksempel fordi beløpsgrensene er overskredet). Slik kompensasjon må notifiseres og godkjennes av ESA før tiltaket iverksettes. Retningslinjene om godtgjøring til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning angir vilkårene som må være oppfylt for at ESA skal godkjenne tiltaket.

Til forskjell fra Kommissjonsbeslutningen gjelder det ingen terskelverdi for anvendelse av ESAs retningslinjer. For øvrig vil vurderingstemaet for støtategiver være delvis sammenfallende med Altmarkkriteriene og Kommissjonsbeslutningen. Tjenesten må være klart definert, og pålagt tjenesteyter gjennom en rettsakt som regulerer kriteriene for fastsettelse av kompensasjonen mv. Det kan ikke gis høyere kompensasjon enn hva som er «nødvendig», inkludert en «rimelig fortjeneste», og overkompensasjon må unngås. Også kompensasjon etter retningslinjene må være i overensstemmelse med EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser.

#### 4.4 Reglene om offentlige anskaffelser

I henhold til mandatet skal arbeidsgruppen vurdere tiltak for å sikre like vilkår for offentlige og private aktører når de tilbyr tjenester i markedet. Arbeidsgruppens utredning behandler derfor i første rekke situasjoner hvor det offentlige selger varer eller tjenester i et marked. Anskaffelsesreglene gjelder derimot i situasjoner hvor det offentlige kjøper varer eller tjenester. Anskaffelsesregelverket er likevel relevant i denne sammenhengen. Hvis en offentlig aktør velger å anskaffe varer eller tjenester fremfor å ta i bruk egne ressurser, kommer i utgangspunktet anskaffelsesregelverket til anvendelse, med den følge at ulike tilbydere, offentlige så vel som private, kan konkurrere om retten til å levere på like vilkår. Valget av leverandør avgjøres da på bakgrunn av hvilket tilbud som har lavest pris, lavest kostnad, eller beste forhold mellom pris og kostnad og kvalitet, ikke på bakgrunn av om leverandøren er en offentlig eller privat virksomhet. Det er dermed det offentlige

som leverandør i en anskaffelse som er relevant for arbeidsgruppen.

Anskaffelsesregelverket bygger på en grunnleggende sontring mellom private og offentlige anskaffelser.<sup>179</sup> Det kan generelt sett antas at private markedsaktører normalt vil opptre bedriftsøkonomisk rasjonelt, fordi de selv må bære konsekvensene av forretningsmessig dårlige disposisjoner. I tillegg har en del medlemsland konstitusjonelle skranker relatert til kontraheringsfrihet og forbud mot inngrep i eiendomsretten. Derfor står private markedsaktører fritt til å foreta sine anskaffelser på den måten de måtte ønske. For offentlige markedsaktører er utgangspunktet et annet. Håndhevelsesutvalget uttaler at «*offentlige innkjøpere ikke har samme insitamant til å opptre økonomisk rasjonelt som private, siden de ikke er underlagt samme konkurranse og samme krav til effektivitet og inntjening*».<sup>180</sup> Når det offentlige skal foreta sine anskaffelser, gjelder derfor strenge og til dels detaljerte prosedyreregler.

Anskaffelsesreglene har sitt opphav dels i EØS-retten, dels i intern norsk rett. Formålene med reglene er likevel ikke helt overlappende i EØS og i Norge. Den EØS-rettslige reguleringen av offentlige anskaffelser skal primært bidra til å realisere et felles europeisk indre marked. Norsk lovgiver har primært sett på regelverket som et verktøy for å sikre at det offentliges midler forvaltes på best mulig måte. De norske anskaffelsesreglene skal derfor bidra til effektiv ressursbruk. Enkelt formulert skal offentlig sektor få mest mulig ut av fellesskapets midler når noe skal anskaffes, med de positive samfunnsøkonomiske følger dette har. Videre skal anskaffelsesregelverket bidra til at allmennheten har tillit til at offentlige innkjøp skjer på en samfunnstjenlig måte, og sikre åpenhet rundt og kontroll med anskaffelsene i offentlig sektor.

De EØS-rettslige reglene om offentlige anskaffelser hører ikke inn under konkurransereglene i avtalen, men reglene om det indre markedet. Reglene må dermed ses i sammenheng med blant annet reglene om fri flyt av varer og tjenester i det indre markedet. Dette kan få en viss betydning for reglenes anvendelsesområde. Man kan ikke ta for gitt at anskaffelsesreglenes anvendelsesområde vil være det samme som anvendelsesområdet til for

<sup>178</sup> [Framework for state aid in the form of public service compensation.](#)

<sup>179</sup> Fremstillingen bygger i hovedsak på NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*, avsnitt 9.2 og 9.3.

<sup>180</sup> NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*, avsnitt 5.2.2.

eksempel reglene om offentlig støtte.<sup>181</sup> For denne rapporten er det tjenesteområdet som er aktuelt. Det følger av EØS-avtalen artikkel 37 at tjenester i EØS-avtalens forstand er «tjenester som vanligvis ytes mot betaling».

Det norske regelverket om offentlige anskaffelser består av lov og forskrifter om offentlige anskaffelser. Loven inneholder blant annet de grunnleggende prinsippene som gjelder for alle anskaffelser. De detaljerte reglene om gjennomføring av offentlige anskaffelser finnes i anskaffelsesforskriften,<sup>182</sup> forsyningsforskriften,<sup>183</sup> konsesjonskontraktforskriften<sup>184</sup> og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.<sup>185</sup> Forskriftene inneholder dels gjennomføring av EU-direktiver om offentlige anskaffelser. Disse reglene gjelder for anskaffelser som overskrider terskelverdiene som er fastsatt i EØS-regelverket. Slike anskaffelser anses å ha grenseoverskridende virkning, og da kommer EØS-reglene til anvendelse. I tillegg har norske myndigheter for de fleste typer anskaffelser vedtatt interne norske terskelverdier. Både EØS-terskelverdiene og de norske terskelverdiene avhenger av hva anskaffelsen gjelder. Anskaffelser med en kontraktsverdi som overskrider disse tersklene skal gjennomføres i henhold til forholdsvis detaljerte prosedyreregler. For anskaffelser under EØS-terskelverdi, hvor det ikke finnes noen intern norsk terskel, eller hvor verdien er lavere enn norsk terskelverdi, gjelder de grunnleggende kravene til anskaffelsen. Anskaffelser under 100 000 NOK er imidlertid unntatt også fra de grunnleggende prinsippene.

De grunnleggende kravene innebærer blant annet krav til konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet.<sup>186</sup>

Regelverket om offentlige anskaffelser er i det vesentligste et prosedyreregulering som regulerer fremgangsmåten ved tildeling av kontrakter. Reglene fører til at oppdragsgivere ikke fritt kan velge hvilke forhold de vil legge vekt på når de velger hvem som skal utføre tjenesten. En oppdragsgiver må velge tilbudet på grunnlag av den laveste

prisen, den laveste kostnaden, eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet etter en konkurranse mellom flere leverandører.

Grunnvilkåret for at anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse, er at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt. En kontrakt i anskaffelsesreguleringens forstand er en gjensidig bebyrdende avtale som en eller flere oppdragsgivere inngår skriftlig med en eller flere leverandører. At kontrakten må være gjensidig bebyrdende innebærer at begge parter må være forpliktet av avtalen, og at forpliktelsene må være avhengige av hverandre. Oppdragsgivers vederlag vil normalt bestå i å betale en sum penger, men det kan også være en annen form for økonomisk motytelse, som for eksempel å gi avkall på noe man ellers ville fått.

### **Egenregi**

Anskaffelsesreguleringene setter rammer for det offentlige kjøp av tjenester. Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Denne friheten gjelder også valg av fremgangsmåte når forvaltningen skal dekke sitt behov for varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. Det betyr at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme om han vil dekke sin etterspørsel ved hjelp av eksterne leverandører, eller ved å ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi. Oppdragsgiveren må selv vurdere om det er mest hensiktsmessig å dekke behovet ved egenregi, eller ved bruk av eksterne leverandører. Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse. Et typisk eksempel er der to enheter innenfor samme rettssubjekt, eksempelvis to kommunale etater, inngår en avtale.

Dersom det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter, kommer som utgangspunkt anskaffelsesregelverket til anvendelse. Dette utgangspunktet gjelder også der det inngås kontrakter mellom to offentlige oppdragsgivere, eksempelvis mellom to kommuner. Det kan imidlertid være en slik tilknytning mellom to rettssubjekter at anskaffelsesregelverket likevel ikke kommer til anvendelse, såkalt utvidet egenregi. Unntaket for utvidet egenregi forutsetter et slags over-/underordnet forhold mellom oppdragsgiveren og leverandøren. Enkelte samarbeidsavtaler mellom offentlige oppdragsgivere

<sup>181</sup> Se NOU 2016: 12 *Ideell opprydding* kapittel 8.1 s. 152.

<sup>182</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

<sup>183</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene.

<sup>184</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter.

<sup>185</sup> Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

<sup>186</sup> Se lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) § 4.



kan også på visse vilkår være unntatt anskaffelsesregelverket.

Spørsmålet om hvorvidt en vare eller tjeneste skal leveres i egenregi eller ikke, ligger utenfor arbeidsgruppens mandat. De spørsmålene som kan oppstå som følge av at det leveres tjenester av EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet av samme virksomhet, er behandlet i punkt 3.2.2.

#### 4.5 EØS-avtalen artikkel 125 om eiendomsretten

EØS-avtalens artikkel 125 slår fast at avtalepartenes regler om eiendomsretten ikke påvirkes av EØS-avtalen:

«Denne avtale skal ikke på noen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten.»

Det følger av artikkel 125 at EØS-avtalen ikke legger seg opp i avtalepartenes regulering av eierforhold, og at EØS-avtalen er nøytral i valget mellom statlig eller privat eiendomsrett.<sup>187</sup> EØS-avtalen er dermed ikke i veien for at staten kan eie og drive næringsvirksomhet.<sup>188</sup>

Essensen i artikkel 125 er at den anerkjenner blandingsøkonomi, det vil si at staten har rett til å bestemme størrelsen på offentlig og privat sektor, og at staten har rett til å privatisere offentlig eiendom eller nasjonalisere privat eiendom. Bestemmelsen innebærer dermed at offentlige foretak verken kan belønnes eller straffes fordi de er offentlige. Dette innebærer at EØS-avtalen artikkel 125 gir uttrykk for at avtalen er nøytral til hvordan staten organiserer sin økonomi og at den likebehandler offentlige og private foretak.

Det er et grunnleggende prinsipp innenfor EØS at offentlige og private markedsaktører skal gis likeartede rammevilkår. Selv om artikkel 125 kan rettfærdiggjøre at visse typer virksomhet forbeholdes offentlige aktører, hjemler ikke bestemmelsen en adgang til å forskjellsbehandle offentlige og private aktører dersom private aktører gis tillatelse til å drive den aktuelle type virksomhet. Dette

har støtte i flere avgjørelser fra EU-domstolen.<sup>189</sup> I Westdeutsche Landesbank uttalte domstolen seg om at anvendelsen av markedsaktørprinsippet heller ikke innebærer noen diskriminering av den offentlige aktøren:

«The principle of equal treatment prohibits like cases from being treated differently, thereby subjecting some to disadvantages as opposed to others, without such differentiation being justified by the existence of substantial objective differences [...]. However, a public investor is not in the same situation as a private investor. The private investor can count only on his own resources in order to finance his investments and is liable, up to the limits of those resources, for the consequences of his decisions. The public investor, on the other hand, has access to resources flowing from the exercise of public power, in particular from taxation. Consequently, as the situations of those two types of investors are not the same, there is no discrimination against the public investor if the conduct of an informed private investor is taken into account in order to assess the conduct of the public investor.»<sup>190</sup>

EØS-avtalen artikkel 125 kan dermed ikke forstås slik at den gir noe generelt unntak fra EØS-avtalen i slike situasjoner – statene må uansett respektere avtalens grunnleggende prinsipper om for eksempel etableringsfrihet og fri flyt av kapital i slike situasjoner.

I hjemfallssaken fant EFTA-domstolen at den dagjeldende norske ordningen med tidsbegrensning og hjemfallsplikt for alle private og utenlandske selskaper, men ikke for norske offentlige selskaper, brøt med artiklene 31 og 40 i EØS-avtalen om henholdsvis fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse.<sup>191</sup> Det fulgte av industrikonsesjonsloven at konsesjon for erverv av vannfall til kraftproduksjon gjaldt for ubestemt tid når konsesjonen var gitt til offentlig eide foretak. For andre foretak, inkludert utenlandske foretak, var konsesjonen tidsbegrenset. Videre var alle private og utenlandske foretak pålagt å avstå enhver eiendomsrett til vannfall

<sup>187</sup> Se nærmere omtale i NOU 2004: 26 *Hjemfall*, punkt 3.2.4.

<sup>188</sup> Om bakgrunnen for den tilsvarende bestemmelsen i traktaten om Den europeiske unions virkemåte, artikkel 345, se for eksempel Akkermans, B. og E. Ramaekers (2010): [Article 345 TFEU \(ex Article 295 EC\), Its Meanings and Interpretations](#), European Law Journal, Volume 16, Issue 3, May 2010, s. 292-314.

<sup>189</sup> Se blant annet sak C-182/83 *Fearon v Irish Land Commission*, ECLI:EU:C:1984:335, sak C-302/97 *Konle*, ECLI:EU:C:1999:271.

<sup>190</sup> Se forente saker T-228/99 og T-233/99 *Westdeutsche Landesbank*, ECLI:EU:T:2003:57 avsnitt 272, se også forente saker 188 to 190/80 *Frankrike, Italia og Storbritannia mot Kommissjonen* ECLI:EU:C:1982:257, avsnitt 21.

<sup>191</sup> Sak E-2/06.

og tilhørende installasjoner til staten (hjemfall) ved utløpet av konsesjonsperioden. Slikt hjemfall skjedde vederlagsfritt for staten og omfattet vannfallet og alle innretninger som endrer vannets løp og leie, kraftverket og tilhørende maskineri.

Da ESA tok saken inn for EFTA-domstolen understreket organet at problemet ikke var selve regelen om hjemfall. Denne var etter ESAs mening ikke i strid med EØS-avtalen. Problemet var at regelen etter ESAs oppfatning diskriminerte mellom norske konsesjonsinnehavere og tilsvarende fra andre EØS-land. Hjemfallsregelen kom ikke til anvendelse for norske offentlige eiere av kraftverk, mens den gjaldt både offentlige og private eiere fra andre EØS-land.<sup>192</sup>

Norske myndigheter hevdet på sin side blant annet at hjemfallsregelen var en del av eiendomsreguleringen innenfor vannkraftsektoren, og dermed falt inn under EØS-avtalen artikkel 125. Norske myndigheter hevdet at artikkel 125 må forstås slik at avtalen ikke berører statens rett til å regulere rett til eiendom over naturressurser, og at den har kompetanse til selv å avgjøre om dens eiendom skal nasjonaliseres eller privatiseres. Norske myndigheter argumenterte også for at artikkel 125 er en tolkningsfaktor ved forståelsen av andre bestemmelser i EØS-avtalen, og at dette medførte at hjemfallsretten ikke kunne anses som en restriksjon i EØS-avtalens forstand.

EFTA-domstolen fant altså at ordningen brøt med fundamentale prinsipper i EØS-avtalen.<sup>193</sup> Ifølge EFTA-domstolen innebærer artikkel 125 i EØS-avtalen at hver EØS-stat har rett til selv å

bestemme om vannkraftressurser og tilhørende installasjoner skal være i privat eller offentlig eie.<sup>194</sup> Dermed kunne Norge legitimt forfølge en målsetning om å etablere en eiendomsrettsordning der disse formuesgodene skal være i offentlig eie. I den konkrete saken avviste imidlertid EFTA-domstolen at det gjeldende norske konsesjons- og hjemfallsregimet faktisk hadde en slik målsetning. Dette begrunnet domstolen med at regimet brakte en overveiende del av vannkraftressurser og tilhørende installasjoner inn under offentlig eierskap, men ikke gjorde alle offentlig eiet. Myndighetene kunne videre etter skjønn tillate at formuesgodene gikk tilbake igjen til privat eierskap. EFTA-domstolen fant derfor at det norske regimet forfulgte en målsetning om å etablere og opprettholde en viss offentlig kontroll med vannkraftsektoren, snarere enn en målsetning om å etablere og opprettholde offentlig eie.

EØS-avtalen er dermed ikke til hinder for nasjonalisering av privat eiendom, såfremt denne ikke bryter med avtalens grunnleggende prinsipper, som for eksempel ikke-diskriminering. Det er i så måte interessant å merke seg at konsekvensen av at Norge tapte saken for EFTA-domstolen ble at det nå i hovedsak bare er offentlige aktører som får lov til å erverve større vannfall og kraftverk i Norge.

Artikkel 125 vil altså ikke kunne rettferdiggjøre tiltak som er i strid med for eksempel EØS-avtalens regler om etableringsfrihet. Likevel kan bestemmelsen i enkelte tilfeller være en tolkningsfaktor i vurderingen av om et tiltak er i strid med støtteregelelene eller ikke.

<sup>192</sup> Se ESAs pressemelding [PR\(06\)20](#).

<sup>193</sup> Se avsnitt 64 flg.

<sup>194</sup> Se avsnitt 72 flg.

# 5 Begrepet økonomisk aktivitet i støtteregele

Det følger av mandatet at arbeidsgruppen skal vurdere hvilke aktiviteter omfattet av dagens skattefritak og konkursimmunitet som utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Bakgrunnen for dette punktet i mandatet er at EØS-avtalens regler om offentlig støtte bare gjelder for aktiviteter som anses som økonomiske i EØS-avtalens forstand. Dette er reflektert i det såkalte foretaksvilkåret i EØS-avtalen artikkel 61(1), som sier at reglene om offentlig støtte får anvendelse der mottakeren av offentlige midler er et foretak. Derimot vil støtteregele ikke være relevante for skattefritak og konkursimmunitet til fordel for aktører som ikke er foretak.

Det foreligger rettspraksis om en rekke ulike offentlige tjenester som tar stilling til om disse tjenestene er omfattet av støtteregele fordi de utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. For andre offentlige tjenester finnes det likevel ikke slik praksis. I det følgende vil arbeidsgruppen omtale tjenester hvor det foreligger klar praksis, og på et overordnet nivå vise hvordan vurderingen av om tjenesten er omfattet av støtteregele eller ikke, skal gjennomføres.

## 5.1 Foretak driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet

Med EØS-rettslig økonomisk aktivitet menes en aktivitet som består i å tilby varer eller tjenester i et marked. EU-kommisjonens og ESAs forståelse av begrepet er oppsummert i kapittel 2 i retningslinjene om støttebegrepet.<sup>195</sup>

Utgangspunktet for vurderingen av om en enhet er et foretak eller ikke, er om enheten kan sies å drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Foretaksbegrepet er ikke legaldefinert i EØS-avtalens hoveddel, men i protokoll 22 til EØS-avtalen fremgår det at enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art, er et foretak. Definisjonen er på linje med EU- og EFTA-dom-

<sup>195</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet ([Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61\(1\) of the EEA Agreement](#)).

stolens praksis om foretaksbegrepet.<sup>196</sup> Praksis under EØS-avtalens regler om de fire friheter kan være relevant ved tolkningen av begrepet, selv om reglene ikke nødvendigvis har samme virkeområde.<sup>197</sup>

Foretaksbegrepet er autonomt i EU- og EØS-retten, noe som innebærer at begrepet ikke alltid er sammenfallende med lignende norske begreper.<sup>198</sup> Status under nasjonal lov er heller ikke avgjørende for om en aktør er et foretak, noe som innebærer at for eksempel offentlige organer og organisasjoner kan være foretak. Andre formelle forhold, som for eksempel klassifisering etter skatteloven, er heller ikke avgjørende.

Videre bygger begrepet på en funksjonell tilnærming, noe som innebærer at en enhet kan anses som et foretak i én sammenheng, men ikke i en annen. En og samme enhet, for eksempel en kommune, kan samtidig være både foretak og offentlig myndighet. I slike tilfeller vil støtteregele gjelde for den del av virksomheten som anses som et foretak. For eksempel vil støtteregele sannsynligvis gjelde for den delen av en kommunes virksomhet som gjelder drift av parkeringsplasser, mens støtteregele ikke vil gjelde når kommunen gir regler om parkering i kommunen, eller håndhever parkeringsbestemmelsene.

Virksomhetens art er utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger EØS-rettslig økonomisk aktivitet. EU-domstolen har uttalt at «*any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity*».<sup>199</sup> Dette innebærer at hvis enheten tilbyr en tjeneste i konkurranse med private eller offentlige aktører, vil tjenesten normalt måtte anses som en EØS-rettslig økonomisk aktivitet som er omfattet av støtteregele.

<sup>196</sup> Se EFTA-domstolens sak E-8/00 LO v KS, avsnitt 62.

<sup>197</sup> Se for eksempel EFTA-domstolens dom i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund, avsnitt 81.

<sup>198</sup> Det er flere eksempler på bruk av tilsvarende begreper i norsk lovgivning, men som til dels kan ha ulikt innhold og/eller er definert på forskjellig måte, slik som for eksempel virksomhetsbegrepet i skatteloven og uttrykket næringsvirksomhet i kommuneloven.

<sup>199</sup> Forenede saker C-180-184/98 Pavlov, ECLI:EU:C:2000:428, avsnitt 75.

En vare eller tjeneste som leveres i et marked vil normalt utføres mot et vederlag. Vederlaget kan komme fra brukeren, staten, kommunene, forsikringsordninger osv. Motsatt vil det faktum at det ikke betales et markedsmessig vederlag i enkelte tilfeller kunne indikere at tjenesten ikke leveres i et marked. Her vil det ofte oppstå spørsmål om tjenesten leveres på grunnlag av et solidaritetsprinsipp.

Det er ikke avgjørende for vurderingen om aktiviteten er drevet med overskudd for øyet. En offentlig etat eller en ideell forening kan anses som et foretak, mens et privat aksjeselskap kan være en ikke-økonomisk aktør.<sup>200</sup> EU-domstolen har uttalt at også ikke-kommersiell aktivitet kan utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet i visse tilfeller.<sup>201</sup> Dette er særlig aktuelt dersom tilbudet av varer eller tjenester skjer uten utbytte for øye, men konkurrerer med andre, profittorienterte tilbud.<sup>202</sup>

Videre er det avgjørende at det finnes faktisk konkurranse i markedet, eller at konkurranse potensielt er mulig. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at en vare eller tjeneste teoretisk kunne tilbys av en konkurrent.<sup>203</sup>

Det følger av dette at der offentlige aktører driver aktiviteter i et marked, i konkurranse med andre, vil de i utgangspunktet anses for å være foretak som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Aktiviteten er dermed omfattet av støtteregele. Dette innebærer at dersom staten eller kommunene driver ren næringsvirksomhet vil denne være omfattet av støtteregele. Kommunal næringsvirksomhet kan omfatte for eksempel innsamling og behandling av næringsavfall, cateringdrift og salg av ulike driftstjenester til private.

Om det eksisterer et marked for en aktivitet, kan variere fra en EØS-stat til en annen, og endre seg i takt med markedsutviklingen.<sup>204</sup> Det kan blant annet påvirkes av politiske valg og den generelle økonomiske utviklingen. EØS-statene står til en viss grad fritt til å organisere og regulere markedet i henhold til nasjonale preferanser og tradisjo-

ner. Dette medfører at samme tjeneste kan anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet i ett land og ikke-økonomisk aktivitet i et annet. For eksempel vil spesialisthelsetjenester i Norge, som vi skal se i det følgende, i stor grad falle utenfor støtteregele. I Belgia, derimot, er de samme tjenestene omfattet av støtteregele.<sup>205</sup>

Videre kan tjenester som ikke anses som markeds-tjenester over tid utvikle seg til tjenester som leveres i et marked, for eksempel når regulerte markeder åpnes for konkurranse. Det motsatte kan også forekomme, det vil si at et marked «lukkes» gjennom regulering, slik at aktiviteten ikke lenger anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>206</sup>

På enkelte områder finnes det praksis som kan begrunne at man, til tross for at en aktør selger varer eller tjenester i et marked, kan argumentere for at virksomheten ikke driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette gjelder blant annet enkelte tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet og enkelte sosiale tjenester. Vi går nærmere inn i disse ulike kategoriene nedenfor.

## 5.2 Utøvelse av offentlig myndighet

Utøvelse av offentlig myndighet er alltid ikke-økonomisk aktivitet og faller utenfor støtteregele. Begrepet offentlig myndighet er et autonomt EØS-rettslig begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. Dette innebærer at bruken av begrepet offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng. Det som regnes som myndighetsutøvelse i EØS-avtalens forstand kan dermed være noe snevrere enn det som tradisjonelt er omfattet av begrepet myndighetsutøvelse i Norge.

Det må legges til grunn at begrepet offentlig myndighetsutøvelse må tolkes på samme måte i tilknytning til EØS-avtalens regler om offentlig støtte som i reglene om det indre markedet. Det følger av EØS-avtalen artikkel 32, at reglene om fri bevegelse ikke kommer til anvendelse på «*virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet*».

<sup>200</sup> Sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund, avsnitt 78.

<sup>201</sup> For eksempel forente saker 209/78 til 215/78 og 218/78 Van Landewyck, ECLI:EU:C:1980:248.

<sup>202</sup> Sak C-49/07 Motosykletistiki Omospondia Ellados, ECLI:EU:C:2008:376.

<sup>203</sup> EFTA-domstolens dom i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund, avsnitt 80.

<sup>204</sup> Forente saker C-159/91 og C-160/91 Poucet og Pistre, ECLI:EU:C:1993:63.

<sup>205</sup> Se Kommisjonens vedtak i sak SA.19864 – 2014/C Public financing of Brussels public IRIS hospitals, særlig avsnitt 107-111.

<sup>206</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnitt 13.

Det følger av rettspraksis at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse bare omfatter virksomhet som i seg selv er direkte og særlig forbundet med utøvelse av offentlig myndighet.<sup>207</sup> I tilknytning til reglene om de fire friheter har EU-domstolen uttalt at offentlig myndighetsutøvelse forutsetter «*a sufficiently qualified exercise of prerogatives outside the general law, privileges of official power or powers of coercion*».<sup>208</sup>

I tilknytning til reglene om det indre markedet har ESA i vedtak 154/17/COL klargjort sin tolkning av begrepet myndighetsutøvelse i EØS-rettslig forstand. Spørsmålet i saken var om det var adgang til å reservere en konkurranse om barneverntjenester for ideelle leverandører, eller om anskaffelsesreglene innebar en plikt til likebehandling av ideelle og kommersielle aktører. ESAs vurderinger i denne saken vil også være relevante i saker om offentlig støtte.

En rekke av det offentliges kjerneoppgaver faller utenfor støttereglene fordi de anses som forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. Dette gjelder blant annet oppgaver knyttet til kompetanse til å gi lover og forskrifter, håndhevelse av slikt regelverk og andre forvaltningsoppgaver. Virksomheten kan være rettet mot borgerne, som for eksempel behandling av søknader og ulike tilsyns- og kontrolloppgaver, eller internt rettede oppgaver, som administrasjon av offentlig virksomhet mv. For eksempel vil kontroll med salgs- og skjenkebevillinger etter alkoholloven § 1-9, tilsyn i byggesaker og etter byggt teknisk forskrift, tilsyn med barnehager etter barnehageloven § 16 og tilsyn med besittere av bestemte typer næringsavfall etter forskrift 5. desember 2003 nr. 1909 anses som utøvelse av offentlig myndighet. Utøvelse av offentlig myndighet kan også omfatte internt rettede oppgaver, som administrasjon av offentlig virksomhet mv. Videre vil utførelse av lovpålagte myndighetsoppgaver, som for eksempel plikter knyttet til beredskap mot akutt forurensning etter forurensningsloven kapittel 6, gjennomføring av Sivilforsvarets oppgaver og tiltak etter sivilbeskyttelsesloven og brannberedskap etter brann- og eksplosjonsloven anses som myndighetsutøvelse.

<sup>207</sup> Sak C-2/74 Reyners, ECLI:EU:C:1974:68, avsnitt 45: «*those activities which, taken on their own, constitute a direct and specific connexion with the exercise of official authority*».

<sup>208</sup> Sak C-160/08 Kommissjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2010:230, avsnitt 79.

Det følger av rettspraksis og ESAs veiledning om støttebegrepet at blant annet fengsels- og rettsvesen, sikkerhetskontroller i havner og på flyplasser, og overvåkning av forurensning er typiske eksempler på myndighetsutøvelse, og følgelig anses som ikke-økonomisk aktivitet.<sup>209</sup> Også utvikling og rensing av offentlig eid tomteareal foretatt av offentlige myndigheter anses som utøvelse av offentlig myndighet. Dette omfatter blant annet klargjøring for bygging og tilknytning til infrastruktur.<sup>210</sup> I tillegg uttaler ESA i sine retningslinjer at innsamling av data som skal benyttes til offentlige formål på basis av en plikt for foretakene til å avgi slike data anses som myndighetsutøvelse.<sup>211</sup>

Enkelte typer offentlig tjenesteyting kan også utgjøre myndighetsutøvelse. Slike tjenester vil dermed ikke utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette innebærer at offentlig finansiering av tjenestene ikke faller inn under støttereglene. For eksempel vil barneverntjenester som involverer bruk av tvang anses som tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet. ESA har i brev av 14. september 2015 til Nærings- og fiskeridepartementet uttalt at tre ideelle stiftelser som drev barnevernstjenester ikke var foretak, og begrunnet dette med at de utøvet offentlig myndighet og/eller tilbød ikke-økonomiske sosiale tjenester. ESA la i denne forbindelse vekt på institusjonenes adgang til å utøve tvang. ESA har senere bekreftet dette synspunktet i en beslutning vedrørende anskaffelsesreglene.<sup>212</sup> Tilsvarende argumentasjon kan også benyttes for andre typer tjenester, som for eksempel psykiatrisk behandling og andre helse- og omsorgstjenester, i den grad tjenesten innebærer bruk av tvang.<sup>213</sup> Det har også vært hevdet at sykehjemstjenester vil innebære bruk av tvang i en utstrekning som tilsier at tjenesten innebærer utøvelse av offentlig myndighet.<sup>214</sup>

ESAs retningslinjer om støttebegrepet omtaler situasjoner hvor en offentlig enhet både driver virksomhet som anses som myndighetsutøvelse

<sup>209</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet, avsnitt 17.

<sup>210</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnitt 17 bokstav (f) og fotnote 21.

<sup>211</sup> *Ibid* avsnitt 17 bokstav (g).

<sup>212</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 154/17/COL of 20 September 2017 closing a complaint case arising from an alleged unlawful discrimination of private enterprises and breach of the EEA rules on public procurement.

<sup>213</sup> Se brev fra Nærings- og fiskeridepartementet til Autismedforeningen av 17. april 2015.

<sup>214</sup> Se brev fra Nærings- og fiskeridepartementet til ESA av 1. mars 2017 angående Oslo kommunes kjøp av sykehjemsplasser fra ideelle aktører.

og EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dersom det er mulig å skille den økonomiske aktiviteten fra myndighetsutøvelsen, skal den offentlige aktøren anses som et foretak for den del av virksomheten som gjelder økonomisk aktivitet. Dersom det ikke er mulig å skille de to delene av virksomheten fra hverandre, uttaler ESA at hele virksomheten er tilknyttet utøvelse av offentlig myndighet. Dermed faller virksomheten i sin helhet utenfor foretaksbegrepet.<sup>215</sup>

Som vi skal se under vil det for en rekke kommunale tjenester være et sentralt poeng hvorvidt tjenesten er fullt ut eller overveiende finansiert av det offentlige, eller om den er finansiert gjennom brukerbetaling eller fra andre private kilder. Dette vil imidlertid ikke være av betydning for tjenester som utgjør offentlig myndighetsutøvelse. For eksempel vil saksbehandlingsgebyr for behandling av saker etter plan- og bygningsloven ikke medføre at kommunens arbeid i slike saker utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Tjenesten beholder sin karakter av myndighetsutøvelse, selv ved finansiering gjennom brukerbetaling.

## 5.3 Offentlige tjenester – helse, utdanning og kultur

### 5.3.1 Felles prinsipper for vurderingen

Offentlige tjenester omfatter et vidt spekter av tjenester og aktiviteter som det offentlige gjør tilgjengelig og/eller finansierer helt eller delvis for befolkningen, og som tjener et allmenntilgitt formål. Slike tjenester kan være av EØS-rettslig økonomisk eller ikke-økonomisk karakter.

Mange offentlige tjenester kunne også vært levert av private, eller de leveres faktisk også av private etter avtale med det offentlige. Spørsmålet er om dette faktiske eller potensielle konkurranseforholdet innebærer at den offentlige tjenesten må anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Det følger av praksis og av ESAs retningslinjer om støttebegrepet at det ikke er hele markedet som sådan som vurderes for å avgjøre om en offentlig tjeneste utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det sentrale er hvordan den offentlige tjenesten er organisert, finansiert og tilrettelagt for brukerne.

<sup>215</sup> Se avsnitt 18.

Dette refereres ofte til som et spørsmål om tjenesten leveres under markedsmessige forhold.<sup>216</sup>

Av særlig betydning er finansieringen av tjenesten, nærmere bestemt om det er brukerne eller det offentlige som betaler for tjenesten. Dette formuleres ofte som et spørsmål om tjenesten er basert på solidaritet. I tillegg legges det vekt på om tjenesten er allment tilgjengelig, og om den er offentlig kontrollert. Litt forenklet innebærer dette at offentlige helse-, sosial-, skole- og utdanningstjenester mv. som er finansiert av det offentlige og ikke av brukerne, og som er allment tilgjengelige og underlagt offentlig tilsyn, anses som ikke-økonomiske tjenester. Vi kommer tilbake til disse tjenestene under.

Et annet eksempel på ikke-økonomiske tjenester er administrasjon av lovpålagte sosiale sikringsordninger som bygger på solidaritetsprinsippet. I forbindelse med slike ordninger er det i ESAs retningslinjer om støttebegrepet trukket frem en rekke momenter som kan indikere at en ordning ikke innebærer EØS-rettslig økonomisk aktivitet:

Tilslutning til ordningen er obligatorisk,<sup>217</sup> ordningen forfølger utelukkende sosiale formål,<sup>218</sup> ordningen har ikke profittformål,<sup>219</sup> ytelsene er uavhengig av innbetalingene<sup>220</sup>, størrelsen på utbetalte ytelser er ikke nødvendigvis proporsjonal med den forsikredes inntekter,<sup>221</sup> og ordningen er statlig kontrollert<sup>222</sup>. Folketrygdens administrasjon av trygde- og forsikringsordninger for sykdom, alder, ulykke, uførhet, arbeidsløshet og så videre anses derfor ikke å være EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Når det skal vurderes om tjenesten det offentlige leverer utgjør økonomisk aktivitet kan det virke nærliggende å vurdere markedet for tjenesten i den aktuelle staten.

<sup>216</sup> Se [ESAs retningslinjer for anvendelsen av reglene om offentlig støtte på støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning](#), avsnitt 12: «The state aid rules only apply where a certain activity is provided in a market environment.»

<sup>217</sup> Forente saker C-159/91 og C-160/91 Poucet og Pistre, ECLI:EU:C:1993:63.

<sup>218</sup> Sak C-218/00 *Cisal* og *INAIL*, ECLI:EU:C:2002:36.

<sup>219</sup> Forente saker C-264/01, C-306-01 og C-355/01 *AOK Bundesverband*, ECLI:EU:C:2004:150.

<sup>220</sup> Forente saker C-159/91 og C-160/91 *Poucet* og *Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63.

<sup>221</sup> Sak C-218/00 *Cisal* og *INAIL*, ECLI:EU:C:2002:36.

<sup>222</sup> Forente saker C-159/91 og C-160/91 *Poucet* og *Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63, sak C-218/00 *Cisal* og *INAIL*, ECLI:EU:C:2002:36, forente saker C-264/01, C-306-01 og C-355/01 *AOK Bundesverband*, ECLI:EU:C:2004:150.



## Boks 5.1 Eksempel: Tannlegetjenester

Tannlegetjenester er en liberalisert tjeneste der alle som oppfyller kravene for å være tannlege kan tilby sine tjenester i markedet. Brukerne kan gå til hvilken som helst tannlege og betaler selv for behandlingen i henhold til priser fastsatt av den enkelte tannlegen eller klinikken. Tannlegetjenester er med andre ord gjennomgående en økonomisk tjeneste som tilbys i et marked.

Enkelte grupper har imidlertid krav på gratis tannbehandling av det offentlige, og denne tjenesten er organisert og tilbudt gjennom fylkestannleger. Dette gjelder blant annet barn under 18 år og voksne med lav inntekt. Det offentlige er videre forpliktet til å sikre et tilstrekkelig tannhelsetilbud i hele landet. Dette innebærer en plikt til å tilby tannhelsetjenester i de deler av landet der det ikke er et tilstrekkelig tilbud av kommersielle tannhelsetjenester.

Det fremgår av ESAs beslutning<sup>1</sup> at den offentlige tannhelsetjenesten fikk tre forskjellige støtterettslige karakteristikker:

- Aktiviteten er en ikke-økonomisk aktivitet når den gis til brukere (blant annet barn og ungdom) som etter loven har krav på gratis behandling.
- Tannhelsetjenesten er en tjeneste av allmenn økonomisk betydning i områder der det ikke er et tilstrekkelig kommersielt tilbud.
- Tjenesten er en vanlig kommersiell tjeneste der de offentlige tannlegene selger tjenester til betalende pasienter i konkurranse med andre kommersielle tannleger.

Den offentlige tannlegetjenesten faller dermed i tre ulike kategorier, til tross for at de offentlige tjenestene i metode og resultat er identiske med de tjenestene private tannleger tilbyr i det kommersielle markedet.

En tjeneste finansiert av staten kan dermed være ikke-økonomisk, selv om kommersielle aktører parallelt leverer likeartede tjenester mot betaling fra sine pasienter.<sup>2</sup> Dette gjelder i hvert fall for aktiviteter som typisk kan sies å inngå som en del av et offentlig velferdstilbud.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway, avsnitt 63: «In accordance with the Authority's practice, separate accounts should be kept for the three following activities: (i) the non-economic activities (in accordance with Section 1-3(1)(a)-(e) of the DHSA); (ii) the services provided to paying patients in remote and sparsely populated areas with a market failure, classified as an SGEI; and (iii) the services provided to paying patients in areas with sufficient private alternatives.»

<sup>2</sup> Et annet eksempel er ESAs sak om kommunal avfallshåndtering. Håndtering av husholdningsavfall i kommuner som ikke har konkurranseutsatt tjenesten regnes som ikke-økonomisk aktivitet. Samme aktivitet kan være av økonomisk karakter i nabokommunen der kommunestyret har besluttet at oppgaven skal konkurranseutsettes, jf. EFTA Surveillance Authority Decision No 174/13/COL of 30 April 2013 to close the case concerning the financing of municipal waste collectors. Se også EFTA Surveillance Authority Decision No 244/14/COL of 26 June 2014 into potential aid to the Nasjonal digital læringsarena (NDLA).

<sup>3</sup> Se sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund, avsnitt 83 hvor domstolen uttaler at staten «is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields».

Dersom kommersielle aktører allerede leverer en sammenlignbar tjeneste i samme EØS-stat, vil det kunne indikere at også den offentlige tjenesten anses å være av økonomisk karakter. Her må det imidlertid gjøres flere viktige presiseringer, særlig om hva som anses som sammenlignbare tjenester. En tjeneste kan nemlig anses som både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk i ett og samme land, avhengig av hvordan den finansieres og organiseres. For eksempel tilbyr private sykehus i Norge, på kommersiell basis, en rekke behand-

linger som også offentlige sykehus tilbyr innenfor det statlige systemet. Tjenestene, for eksempel en kneoperasjon, kan være helt identiske. Dette rent private tilbudet innebærer likevel ikke at de offentlige sykehusenes aktiviteter er av EØS-rettslig økonomisk karakter.<sup>223</sup> Under vil vi vise hvordan finansiering, tilrettelegging og organisering av

<sup>223</sup> Se ESAs vedtak 460/13/COL om å foreslå formålstjenlige tiltak i forbindelse med offentlig støtte til de offentlig eide sykehusapotekene i Norge, avsnitt 61.



offentlige sykehus i Norge innebærer at disse ikke driver økonomisk aktivitet.

Dersom den offentlige tjenesten derimot i sin helhet, eller i hovedsak, er finansiert gjennom direkte brukerbetaling anses tjenesten som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Tjenesten trenger likevel ikke være rent kommersiell, den kan være en del av det offentlige tjenestetilbudet. Dette vil for eksempel være tilfellet for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Eksempler på slike tjenester er offentlige transporttjenester, for eksempel ferger, allmennkringkasting og bredbåndsutbygging. Det kan også tenkes at tjenesten likevel ikke skal anses som økonomisk aktivitet, for eksempel fordi det dreier seg om en tilknyttet tjeneste, se nærmere i punkt 5.4.

### 5.3.2 Helsetjenester

#### 5.3.2.1 Oversikt

Omfanget av konkurranse mellom de forskjellige leverandørene av helsetjenester varierer mye mellom EØS-land. I noen EØS-land er offentlige sykehus, som er en integrert del av det nasjonale helsesystemet, nesten utelukkende basert på solidaritet. Det vil si at de er finansiert gjennom sosialforsikring (folketrygden) og andre offentlige midler, og de tilbyr gratis tjenester til befolkningen gjennom et allment tilgjengelig tjenestetilbud. Det følger av EU-kommisjonens og ESAs veiledning at slike sykehus ikke driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>224</sup>

Veiledningene er basert på blant annet Underrettens dom i den såkalte FENIN-saken,<sup>225</sup> hvor domstolen konkluderte med at enheter innenfor den spanske nasjonale helsetjenesten ikke var foretak, fordi de var finansiert gjennom sosialforsikring og andre offentlige midler, og de tilbød gratis tjenester til befolkningen gjennom et allment tilgjengelig tjenestetilbud.<sup>226</sup>

Basert på det samme resonnementet, har ESA i en sak om sykehusapotekene implisitt konkludert med at norske sykehus heller ikke er foretak og at aktiviteter tilknyttet sykehusene, som blant

annet levering av medisiner, ikke er økonomisk aktivitet.<sup>227</sup>

«Public hospitals in Norway are an integral part of the National Health Service funded by State resources. Where such a structure exists, even activities that in themselves could be of an economic nature, but are carried out merely for the purpose of providing another non-economic service, are not of an economic nature. This would for instance be the case for the public hospital pharmacies' provision of products to the public hospitals.»

En viss brukerbetaling utelukker ikke at tjenesten likevel kan anses å være basert på solidaritet, og dermed ikke utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet. I saken *Private Barnehagers Landsforbund* la EFTA-domstolen til grunn at en foreldrebetaling på rundt 20 prosent av kostnaden ved å drive de offentlige barnehagene ikke medførte at tjenesten måtte anses som økonomisk aktivitet.<sup>228</sup> Det er ikke gitt at den øvre grensen for egenbetaling for tjenesten er på akkurat 20 prosent, men i den konkrete saken la EFTA-domstolen til grunn at rundt 80 prosent offentlig finansiering var tilstrekkelig til at støtteregeleene ikke kom til anvendelse.<sup>229</sup>

Dersom det offentlige leverer tjenestene til en markedsmessig pris (ikke subsidiert), taler dette for at tjenestene er av EØS-rettslig økonomisk karakter. Et eksempel er en sak om syketransport i en tysk delstat.<sup>230</sup> Tjenesten ble utført mot brukerbetaling. EU-domstolen konkluderte her med at syketransport var å anse som kommersiell virksomhet. Aktiviteten kan anses som økonomisk selv om den ikke er drevet med fortjenesteformål eller faktisk overskudd. Dette er tilfellet dersom tilbudet av varer eller tjenester skjer uten profittformål, men i konkurranse med andre, profittorienterte tilbud.<sup>231</sup> For eksempel driver en rekke ideelle aktører ulike former for rusbehandling, i hovedsak etter avtale eller med eller tilskudd fra det offentlige. Enkelte av disse aktørene tilbyr imidlertid også behandling utenfor det offentlige systemet mot full betaling fra brukeren, eller brukerens pårørende. Den delen

<sup>224</sup> Se ESAs og EU-kommisjonens veiledning om støttebegrepet, i begge dokumenter kapittel 2.4.

<sup>225</sup> Sak T-319/99 FENIN, ECLI:EU:T:2003:50. Dommen ble opprettholdt av EU-domstolen i sak C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453.

<sup>226</sup> EFTA-domstolen har lagt liknende betraktninger til grunn for å konkludere med at barnehager ikke kan anses som foretak, se sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*.

<sup>227</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway, avsnitt 61.

<sup>228</sup> Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*, avsnitt 82.

<sup>229</sup> Se også ESAs retningslinjer om støttebegrepet, avsnitt 29.

<sup>230</sup> Sak C-475/99 Glöckner, ECLI:EU:C:2001:577.

<sup>231</sup> Sak C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados*, ECLI:EU:C:2008:376.

av behandlingstilbudet som er privat finansiert må da anses som økonomisk aktivitet, og faller inn under støttereglene. Et annet eksempel er salg av reisevaksine eller laboratorietjenester, hvor kjøper av tjenesten fullt ut dekker kostanden. Slike brukerbetalte tjenester utgjør også økonomisk aktivitet.

Generelt sett kan det konkluderes med at hoveddelen av den norske helsetjenesten er finansiert gjennom offentlige budsjetter og basert på et solidaritetsprinsipp. Disse tjenestene vil dermed i utgangspunktet ikke anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

#### 5.3.2.2 Kommunale helse- og omsorgstjenester

Kommunene skal etter helse- og omsorgstjenesteloven<sup>232</sup> sørge for at alle personer som oppholder seg i kommunen tilbys nødvendige helse- og omsorgstjenester, jf. § 3-1.

Individuelle rettigheter er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven. For å oppfylle dette ansvaret er det i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 en liste over hva kommunen blant annet skal tilby:

- helsefremmende og forebyggende tjenester, herunder helsetjenester i skoler og helsestasjonstjeneste
- svangerskaps- og barselomsorgstjenester
- hjelp ved ulykker og andre akutte situasjoner, herunder legevakt, heldøgns medisinsk akuttberedskap og medisinsk nødmeldetjeneste
- utredning, diagnostisering og behandling, herunder fastlegeordning
- sosial, psykososial og medisinsk habilitering og rehabilitering
- andre helse- og omsorgstjenester, herunder helsetjenester i hjemmet, personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt, plass i institusjon, herunder sykehjem og avlastningstiltak

Kommunen skal sørge for nødvendige bevilgninger slik at den kan oppfylle sitt ansvar for å sørge for nødvendige helse- og omsorgstjenester på et forsvarlig nivå, jf. § 11-1. Bestemmelsen fastslår at staten yter årlig rammetilskudd til delvis dekning av kommunenes utgifter gjennom inntektssystemet for kommunene. Helse- og omsorgstjenester som kommunene er lovpålagt å tilby de som oppholder seg i kommunen produseres og utføres i stor grad internt av kommunenes egne driftsor-

<sup>232</sup> Lov 26. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m.

ganisasjoner. Samtidig konkurranseutsetter noen kommuner visse helse- og omsorgstjenester, for eksempel sykehjem. Det forekommer også at kommuner inngår formelt interkommunalt samarbeid på områder som legevakt og rehabilitering. Endelig er det også etter regelverket lagt opp til at personer kan få noen tjenester hos andre kommuner enn den hvor vedkommende har fast bosted.

Som det fremgår av opplistingen i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2, har kommunene et omfattende ansvar for å dekke befolkningens behov for helse- og omsorgstjenester. På bakgrunn av praksis fra domstolene og overvåkningsorganene, fremstår det etter arbeidsgruppens vurdering som klart at lovpålagte og rettighetsbaserte helse- og omsorgstjenester finansiert av kommunene og folketrygden ikke er å regne som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Organiseringen og finansieringen av disse tjenestene har mye til felles med sykehus og andre spesialisthelsetjenester. ESA har, med henvisning til rettspraksis, uttalt at offentlige sykehus som er en del av det nasjonale helsetilbudet, finansiert direkte av offentlige midler og som utføres sine tjenester på grunnlag av et solidaritetsprinsipp, ikke driver økonomisk aktivitet.<sup>233</sup> ESA har også lagt dette til grunn i saken om helseforetak som produserer og leverer legemidler (offentlige sykehusapotek).<sup>234</sup> Tilsvarende vurdering bør legges til grunn for kommunale helse- og omsorgstjenester.

For tilfeller hvor tjenester er eller har vært konkurranseutsatt, viser arbeidsgruppen til fremstillingen i punkt 5.7.

#### 5.3.2.3 Matsikkerhet

Tidligere hadde norske kommuner ansvaret for å kontrollere vann- og matkvalitet i kommunen. Ved etableringen av Mattilsynet i 2004 overtok sistnevnte oppgavene kommunene hadde hatt ansvaret for, men noen av oppgavene ble likevel delegert tilbake til kommunene. På bakgrunn av en klage, vurderte ESA et tilfelle hvor en norsk kommune hadde et laboratorium integrert i kommunen, som blant annet utførte analyser av vann, mat miljø og luft for kommunen.<sup>235</sup> Laboratoriet hadde vært en del av kommunen i svært lang tid. I tillegg solgte

<sup>233</sup> ESAs veiledning om støttebegrepet punkt 2.4.

<sup>234</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

<sup>235</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 64/15/COL of 25 February 2015 to close the case concerning the financing of the Analysis Centre Trondheim.

laboratoriet enkelte analysetjenester på markedet i konkurranse med andre private aktører som tilbød samme tjenester. ESAs vurdering var at de tjenestene som laboratoriet utførte for kommunen, ikke utgjorde EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Tjenestene som laboratoriet tilbød i markedet mot betaling utgjorde derimot økonomisk aktivitet, og oppfylte også de øvrige vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1).

#### 5.3.2.4 Spesialisthelsetjenester

De regionale helseforetakene gjør spesialisthelsetjenester tilgjengelig gjennom egne helseforetak eller ved å kjøpe tjenester som blir en del av det offentlige tilbudet fra private tjenesteytere. Helseforetakene deltar ikke i anbudskonkurranser om å inngå leveringsavtaler med de regionale helseforetakene.

Se omtale av de regionale helseforetakenes ansvar for å sørge for nødvendige spesialisthelsetjenester til befolkningen og helseforetakenes rolle i å tilby disse tjenestene i punkt 8.3. Se omtale av helseforetakenes oppgaver og hva som regnes som spesialisthelsetjenester i punkt 2.1.3.

På bakgrunn av praksis fra domstolene og overvåkningsorganene, fremstår det etter arbeidsgruppens vurdering som klart at lovpålagte og rettingbaserte spesialisthelsetjenester finansiert over statens budsjetter ikke er å regne som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>236</sup>

#### 5.3.2.5 Tannhelsetjenester

ESA har, som nevnt over, også konkludert med at fylkeskommunenes tilbud av tannhelsetjenester til barn og ungdom, psykisk utviklingshemmede, grupper av eldre, langtidssyke og uføre i institusjon og hjemmesykepleie er ikke-økonomisk aktivitet. Begrunnelsen er at tjenestene i sin helhet finansieres av det offentlige, er gratis (basert på prinsippet om universell dekning) og har et utelukkende sosialt formål.<sup>237</sup> Fylkeskommunens tilbud av tannhelsetjenester til voksne betalende perso-

ner er derimot EØS-rettslig økonomisk aktivitet, idet tjenestene tilbys mot betaling i konkurranse med private tannleger.<sup>238</sup>

#### 5.3.3 Utdanningstjenester

Prinsippene som er gjort rede for i punkt 5.3.1 gjelder også for utdanningstjenester som organiseres innenfor rammene av det nasjonale utdanningssystemet og som finansieres og overvåkes av staten. Ved å organisere og drive et offentlig undervisningssystem, som finansieres over det offentlige budsjett (og ikke av elevene eller deres foreldre), ivaretar staten sine sosiale, kulturelle og utdanningsrelaterte oppgaver overfor befolkningen.<sup>239</sup> Dette regnes derfor i utgangspunktet ikke som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

I barnehagesaken<sup>240</sup> konkluderte EFTA-domstolen med at kommunale barnehager ikke driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og dermed ikke rammes av regelverket om offentlig støtte. ESAs begrunnelse for dette var blant annet at barnehage utgjør en form for opplæring, og at foreldrebetalingen kun dekker deler av de faktiske kostnadene. Ordningen er bygget på solidaritetsprinsippet, og vedtak om barnehageplass er et forvaltningsrettslig vedtak, ikke en privatrettslig avtale. Finansiering av kommunale barnehager er dermed ikke omfattet av støtteregele.

I ESAs retningslinjer om støttebegrepet uttales det at den ikke-økonomiske karakteren av offentlig utdanning i prinsippet ikke påvirkes av at elever eller foreldre iblant må betale en andel av kostnadene ved tjenesten.<sup>241</sup> Det avgjørende er om tjenesten hovedsakelig er finansiert gjennom privat betaling, eller om den private betalingen bare dekker en mindre andel av tjenestens reelle kostnader.<sup>242</sup> Begrunnelsen for dette skillet er at dersom tjenesten helt eller i stor grad er betalt av brukerne privat er det ikke noe element av solidaritet i finansieringen av tjenesten, slik at tjenesten anses som enhver annen brukerbetalt tjeneste som leveres i et marked.

Et eksempel på skillet mellom utdanning innenfor det offentlige solidariske systemet og utdanningstjenester som leveres i et marked, er saken om de

<sup>236</sup> Helseforetakenes tilbud av spesialisthelsetjenester kan likevel spille en indirekte rolle i konkurransen. Et eksempel er Konkurransetilsynets vurdering av sammenslåing av Aleris Helse AS og Teres Medical Group AS i vedtak av 31. august 2015. Tilsynet konkluderte med at anbudsmarkedet må avgrenses mot foretakenes egenproduksjon. Helseforetakenes kjøpermakt og evne til selv å dekke behovet for ortopedi og plastikkirurgi ble imidlertid tatt i betraktning ved vurderingen av sannsynligheten for at anbudsprisene kunne øke vesentlig etter sammenslåingen.

<sup>237</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 113/14/COL of 12 March 2014 on the financing of Norwegian public dental health care services, avsnitt 20.

<sup>238</sup> *Ibid*, avsnitt 23 og 26.

<sup>239</sup> Sak C-318/05 Kommisjonen mot Tyskland, ECLI:EU:C:2007:495, avsnitt 68.

<sup>240</sup> Sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund.

<sup>241</sup> Se ESAs veiledning om støttebegrepet kapittel 2.5.

<sup>242</sup> Se sak E-5/07 avsnitt 29. I Private Barnehagers Landsforbund dekket foreldrebetalingen omkring 20 prosent av kostnadene.

fylkeskommunale sikkerhetskursene. Fylkeskommunene har et lovpålagt ansvar for å tilby *videregående opplæring* til ungdom i fylket som er ferdig med grunnskolen.<sup>243</sup> Disse ungdommene har etter søknad rett til videregående opplæring.<sup>244</sup> ESA har i en konkret sak, som gjaldt støtte til videregående skoler i Norge som tilbyr maritim- og offshorundervisning som en del av den offentlig finansierte yrkesfaglige utdanningen bekreftet at fylkeskommunenes aktiviteter innenfor rammen av den nasjonale grunnutdanningen (norske fylkeskommunale videregående skoler) er ikke-økonomisk aktivitet og derfor faller utenfor støttereglenes anvendelsesområde.<sup>245</sup> ESA la også i NDLA-saken til grunn at norsk videregående skole ikke er økonomisk aktivitet i støttereglenes forstand.<sup>246</sup>

I den konkrete saken konkluderte ESA imidlertid med at når de videregående skolene tilbyr (de samme) sikkerhets- og beredskapskursene (til for eksempel til ansatte i oljebransjen eller maritime næringer) på markedet mot betaling i konkurranse med andre aktører, er dette å betrakte som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Saken illustrerer at dersom fylkeskommunene, for eksempel i regi av sine videregående skoler, tilbyr undervisning og kurs (tjenester) mot betaling som ikke er en nødvendig del av det lovpålagte nasjonale utdanningssystemet er denne aktiviteten økonomisk. Det følger av saken at det normalt ikke er tilstrekkelig at utdanningen er offentlig godkjent for at finansieringen skal falle utenfor støttereglene.

Motsatt konkluderte ESA i en annen sak med at Universitetet i Tromsø ikke drev EØS-rettslig økonomisk aktivitet gjennom sitt tilbud av maritime sikkerhetskurs.<sup>247</sup> ESA la vekt på at kurset ble tilbudt registrerte studenter som del av universitetets bachelorprogram, som ikke er brukerbetalt. Kurset var dermed en del av den offentlig finansierte og statlig kontrollerte alminnelige studietilbudet ved universitetet, og utgjorde ikke økonomisk aktivitet.

<sup>243</sup> Jf. opplæringslova § 13-3 første ledd.

<sup>244</sup> Jf. opplæringslova § 3-1.

<sup>245</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 267/13/COL of 26 June 2013 on the financing of safety training courses by county schools.

<sup>246</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 244/14/COL of 26 June 2014 into potential aid to the Nasjonal digital læringsarena (NDLA).

<sup>247</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 84/15/COL of 18 March 2015 concerning the alleged cross-subsidisation of BRM/ERM courses provided by Redningsselskapet and the University of Tromsø.

Utdanningstjenester som tilbys av institusjoner uten offentlig godkjenning og offentlig finansiering faller klart i kategorien EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Det følger av dette at offentlig godkjent og finansiert utdanning i Norge, fra barnehage til universitets- og høyskolenivå, i all hovedsak vil falle utenfor reglene om offentlig støtte. Derimot er hovedregelen at kurs og annen virksomhet som drives av de samme institusjonene, men mot full brukerbetaling, vil anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Hvor mye brukerbetalings faktisk utgjør av kostnadene må vurderes konkret i hver enkelt sak. Det er naturlig å se dette i sammenheng med blant annet grunnfinansieringen til institusjonen.

### 5.3.4 Kulturtjenester

I ESAs retningslinjer om støttebegrepet er det tydeliggjort at prinsippene som det er gjort rede for over også kommer til anvendelse for tjenester innenfor kultur, kulturminnevern og naturvern.<sup>248</sup>

Retningslinjene inneholder ingen definisjon av kultur, men det er på det rene at begrepet skal forstås vidt. I EU-kommisjonens såkalte «analytical grid» om kultur, et dokument hvor EU-kommisjonen gir veiledning om hvordan støttereglene skal anvendes på infrastruktur innenfor kulturfeltet, gir EU-kommisjonen i avsnitt 2 følgende omtale av kulturbegrepet:

«The area of culture, heritage and nature conservation covers a vast array of purposes and activities, inter alia museums, archives, libraries, artistic and cultural centres or spaces, theatres, opera houses, concert halls, archaeological sites, monuments, historical sites and buildings, traditional customs and crafts, festivals and exhibitions, as well as cultural and artistic education activities. It covers also natural heritage, including conservation of biodiversity, habitats and species.»

Kommunene har mange oppgaver innenfor kulturfeltet. Disse består delvis av lovpålagte oppgaver, og delvis av frivillige oppgaver. Både fylkeskommuner og kommuner skal etter kulturlova<sup>249</sup> § 4 sørge for økonomiske, organisatoriske, informerende og andre relevante virkemidler og tiltak som fremmer og legger til rette for et bredt spekter av

<sup>248</sup> Se retningslinjene avsnitt 2.6.

<sup>249</sup> Lov 29. juni 2007 nr. 89 om offentlige styresmakters ansvar for kulturverksemd.

kulturvirksomhet regionalt og lokalt. I tillegg skal de etter § 5 sørge for at kulturlivet har forutsigbare rammevilkår, fremme profesjonalitet og kvalitet i kulturtilbudet og legge til rette for deltakelse i kulturaktiviteter, samt sørge for at personer, organisasjoner og institusjoner har tilgang til informasjon om ordninger med økonomisk støtte og om andre virkemidler og tiltak.

I fortalen til gruppeunntaksforordningen uttaler EU-kommisjonen følgende om kultur og forholdet til reglene om offentlig støtte:

«In the culture and heritage conservation sector, a number of measures taken by Member States may not constitute aid because they do not fulfil all the criteria of Article 107(1) of the Treaty, for example because the activity is not economic or because trade between Member States is not affected. To the extent that such measures are covered by Article 107(1) of the Treaty, cultural institutions and projects do not typically give rise to any significant distortion of competition, and case practice has shown that such aid has limited effects on trade. [...] Because of the dual nature of culture, being on the one hand an economic good that offers important opportunities for the creation of wealth and employment, and, on the other, a vehicle of identities, values and meanings that mirror and shape our societies, State aid rules should acknowledge the specificities of culture and the economic activities related to it.»<sup>250</sup>

ESA uttaler i retningslinjene for støttebegrepet at kulturtjenester kan organiseres på en ikke-kommersiell måte, og dermed være av ikke-økonomisk karakter:

«The Authority considers that public funding of a cultural or heritage conservation activity accessible to the general public free of charge fulfils a purely social and cultural purpose which is non-economic in nature. In the same vein, the fact that visitors of a cultural institution or participants in a cultural or heritage conservation activity, including nature conservation, open to the general public are required to pay a monetary contribution that only covers a fraction of the true costs does not alter the non-economic nature of that

activity, as it cannot be considered genuine remuneration for the service provided.»<sup>251</sup>

Synspunktet er at kulturtjenester som er helt eller overveiende offentlig finansiert, og som er allment tilgjengelig, ikke skal anses for å utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette synes å være den samme tilnærming som i rettspraksis og veiledning har vært lagt til grunn for sosiale tjenester, som sykehus og barnehager. ESA uttaler videre at dersom slike tjenester i hovedsak finansieres gjennom billettinntekter eller gjennom andre kommersielle inntekter, vil tjenesten være av økonomisk karakter. Det samme vil være tilfellet for kulturminnesmerker og liknende som ikke er allment tilgjengelig, men benyttes eksklusivt av for eksempel ett privat selskap.<sup>252</sup> Dette innebærer at kulturtilbud som for eksempel offentlig finansiert opera og teater i stor grad vil anses som ikke-økonomisk aktivitet, ettersom billettinntekter og andre inntekter utenom den offentlige finansieringen ofte bare dekker en liten andel av kostnaden ved å tilby tjenesten. Om en bestemt kulturtjeneste utgjør økonomisk aktivitet som omfattes av støtteregele eller ikke må dermed avgjøres konkret.

Mange kommuner eier *kulturhus* og *konserthus* der det kan være arrangementer og aktiviteter som retter seg mot et betalende publikum, samt utleie av lokalene til lag og foreninger. Kommunene bestemmer i hovedsak selv hvordan kapasiteten ved slike anlegg skal utnyttes; det vil si i hvilken grad de skal brukes til ulike gratis kultur- og velferdstilbud til innbyggerne, eller til mer kommersielt rettede formål, som utleie til utstillinger, konserter, firmaselskaper og andre brukerfinansierte arrangementer. Ved slik blandet drift kan deler av aktiviteten utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet, mens andre deler vil være ikke-økonomisk. Det er sagt uttrykkelig i retningslinjene om støttebegrepet at dersom en aktør driver både økonomiske og ikke-økonomiske kulturtjenester, gjelder støtteregele bare for den delen som anses som økonomisk aktivitet.<sup>253</sup>

En annen kommunal oppgave innenfor kulturfeltet er drift av bibliotek. Det følger av folkebibliotekloven<sup>254</sup> at alle kommuner skal ha et folkebibliotek for ivaretagelse av nærmere oppgitte formål. Biblioteket kan drives av kommunen alene eller

<sup>250</sup> Kommisjonsforordning (EU) Nr. 651/2014 av 17. juni 2014, avsnitt 72 i fortalen.

<sup>251</sup> Se retningslinjenes avsnitt 34.

<sup>252</sup> Retningslinjene avsnitt 35.

<sup>253</sup> Retningslinjene avsnitt 37.

<sup>254</sup> Lov 20. desember 1985 nr. 108 om folkebibliotek.

driftsfellesskap med andre kommuner, fylkeskommunen eller statlig institusjon, jf. § 4, annet ledd. Fylkeskommunen har også noen bibliotekoppgaver, jf. § 6, første ledd. Disse kan løses gjennom avtaler om felles drift/lånesamarbeid med en/ flere kommuner, jf. annet ledd. Folkebibliotekene skal fremme «*opplysning, utdanning og annen kulturell virksomhet, gjennom [blant annet] å stille bøker og andre medier gratis til disposisjon*», jf. folkebibliotekloven § 1 første ledd. Folkebibliotekene skal etter § 1, annet ledd også være en «*uavhengig møteplass og arena for offentlig samtale og debatt*», og denne plikten til å legge til rette for slike aktiviteter kan også få betydning for utleie av lokaler.<sup>255</sup> Bibliotekjenestene er allment tilgjengelig og fullt ut, eller overveiende, offentlig finansiert. De utgjør derfor ikke EØS-rettslig økonomisk aktivitet som omfattes av støttereglene.

I Norge finnes det både statlig og kommunalt eide museer. Museumsdriften innebærer noe salg av billetter og utleie av lokaler til utstillinger o.l., men den generer generelt sett i liten grad inntekter. Til illustrasjon har Kulturdepartementet oppgitt at kommunal museumsdrift i perioden 2014-2016 var finansiert med ca. 25 prosent egeninntekter, mens det resterende var ulike offentlige tilskudd. Museumsdrift som fullt ut eller overveiende er offentlig finansiert, vil som hovedregel ikke utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Mange kommuner driver også kino som en del av kulturtilbudet selv om dette ikke er en lovpålagt oppgave. Det norske kinomarkedet kjennetegnes av en relativt desentralisert kinostruktur og et sterkt engasjement fra det offentlige. ESA skriver i sine retningslinjer at kulturaktiviteter som festivaler, kommersielle musikkopptredener, kinoer mv., som hovedsakelig er finansiert av brukerne, utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Arbeidsgruppen kjenner ikke til at ESA har behandlet saker om finansiering av norske offentlige kinoer.

Det følger av ESAs retningslinjer om støttebegrepet at for enkelte kulturelle tjenester finnes det ikke noe reelt marked. Dette gjelder for eksempelføring av offentlig dokumentarkiv. Også slike tjenester er av ikke-økonomisk karakter.<sup>256</sup> I tillegg vil slike tjenester kunne anses som så nært knyttet til forvaltningens kjerneoppgaver at de av den grunn ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

<sup>255</sup> Se Sivilombudsmannens uttalelse 18. august 2016 om avslag på leie av lokaler i Kristiansand folkebibliotek (2015/2319).

<sup>256</sup> Retningslinjene avsnitt 36.

## 5.4 Tilknyttede aktiviteter

Det følger av rettspraksis at aktiviteter som i utgangspunktet er økonomiske likevel ikke regnes som EØS-rettslig økonomisk aktivitet dersom de er nødvendige for å yte en ikke-økonomisk tjeneste og utelukkende utøves for å kunne levere denne.<sup>257</sup> Dette unntaket har vært tolket snevert, men det synes som om ESA legger en mer liberal forståelse til grunn i sine retningslinjer om støttebegrepet. Begrepet tilknyttede aktiviteter har tidligere ikke vært mye brukt innenfor støtteretten, men i de nye retningslinjene om støttebegrepet er et eget avsnitt om tilknyttede aktiviteter tatt inn i kapitlet om infrastruktur. Vi kommer tilbake til dette i punkt 5.8 under.

Begrepet tilknyttede aktiviteter benyttes i to ulike sammenhenger i forbindelse med vurderingen av om en tjeneste utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. For det første benyttes begrepet om interne støttetjenester, og for det andre benyttes det om aktivitet i markedet som er del av ikke-økonomisk aktivitet.

### 5.4.1 Interne støttetjenester

Den første situasjonen er altså støttetjenester som en offentlig aktør produserer internt, og som er nødvendige for at aktøren skal kunne utføre sine kjerneoppgaver. Tjenester som er tilknyttet det offentliges ikke-økonomiske aktiviteter, og som utelukkende utføres for å opprettholde driften av disse, utgjør ikke økonomiske aktiviteter i støttereglenes forstand. Det følger av anskaffelsesreglene at selv om ulike administrative tjenester og andre støttetjenester i teorien kan leveres av private aktører, har det offentlige mulighet til å velge en helhetlig styring innenfor sin egen organisasjon for å sikre at den offentlige aktøren oppfyller sitt mandat på en best mulig måte. Når en offentlig aktør produserer tjenester for eget behov vil tjenesten ikke leveres mot betaling i et marked, men finansieres innenfor den offentlige aktørens egne budsjettammer. Det kan i denne sammenhengen argumenteres for at tjenesten ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>258</sup>

Det innebærer at for eksempel internt HR-arbeid, økonomistyring internt i det offentlige, slik som

<sup>257</sup> Sak T-319/99 FENIN, ECLI:EU:T:2003:50, avsnitt 37 og 40, sak C-138/11 Compass-Datenbank, ECLI:EU:C:2012:449, avsnitt 40 og 41 og sak C-185/14 Easyway, ECLI:EU:C:2015:716, avsnitt 39 og 40.

<sup>258</sup> Se for eksempel sak T-155/04 Eurocontrol, ECLI:EU:T:2006:387, avsnitt 61, opprettholdt av EU-domstolen i sak C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191.

fakturahåndtering og -kontroll, regnskaps- og budsjettarbeid, IKT, innkjøp, og personalforvaltning, normalt kan anses som ikke-økonomisk aktivitet. Det samme kan gjelde for renhold, vaktmestertjenester, teknisk og fysisk vedlikehold av sykehus, rådhus, sykehjem, skoler og andre kommunale bygg, advokattjenester, kjøkkentjenester, vaskeritjenester, arealforvaltning, anlegg og sekretærtjenester.

For eksempel eier de fleste kommuner fast eiendom i form av skoler, rådhus, sykehjem og øvrige bygninger som huser kommunal administrasjon mv. Det er behov for personell som kan forestå oppsyn med, og utføre vedlikehold og reparasjon av kommunale bygg og anlegg. Mange kommuner har lagt slike oppgaver (herunder eiendomsforvaltningen) til kommunale foretak (KF). I andre (mindre) kommuner kan det være ansatte i en kommunalteknisk etat som tar seg av oppgavene. Når det gjelder vedlikehold, reparasjon eller renovasjon av kommunale bygg, må det også antas at en del settes ut på anbud, og på den måten løses utenfor kommunens organisasjon. Tekniske tjenester kommunen utfører på sine bygg, eiendom mv. kan gjennomgående sies å være nødvendig for at kommunen skal fungere som et forvaltningsnivå som yter ulike tjenester til befolkningen.

Kommunene utfører også oppgaver knyttet til forvaltningen av kommunens utearealer, som parker, skoger, elver mv. En del av oppgavene er lovpålagte, og omfatter gjerne krav til forsvarlig bruk, forvaltning og utnyttelse, samtidig som viktige miljøhensyn skal ivaretas.<sup>259</sup> Innenfor rammene av særlovgivningen, bestemmer kommunene selv hvordan arealene skal utnyttes og disponeres. Forvaltning og utnyttelse av utearealer kan utføres av kommunen selv, eller det kan settes ut på anbud. Flere kommuner har for eksempel et eget parkvesen. Der kommunens ansatte utfører arbeid knyttet til kommunale parker, skog eller andre av kommunens utearealer, er det nærliggende å se dette som tilknyttede aktiviteter for kommunen.

Helseforetakene er også avhengig av en rekke støttetjenester for å kunne levere spesialisthelse-tjenester til befolkningen.

<sup>259</sup> Ulike særlover som lov 19. juni 2009 nr. 100 (naturmangfoldloven), lov 27. juni 2008 nr. om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven), lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova), lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet (friluftslivetsloven) etc.

Dersom det offentlige i tillegg til å støtte opp om egne kjerneoppgaver tilbyr slike tjenester i markedet mot betaling, for eksempel i forbindelse med utleie av lokaler, vil tjenesten imidlertid utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette støttes av ESAs konklusjon i saken om sykehusapotekene,<sup>260</sup> hvor ESA brukte prinsippet om tilknyttede tjenester for å begrunne at sykehusapotekenes produksjon og levering av legemidler mv. til offentlige sykehus (ikke-økonomisk hovedaktivitet) var en ikke-økonomisk aktivitet (tilknyttet aktivitet). Prinsippet omfatter dermed produksjon av både varer og tjenester.

Prinsippet har også vært behandlet i en annen ESA-sak.<sup>261</sup> Norsk digital læringsarena (NDLA)<sup>262</sup> skulle ha ansvaret for å kjøpe inn og utvikle digitale læringsmidler for videregående skoler i Norge. Det var regulert i lov at tjenestene skulle tilbys gratis til alle elever, det vil si at tjenestene er fullfinansiert av fylkeskommunene (det offentlige). Læremidlene er tilgjengelige via NDLAs nettsider. Klagerne hadde fremført at NDLA utøvde EØS-rettslig økonomisk aktivitet fordi det finnes et marked for tjenestene de kjøpte inn og selv utviklet. ESA uttalte blant annet at de aktuelle tjenestene ble levert gratis, og kun for å oppfylle fylkeskommunenes ansvar for videregående utdanning (ikke-økonomisk hovedaktivitet). Videre var tjenestene tett knyttet til de videregående skolenes undervisningsaktiviteter, som er en del av det nasjonale utdanningssystemet.

Hvor en eller flere offentlige virksomheter har lagt driften av støttetjenester til et felles eid selskap, eller de tilknyttede tjenestene produseres og leveres innenfor et (interkommunalt) samarbeid,<sup>263</sup> fremstår det i tråd med argumentasjonen over som rimelig klart at også disse tjenestene er ikke-økonomiske. Det synes unaturlig å si at disse tjenestene leveres i et marked utelukkende på grunnlag av at tjenesteproduksjonen skjer utenfor det offentlige rettssubjektet. Det offentlige må her selv kunne velge hvordan de vil organisere sin virksomhet og utførelsen av typiske støttetjenester. Dette støttes også av ESAs konklusjon i saken om sykehusa-

<sup>260</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

<sup>261</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 244/14/COL of 26 June 2014 into potential aid to the Nasjonal digital læringsarena (NDLA).

<sup>262</sup> Interfylkeskommunalt samarbeid etter kommuneloven § 27, bestående av samtlige fylkeskommuner i Norge, unntatt Oslo.

<sup>263</sup> Se nærmere i punkt 8.1 om kommuner og fylkeskommuner.



potek, hvor helseforetak som driver sykehus og helseforetak som driver sykehusapotek var ulike rettssubjekter, med samme eier.

Hvis det offentlige derimot selger typiske administrative støttetjenester til private eller andre offentlige innretninger, vil tjenesten anses for å leveres på et marked i konkurranse med andre. I slike situasjoner utøver det offentlige EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette er slått fast for salg av legemidler fra sykehusapotekenes publikumsutsalg, men kan også være tilfellet for salg av bedriftshelsetjenester, kantinetjenester og annen utnyttelse av restkapasitet. Arbeidsgruppens undersøkelser har avdekket eksempler på slik aktivitet, men har ikke grunnlag for å si noe om omfanget.

#### 5.4.2 Aktivitet i markedet

Den andre situasjonen hvor vi snakker om tilknyttede aktiviteter følger av at enkelte offentlige aktører som driver tjenester som ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet, også driver tilknyttede tjenester som i utgangspunktet er av økonomisk karakter. For eksempel kan en kommune tilby arbeidspraksis i butikk eller liknende som del av behandlingen av rusavhengige. Kommunens virksomhet i markedet er i dette tilfellet nødvendig for å utføre det ikke-økonomiske oppdraget.

Arbeidsmarkedstiltaket arbeidsforberedende trening (AFT-tiltak) er et eksempel på at normalt markedsrettede tjenester kan regnes som ikke-økonomisk aktivitet fordi de er tilknyttet ikke-økonomisk aktivitet. ESA har i brev av 23. februar 2016 til Nærings- og fiskeridepartementet, i forbindelse med en såkalt pre-notifikasjon, lagt til grunn at virksomheter som tilbyr AFT-tiltak ikke anses å drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet:

«The provision of services does not qualify as an economic activity if they are provided in fulfilment of a state's duty towards its population according to the principle of national solidarity, i.e. there is no connection between the actual cost of the services and the fees paid by those who benefit from them.

The provision of vocational training to disabled persons has been a long-standing social objective in Norway. Under the AFT scheme, the sheltered workshops' main activity is the rehabilitation and training of disabled people. The Norwegian state pays the total net costs of the training services provided; there is no contribution from the participants. Further-

more, the disabled participants in these trainings are not employed by the workshops and do not qualify as 'workers'.

On this basis, CSA has reached the preliminary conclusion that the provision of training services by the sheltered workshops under the AFT programme does not constitute an economic activity.»

Uttalelsen harmonerer med EU-kommisjonens vedtak i en sak om arbeidsmarkedstiltak i Polen. EU-kommisjonen la vekt på at selv om bedriftene solgte varer og tjenester i et marked, var denne aktiviteten «*instrumental and ancillary*» i forhold til virksomhetenes hovedformål, som var rehabilitering.<sup>264</sup> Virksomhetene kunne derfor ikke anses som foretak, og var ikke omfattet av støttereglene.<sup>265</sup>

Dette innebærer at i den grad det offentlige driver en tjeneste som ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet også driver en tilknyttet tjeneste som i utgangspunktet er av økonomisk karakter, skal denne tilknyttede tjenesten ikke anses som økonomisk. For eksempel vil drift av en butikk tilknyttet rusbehandlingen for å gi brukerne arbeidstrening derfor i en del tilfeller ikke være økonomisk aktivitet som omfattes av støttereglene.

ESA konkluderte i vedtak 20. november 2013 med at sykehusapotekenes publikumsutsalg driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet og foreslo formålstjenlige tiltak for å innrette virksomheten i tråd med reglene om offentlig støtte.<sup>266</sup> Leveranser av legemidler og farmasifaglige tjenester til sykehuse regnes imidlertid ikke som økonomisk aktivitet. Norske myndigheter aksepterte tiltakene. ESA begrunnet sin oppfatning på følgende måte:

«The fact that the prices are fixed at a maximum level and the patients to a great extent do not pay for the prescribed pharmaceuticals, does not mean that the retail activities do not involve offering goods in a market. The private pharmacies compete for the same patients and products as the public hos-

<sup>264</sup> Sak N 558/2005 – Poland, Support to Establishments of Professional Activity, avsnitt 52 flg.

<sup>265</sup> Se også EFTA Surveillance Authority Decision No 244/14/COL of 26 June 2014 into potential aid to the Nasjonal digital læringsarena (NDLA), avsnitt 101.

<sup>266</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

pital pharmacies. Sale of prescribed pharmaceuticals against remuneration either from the patient or the State amounts to offering products on a market.»

Arbeidsgruppen er ikke kjent med at ESA har vurdert om andre av helseforetakenes aktiviteter er å anse som EØS-rettslige økonomiske aktiviteter.

## 5.5 Betydningen av egenregi

Etter regelverket om offentlige anskaffelser kan det offentlige selv velge om det vil kjøpe tjenestene fra eksterne leverandører, eller om det vil produsere tjenesten med egne ansatte. Det sistnevnte tilfellet betegnes i anskaffelsesregelverket som egenregi, og innebærer at anskaffelsesregelverket og plikten til å legge leveransen ut på anbud ikke kommer til anvendelse. Egenregi er ikke et begrep som vanligvis benyttes i sammenheng med reglene om offentlig støtte, se fremstillingen av dette i punkt 4.4. Likevel reises det fra tid til annen spørsmål om en tjeneste ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet fordi den utføres i egenregi.

Tjenester som utføres i egenregi, kan sies å falle utenfor arbeidsgruppens mandat siden fokus for gruppen er tjenester det offentlige selger i konkurranse med private aktører. Egenregi er likevel relevant for arbeidsgruppen siden egenregi kan gi opphav til restkapasitet som selges i markedet. Med egenregi menes i denne sammenheng kun situasjoner hvor det offentlige produserer for eget sluttbruk.

ESA har i enkelte tidligere saker lagt vekt på at tjenesten utføres i egenregi. Eksempler på dette er sakene om Mesta,<sup>267</sup> renovasjonselskapene,<sup>268</sup> Analysesenteret<sup>269</sup> og Akasia/Bergen Kirkelige Fellesråd.<sup>270</sup> I Mesta-saken uttalte ESA følgende:

«If activities are confined to being exercised by a state integrated entity “in-house” that is, in this case, for the state administration or

other public bodies, the activities in question are never exercised on a market in competition with other market players. In such circumstances the activities cannot be classified as economic activities and the entity is not an undertaking. As a consequence any economic advantages received by such an entity do therefore not constitute state aid within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement.»

Det er viktig å ta hensyn til at de ovennevnte sakene er enkeltvurderinger, der flere momenter har vært vurdert og hatt betydning for resultatet.

Det kan reises spørsmål ved om ESA har vært på linje med EU-kommisjonens praksis i disse sakene. EU-kommisjonens klare utgangspunkt har vært at det ikke har betydning for vurderingen av EØS-rettslig økonomisk aktivitet om tjenesten leveres i egenregi. Det avgjørende synes å være om andre leverandører både kan levere tjenesten og er villig til å levere den i markedet, ikke om den konkrete kommunen velger å lukke markedet ved å levere tjenesten selv. Dette har EU-kommisjonen uttalt generelt i sin meddelelse om tjenester av allmenn økonomisk interesse fra 2012.<sup>271</sup>

«The decision of an authority not to allow third parties to provide a certain service (for example, because it wishes to provide the service in-house) does not rule out the existence of an economic activity. In spite of such market closure, an economic activity can exist where other operators would be willing and able to provide the service in the market concerned. More generally, the fact that a particular service is provided in-house [...] has no relevance for the economic nature of the activity [...]»

ESA har inntatt samme formulering i sine retningslinjer om tjenester av allmenn økonomisk betydning.<sup>272</sup> Likevel kan det altså synes som om ESA i enkelte saker har fraveket dette prinsippet.

I nye retningslinjer om støttebegrepet fra 2017 har EU-kommisjonen og ESA gjentatt denne uttalelsen:

<sup>267</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 349/07/COL of 18 July 2007 the Norwegian Road Administration Møre and Romsdal District Office.

<sup>268</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.

<sup>269</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 129/13/COL of 20 March 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to the Analysis Centre Trondheim.

<sup>270</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 144/13/COL of 10 April 2013 on the alleged aid to services provided by Bergen Kirkelige Fellesråd and Akasia.

<sup>271</sup> Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, avsnitt 13.

<sup>272</sup> [Application of the state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest](#), avsnitt 13.

«More generally, the fact that a particular service is provided in-house has no relevance for the economic nature of the activity.»<sup>273</sup>

Retningslinjene viser til en rekke forordninger, uttalelser fra generaladvokaten i EU-domstolen og egen forvaltningspraksis som støtte for dette synspunktet. Retningslinjene om støttebegrepet gjelder generelt for alle typer støttetiltak, og ikke bare for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Det kan reises spørsmål ved om ESA i fremtiden vil legge mindre vekt på at tjenester utføres i egenregi.

Dette har uansett ikke stor praktisk betydning. I de aller fleste tilfellene hvor man kunne tenke seg å argumentere for at en tjeneste ikke utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet fordi den utføres i egenregi, vil man i stedet kunne argumentere for at tjenesten utgjør tilknyttet aktivitet, og derfor ikke utgjør økonomisk aktivitet. En slik argumentasjon står sterkere rettslig sett, særlig sett i lys av retningslinjene om støttebegrepet. EU-kommisjonens og ESAs uttalelser i retningslinjene om støttebegrepet tilsier at momentet ikke er relevant for vurderingen av om en aktivitet utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Uttalelsen er likevel svært generell, og delvis i strid med tidligere praksis fra ESA. Arbeidsgruppen kjenner ikke til relevant praksis fra EU-kommisjonen eller ESA etter at retningslinjene om støttebegrepet ble publisert. Rettssituasjonen er dermed uklar, og det er risiko knyttet til å legge avgjørende vekt på egenregi.

## 5.6 Restkapasitet og marginal aktivitet

Det oppstår innimellom spørsmål om hvordan offentlige aktørers salg av restkapasitet skal bedømmes. Med restkapasitet eller overskuddskapasitet siktes det til de tilfeller der den offentlige enheten utøver en ikke-økonomisk aktivitet, men den tilbyr også tjenester i markedet fordi kapasiteten overstiger behovet for å utføre den aktuelle oppgaven. Det offentlige kan tilby tjenestene i markedet for å holde de offentlige kostnadene knyttet til den ikke-økonomiske oppgaven nede, for å skaffe seg inntekter til andre formål, eller av andre grunner.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnitt 14.

<sup>274</sup> Se også omtale av blandet bruk av infrastruktur i punkt 5.8.

Om salg av varer eller tjenester kan betegnes som salg av restkapasitet påvirker ikke den rettslige vurderingen av om aktiviteten er økonomisk i støttereglenes forstand. Offentlige aktørers overskuddskapasitet som tilbys i et marked i konkurranse med private tilbydere mot betaling, vil dermed normalt anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>275</sup> Særlig gjelder dette dersom tjenesteproduksjonen er varig og av et visst omfang (det vil si ikke ved eksempelvis enkeltstående tilfeller).

Det finnes flere eksempler på at ESA har konkludert med at salg av såkalt restkapasitet utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet, for eksempel fylkeskommunale videregående skolars tilbud om kveldskursundervisning i konkurranse med private tilbydere.<sup>276</sup> Også fylkeskommunale tannleger som tilbyr tannhelsetjenester til voksne mot betaling i konkurranse med private, i tillegg til de lovpålagte tannhelsetjenestene til barn og unge, utgjorde økonomisk aktivitet.<sup>277</sup>

Tilsvarende er også lagt til grunn i avfallssaken, der kommunale enheter som, i tillegg til utføring av husholdningsavfallsaktiviteten til egne innbyggere, blant annet tilbyr avfallshåndteringstjenester innenfor næringsavfallssegmentet, som skjer i konkurranse med private.<sup>278</sup> Utgangspunktet for saken er at renovasjonstjenester i Norge er regulert i forurensningsloven<sup>279</sup> med tilhørende forskrifter. Forurensningsloven har som et bærende prinsipp at forurenser skal betale. For å sikre at dette prinsippet er ivaretatt, skal alle kostnader ved lovpålagt håndtering av husholdningsavfall dekkes gjennom et avfallsgebyr som betales av innbyggerne, etter det såkalte selvkostprinsippet. Selvkostprinsippet innebærer at gebyret skal dekke kostnadene som knytter seg til innsamling og håndtering av avfallet og utbygging av nødvendig infrastruktur, og det er ikke anledning for kommunen til å ta fortjeneste.

Norske kommuner har rett og plikt til å sørge for innsamling og håndtering av husholdningsavfall i sine områder. Private selskaper kan ikke samle inn

<sup>275</sup> En annen sak er at salg av slik aktivitet kan være i tråd med markedsaktørprinsippet.

<sup>276</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 267/13/COL of 26 June 2013 on the financing of safety training courses by county schools.

<sup>277</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 113/14/COL of 12 March 2014 on the financing of Norwegian public dental health care services.

<sup>278</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.

<sup>279</sup> Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall.

husholdningsavfall uten kommunenes samtykke. Kommunene står fritt til å organisere avfallshåndteringen på egnet måte. Det er derfor stor variasjon i hvem som faktisk samler inn og håndterer avfallet. Kommunene kan håndtere husholdningsavfallet i egenregi, tildele enerett på avfallshåndteringen til annet offentlig organ, eller kjøpe inn tjenester i markedet etter reglene om offentlige anskaffelser.

Kommunen kan også utføre andre avfallshåndteringstjenester som ikke er pålagt kommunene ved lov. Kommunen kan håndtere husholdningsavfall fra andre kommuner som har valgt å konkurransesette tjenesten og i tillegg næringsavfall fra private bedrifter og offentlige institusjoner.

ESA har i en konkret sak vurdert kommunenes aktiviteter på avfallsområdet i lys av støttereglene. Hovedproblemstillingen i saken var hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, kommunenes aktiviteter utgjorde økonomisk aktivitet som er omfattet av støttereglene. ESA kom til at kommunale avfallselskaper som utelukkende håndterer husholdningsavfall i egenregi innenfor kommunens monopolområde, ikke utførte økonomisk aktivitet. ESA var av den oppfatning at det i dette tilfellet verken forelå konkurranse *om* markedet eller *i* markedet, selv om det i prinsippet er et marked for slike tjenester. ESA synes å ha lagt vekt på at det ikke var et marked i støtterettslig forstand for de aktuelle tjenestene i den kommunen som valgte å utføre oppgaven selv i egenregi. Dette tilsier at hvis lov-pålagte kommunale oppgaver utføres i egenregi og kommunen har et rettslig og faktisk monopol, kan tjenesten utgjøre ikke-økonomisk aktivitet.

ESA kom til at når kommuner deltar i anbuds-konkurranser om å håndtere husholdningsavfall i andre kommuner, eller håndterer avfall fra næringslivskunder, driver de EØS-rettslig økonomisk aktivitet hva gjelder disse aktivitetene. ESA viste til at håndtering av næringsavfall og konkurransesatt husholdningsavfall, er tjenester som utføres i et marked hvor kommunen konkurrerer med andre private og kommunale avfallsselskaper.

Et relatert spørsmål er hvordan marginal og uregelmessig EØS-rettslig økonomisk aktivitet skal vurderes. Med marginal og uregelmessig økonomisk aktivitet siktes det til tilfeller der den økonomiske aktiviteten skjer i lite omfang, eller kun unntaksvis. Marginal økonomisk aktivitet kan være aktivitet der kommunen driver i liten skala, med lav omsetning og marginalt overskudd. Et eksempel på marginal økonomisk aktivitet kan være når

den kommunale skolen driver kioskvirksomhet ved 17. mai-arrangement.<sup>280</sup> I utgangspunktet vil også slik marginal aktivitet være økonomisk. Ofte vil det vel likevel være tvil om tiltaket utgjør offentlig støtte, for eksempel vil samhandelsvilkåret ofte ikke være oppfylt i slike tilfeller. Vi kommer tilbake til dette i punkt 7.2.4 nedenfor.

## 5.7 Betydningen av konkurranseutsetting

Konkurransesetting faller strengt tatt utenfor arbeidsgruppens mandat, siden dette dreier seg om det offentliges kjøp av tjenester, mens arbeidsgruppens fokus er å sikre like vilkår hvor det offentlige selger varer eller tjenester i konkurranse med private aktører. Situasjonen der en kommune kjøper avfallstjenester etter en anbudskonkurranse, er dermed utenfor gruppens mandat. Dersom en annen kommune deltar som leverandør i samme anbudskonkurranse i konkurranse med private, er vi derimot innenfor mandatet. Konkurransesetting er derfor likevel relevant i denne fremstillingen dersom det påvirker hvorvidt tjenesten skal anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet eller ikke.

Der en tjeneste har vært konkurransesatt, og flere aktører har konkurrert om å levere tjenesten, synes preget av EØS-rettslig økonomisk aktivitet å være fremtredende. ESA har likevel i brev til Nærings- og fiskeridepartementet av 14. september 2015 konkludert med at tre private barnevernsinstitusjoner ikke var å anse som foretak i støttereglenes forstand, til tross for betydelig bruk av anbud i sektoren. ESA viser i brevet til at kontrakter om drift av barnevernsinstitusjoner er lagt ut på anbud for å sikre bedre og mer effektiv ressursbruk. ESA uttaler at det følger av en dom fra EU-domstolen at innføring av konkurranse mellom tjenestetilbydere som et redskap for å holde kostnadene under kontroll, ikke betyr at EUs konkurranseregler kommer til anvendelse.

ESA synes å legge til grunn at karakteren av sosiale tjenester som det offentlige har ansvar for å tilby befolkningen, i utgangspunktet ikke endres av at det offentlige av ulike grunner har overlatt selve tjenesteytingen til en privat aktør, og som er valgt etter konkurranse. Så lenge de private vare- og tjenesteleverandørene er en del av det offentlige sys-

<sup>280</sup> Forente saker C-264/01, C-306/01 C-354/01 og C-355/01 AOK Bundesverband, ECLI:EU:C:2004:150, avsnitt 56.

temet, med gratis og allmenn tilgang, og er underlagt offentlig kontroll, vil de dermed bedømmes på samme måte som de offentlige tjenestetilbyderne.

I en tidligere sak om kommunal avfallshåndtering la ESA derimot til grunn at kommuner som deltar i anbudskonkurranser om å håndtere husholdningsavfall i andre kommuner driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>281</sup> Her kan det dermed stilles spørsmål ved om ESA har endret sin tilnærming i tiden mellom avfallssaken og barnevernssaken.

Hippe-utvalget baserer seg på ESAs argumentasjon i barnevernssaken referert ovenfor. Utvalget argumenterer i NOU 2016: 12 *Ideell opprydding – Statlig dekning av ideelle organisasjoners historiske pensjonskostnader* for at helse- og sosialtjenester levert av private aktører på vegne av staten utgjør ikke-økonomisk aktivitet, selv om aktørene skulle være valgt etter en anbudsprosess.<sup>282</sup>

I andre sammenhenger har det imidlertid blitt hevdet at selv om helse- og omsorgstjenester som leveres i henhold til et solidaritetsprinsipp og er fritt tilgjengelige for alle kommunens innbyggere uten direkte brukerbetaling som finansieringskilde ikke innebærer EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil dette ikke være tilfellet hvor tjenesten leveres i et marked med andre offentlige og private aktører.<sup>283</sup>

Det er dermed på det rene at det er ulike syn på hva som har vært gjeldende rett i dette spørsmålet.

I forlengelsen av dette kan det nevnes at mandatet ber arbeidsgruppen vurdere vilkåret om EØS-rettslig økonomisk aktivitet for tjenester hvor staten er eneste kjøper. Generelt sett er det i utgangspunktet ikke relevant for vurderingen av om en tjeneste er økonomisk aktivitet at bare staten kjøper den aktuelle tjenesten. Dersom staten først har åpnet for et marked for å levere en tjeneste, vil tjenesten måtte anses som økonomisk aktivitet, med mindre et unntak kommer til anvendelse. Det vil nok i mange tilfeller være aktuelt. Det kan for eksempel tenkes at tjenesten ikke anses som økonomisk

aktivitet fordi den er basert på solidaritet, jf. punkt 5.3. Dette vil være tilfellet blant annet hvor staten kjøper spesialisthelsetjenester. I andre tilfeller vil tjenesten kunne anses som en aktivitet som er tilknyttet kjerneoppgaven til den offentlige aktøren. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet ved kjøp av regnskapstjenester. I vurderingen av om den konkrete tjenesten er av økonomisk karakter er det imidlertid ikke avgjørende at staten er eneste kjøper.

## 5.8 Særlig om infrastruktur

ESAs veileder om støttebegrepet har et eget punkt om infrastruktur. Dette skyldes at det i de senere årene har vært betydelig usikkerhet om hvordan støttetiltak til fordel for ulike typer infrastruktur skal bedømmes etter støttereglene. Noe usikkerhet vil nok også bestå etter ESAs retningslinjer, blant annet er begrepet infrastruktur ikke definert. Basert på praksis er det likevel på det rene at infrastruktur omfatter blant annet transportinfrastruktur; som havner, flyplasser og veier, forskningsinfrastruktur; som laboratorier, og kulturell infrastruktur; som kultur- og konserthus.<sup>284</sup>

ESA påpeker i sin veileder om støttebegrepet at offentlig finansiering av infrastruktur tradisjonelt sett har blitt ansett for å falle utenfor reglene om offentlig støtte, ettersom bygging og drift av infrastruktur ble vurdert som generelle offentlige tiltak og ikke EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>285</sup> Imidlertid har praksis fra domstolene modifisert dette utgangspunktet, slik at bygging av infrastruktur som er uatskillelig koblet til økonomisk aktivitet vil være av økonomisk karakter.<sup>286</sup> Forenklet kan det sies at infrastruktur som er knyttet til tjenester som leveres mot betaling er av økonomisk karakter, mens infrastruktur med gratis og allmenn tilgang er av ikke-økonomisk karakter. Her kan det imidlertid være en rekke mellomsituasjoner som må vurderes konkret.

Et eksempel på infrastruktur av EØS-rettslig økonomisk karakter er kommersielle havner. Ved finansiering av slik infrastruktur må offentlige aktører dermed følge markedsaktørprinsippet for å komme utenfor reglene om offentlig støtte.

<sup>281</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.

<sup>282</sup> Se avsnitt 8.2.5.4.3 på side 160.

<sup>283</sup> Se Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler, skrevet av ALT advokatfirma på oppdrag fra Kommunal- og regionaldepartementet i 2013, avsnitt 5.5.4. Rapporten omtaler ESAs avgjørelse i sak 176/13/COL, hvor ESA viste til at Rednings-selskapet deltok i anbudskonkurranser om levering av ambulansetjenester og at tjenesten derfor var av økonomisk karakter.

<sup>284</sup> Se Kommisjonens «analytical grids» om infrastruktur, som ligger på [Kommisjonens hjemmesider](#).

<sup>285</sup> Se retningslinjene kapittel 7.

<sup>286</sup> *Ibid* avsnitt 201.

På den annen side påpeker ESA at offentlig finansiering av infrastruktur som ikke skal utnyttes kommersielt i prinsippet ikke er omfattet av reglene om offentlig støtte.<sup>287</sup> Dette kan for eksempel være infrastruktur som skal benyttes til utøvelse av offentlig myndighet, som tollkontoret på havnen. Det kan også være andre typer infrastruktur som ikke er ment for å utnyttes kommersielt, som offentlige veier som er gjort tilgjengelige for allmenheten uten at det kreves noe vederlag. ESA uttaler i retningslinjene om støttebegrepet at «roads made available for free public use are general infrastructures and their public funding does not fall under State aid rules».<sup>288</sup>

Finansiering av drift og vedlikehold av ikke-økonomisk infrastruktur er heller ikke EØS-rettslig økonomisk aktivitet som omfattes av støttereglene. For eksempel har kommunene etter veglova<sup>289</sup> § 20, første ledd ansvar for utgiftene til planlegging, bygging, utbedring, vedlikehold og drift av kommunale veier. Fylkeskommunene har tilsvarende ansvar for fylkeskommunale veier, og staten for riksveier jf. samme paragraf. Regelen tar sikte på å plassere et kostnadsansvar hos kommunen og fylkeskommunen for henholdsvis kommunale og fylkeskommunale veier. Det er lagt til grunn at ansvaret også omfatter brøyting av veiene. Oppgavene knyttet til bygging, vedlikehold mv. kan utføres av kommunene og fylkeskommunen selv, eller de kan konkurranseutsettes. Oppgaver for veier som etter veglova er lagt til kommunen, utgjør i utgangspunktet ikke økonomisk aktivitet som omfattes av støttereglene.

Dette støttes av ESAs standpunkt i saken om Statens vegvesens utbygging av Rosethorntunellen (før driften ble utskilt til Mesta AS).<sup>290</sup> I saken la ESA vekt på at produksjonsavdelingen i vegvesenet i all hovedsak utførte oppgaver for vegvesenet selv, og at vegvesenets behov var dimensjonerende for omfanget av produksjonsressursene. Siden produksjonsavdelingen utførte oppgaver for staten i egen regi var dette ikke noe foretak som falt inn under regelverket om offentlig støtte.

Dersom samme infrastruktur skal benyttes både til EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, vil støttereglene gjelde for den økono-

miske delen.<sup>291</sup> ESA understreker i retningslinjene om støttebegrepet at dersom samme enhet er engasjert i både økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteter, må det sikres at økonomiske fordeler som gis den ikke-økonomiske delen ikke benyttes til å kryssubsidiere den økonomiske aktiviteten. ESA peker på at dette kan sikres ved at den offentlige støtten til infrastrukturen begrenses til nettokostnadene (inkludert kapitalkostnadene) til de ikke-økonomiske aktivitetene, basert på separate regnskaper.<sup>292</sup>

Dersom bruken av en infrastruktur i all hovedsak er ikke-økonomisk kan man, når man gir støtte til infrastrukturen, i enkelte tilfeller se bort fra at deler av bruken utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>293</sup> ESA uttaler at støtte til infrastrukturen i sin helhet kan falle utenfor støttereglene dersom den økonomiske aktiviteten er «purely ancillary», det vil si rent aksessorisk eller tilknyttet, den ikke-økonomiske aktiviteten. For at dette skal være tilfellet må den økonomiske aktiviteten være direkte knyttet til og nødvendig for driften av infrastrukturen, eller uløselig forbundet med den primære ikke-økonomiske bruken. Dette anses oppfylt når den økonomiske aktiviteten krever de samme ressursene som de ikke-økonomiske aktivitetene, for eksempel materialer, utstyr, arbeidskraft eller eiendom. I praksis kan dermed den økonomiske utnyttelsen av en infrastruktur anses som tilknyttet dersom den benytter den samme infrastrukturen og/eller det samme personalet som den primære ikke-økonomiske bruken av infrastrukturen. I tilfeller med blandet bruk av infrastruktur vil dette ofte være tilfellet, slik at det i praksis ikke stilles strenge krav for at økonomisk utnyttelse av infrastrukturen anses som tilknyttet den ikke-økonomiske.

I tillegg stilles det krav om at den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten må ha et begrenset omfang i forhold til den ikke-økonomiske primære aktiviteten. ESA og EU-kommisjonen har i retningslinjene om støttebegrepet spesifisert dette til at den økonomiske aktiviteten ikke må overstige 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen. For eksempel skal et kulturhus med 20 prosent eller mindre økonomisk aktivitet i sin helhet anses som ikke-økonomisk virksomhet.

<sup>287</sup> *Ibid* avsnitt 203.

<sup>288</sup> Se avsnitt 220 i retningslinjene.

<sup>289</sup> Lov 21. juni 1963 nr. 23 om vegar.

<sup>290</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 390/09/COL of 7 October 2009 on the establishment of Mesta AS.

<sup>291</sup> *Ibid* avsnitt 205.

<sup>292</sup> *Ibid* avsnitt 206.

<sup>293</sup> *Ibid* avsnitt 207.

EU-kommisjonens og ESAs retningslinjer for støttebegrepet er såkalt «*soft law*», som binder EU-kommisjonens og ESAs skjønnsutøvelse. Retningslinjene binder imidlertid ikke domstolene. I utgangspunktet kan ESAs vurderinger av om en aktivitet skal anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet kunne prøves fullt ut av EFTA-domstolen. ESA selv vil imidlertid være bundet av sine egne retningslinjer, slik at ESA i tilfeller som oppfyller vilkårene for tilknyttet aktivitet i retningslinjene om støttebegrepet, må konkludere med at aktiviteten ikke er EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Det bør i denne forbindelse nevnes at i en sak for EU-domstolen har Generaladvokaten stilt spørsmål ved EU-kommisjonens grense på 20 prosent for tilknyttede aktiviteter i retningslinjene om støttebegrepet.<sup>294</sup> Saken gjaldt skattefritak i forbindelse med byggearbeider som ble utført på en skole i Spania eid av den katolske kirken. Spørsmålet i saken var om et slikt skattefritak utgjorde offentlig støtte, herunder om skolen drev EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og dermed måtte anses som et foretak i støttereglenes forstand. Generaladvokaten kom frem til at skolen delvis drev ikke-økonomisk og delvis økonomisk aktivitet. EU-kommisjonen argumenterte med at den økonomiske aktiviteten var tilknyttet den ikke-økonomiske, under henvisning til gruppeunntaket for offentlig støtte<sup>295</sup> og retningslinjene for støtte til forskning, utvikling og innovasjon.<sup>296</sup> Generaladvokaten henviste derimot til terskelverdier innenfor konkurranserettsområdet som grunnlag for sin vurdering. På dette grunnlaget ble det foreslått at terskelen for tilknyttet økonomisk aktivitet innenfor en ikke-økonomisk infrastruktur ikke kan overstige 10 prosent.

EU-domstolen valgte imidlertid å se bort fra både EU-kommisjonens og Generaladvokatens argumenter i sin avgjørelse.<sup>297</sup> Domstolen konkluderte med at dersom støttemottaker delvis driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet og delvis driver ikke-økonomisk aktivitet må det føres separate regnskaper for de ulike aktivitetene.<sup>298</sup> Støtte til fordel for den økonomiske delen av skoledriften kunne

omfattes av støtteforbundet.<sup>299</sup> EU-domstolen vurdererte derimot ikke om det ville få noen påvirkning på støttevurderingen om den økonomiske aktiviteten ved skolen skulle vise seg å utgjøre bare en liten del av den totale aktiviteten. Domstolens konklusjon synes å være at dersom det ikke føres separate regnskaper for økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, og det på denne måten sikres at fordelene bare kommer den ikke-økonomiske delen til gode, vil støttereglene komme til anvendelse.

EU-domstolens avgjørelse i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* innebærer ikke nødvendigvis at man må se bort fra EU-kommisjonens og ESAs uttalelser om tilknyttet aktivitet i retningslinjene om støttebegrepet. Det er likevel på det rene at det er uklart hvor grensen går for hvor mye EØS-rettslig økonomisk aktivitet som kan drives innenfor en infrastruktur for at infrastrukturen som helhet skal anses som ikke-økonomisk. Det er også verdt å merke seg at retningslinjene baserer prosentsatsen på årlig kapasitet i infrastrukturen. Dette åpner for skjønn med tanke på hvordan man kommer frem til prosentsatsen. Her kan man tenke seg å basere seg på tid, areal, besøkstall eller andre indikatorer.

Økonomisk bruk av offentlig infrastruktur som i utgangspunktet er bygget for bruk til ikke-økonomisk virksomhet er svært praktisk. For eksempel kan det dreie seg om det kommunale kulturhuset som i hovedsak benyttes til ulike lokale kulturarrangementer som er allment tilgjengelige og offentlig finansiert, men hvor det en gang i blant er arrangementer med brukerbetaling. Et annet tenkt eksempel er et laboratorium som i hovedsak benyttes for å dekke det offentlige sykehusets behov for laboratorietjenester, men som i noen grad også leverer tjenester i markedet.

ESA nevner finansiering av vanlige fasiliteter innenfor en infrastruktur, som restaurant, butikk eller betalt parkering, uttrykkelig i retningslinjene. Finansiering av slike deler av en i hovedsak ikke-økonomisk infrastruktur er etter ESAs oppfatning ikke omfattet av støttereglene, fordi slik støtte ikke vil være egnet til å påvirke samhandelen. Begrunnelsen er antakelig at det neppe er kafeen i museet som trekker gjester fra andre EØS-land, men derimot museet selv. Det er likevel ikke sikkert at dette alltid kan legges til grunn. Det kan for eksempel være grunn til å gjøre grundigere vurde-

<sup>294</sup> Se Generaladvokat Kokotts uttalelse i sak C-74/16, ECLI:EU:C:2017:135, avsnitt 57 og 58.

<sup>295</sup> Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty.

<sup>296</sup> Retningslinjene om støttebegrepet var ennå ikke kommet.

<sup>297</sup> Sak C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496.

<sup>298</sup> *Ibid* avsnitt 51.

<sup>299</sup> *Ibid* avsnitt 63.



ringen dersom museumsrestauranten er del av en internasjonal kjede.

*Infrastruktur* er ikke definert i ESAs retningslinjer om støttebegrepet. Retningslinjene behandler forskningslaboratorier. Videre er argumentasjonen i infrastrukturkapittelet lagt til grunn i EU-kommisjonens såkalte *analytical grid* om kultur, kulturminnevern og naturvern. Her nevnes blant annet museer og kultursentre som typer infrastruktur. Videre har EU-kommisjonen i saken for EU-domstolen vist til over, lagt til grunn at en skolebygning kan anses som en infrastruktur. Når det gjelder kostnader knyttet til aktiviteter innenfor et bygg synes det dermed som det er et visst handlingsrom for å støtte også økonomiske aktiviteter.

Det er ikke helt klart ut fra ESAs retningslinjer om støttebegrepet om reglene om at infrastrukturen i sin helhet skal anses som ikke-økonomisk dersom den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten utgjør mindre enn 20 prosent gjelder som et generelt prinsipp. Avsnitt 205 i retningslinjene lyder:

«If an infrastructure is used for both economic and non-economic activities, public funding for its construction will fall under the State aid rules only insofar as it covers the costs linked to the economic activities.»

Avsnittet gjelder altså støtte til bygging av infrastrukturen, investeringsstøtte. På grunnlag av avsnittet i retningslinjene som omtaler blandet bruk av infrastruktur, og 20 prosent-regelen, er det imidlertid ikke klart om denne regelen bare omfatter investeringsstøtte:

«If, in cases of mixed use, the infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, the Authority considers that its funding may fall outside the State aid rules in its entirety, provided the economic use remains purely ancillary, that is to say an activity which is directly related to and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use».

EU-kommisjonen har, som nevnt over, publisert såkalte *analytical grids* for å gi veiledning i vurdering av støtte til infrastruktur. Det fremgår av avsnitt 1 i EU-kommisjonens *Infrastructure analytical grid for culture, heritage and nature conservation* at dokumentet gjelder

«the financing of the construction, maintenance and operation of infrastructure and sites used for activities related to culture, heritage and nature conservation».

Dokumentet behandler altså både drifts- og investeringsstøtte generelt sett. Når det gjelder anvendelsen av reglene for blandet bruk av infrastruktur, uttales følgende i avsnitt 11:

«In cases of mixed use, the funding of cultural infrastructure that is used almost exclusively for a non-economic activity, may fall outside the State aid rules in its entirety, provided the economic use remains purely ancillary, that is to say an activity which is directly related to and necessary for the operation of the cultural infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use. This should be considered to be the case when the economic activities consume the same inputs as the primary non-economic activities, for example material, equipment, labour or fixed capital.»

Formuleringen er i stor grad den samme som i retningslinjene.

Blandet bruk av infrastruktur er også behandlet i avsnitt 20 i retningslinjene for støtte til forskning, utvikling og innovasjon:<sup>300</sup>

«Where a research organisation or research infrastructure is used for both economic and non-economic activities, public funding falls under State aid rules only insofar as it covers costs linked to the economic activities [...]. Where the research organisation or research infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, its funding may fall outside State aid rules in its entirety, provided that the economic use remains purely ancillary, that is to say corresponds to an activity which is directly related to and necessary for the operation of the research organisation or research infrastructure or intrinsically linked to its main non-economic use, and which is limited in scope.»

Ingen av sitatene over er klare på om regelen om at støtte faller utenfor støttereglene ved blandet

<sup>300</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 271/14/COL of 9 July 2014 amending for the 97th time the procedural and substantive rules in the field of State aid by adopting new Guidelines for research and development and innovation.

bruk der bare en liten andel er økonomisk aktivitet kun gjelder for investeringsstøtte. Det er dermed mulig at også driftsstøtte kan gis på bakgrunn av denne regelen uten at støttereglene kommer til anvendelse.

## 5.9 Oppsummering

Arbeidsgruppen er bedt om å vurdere hvilke aktiviteter omfattet av dagens skattefritak og konkurranseregulering som utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det offentlige utfører en lang rekke lovpålagte oppgaver, som er helt eller delvis offentlig finansiert. Videre kan stat og kommune (som rettssubjekt) fritt påta seg å utføre andre oppgaver, herunder drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet, i subjektet.<sup>301</sup> I utgangspunktet må det foretas en konkret vurdering av om alle vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 (1) er oppfylt i det enkelte tilfellet for den enkelte aktivitet er omfattet av EØS-avtalens regler om offentlig støtte.

Utgangspunktet for vurderingen av om offentlig aktivitet er omfattet av støttereglene er om aktiviteten går ut på å tilby varer eller tjenester i et marked. Dette innebærer at dersom det offentlige tilbyr en tjeneste i konkurranse med private eller offentlige aktører, vil tjenesten normalt anses som en EØS-rettslig økonomisk aktivitet som er omfattet av støttereglene.

Myndighetsutøvelse og -oppgaver er ikke-økonomisk aktivitet. Dette gjelder for eksempel fastsetting av regelverk, forskrifter og avgjørelser i enkeltsaker overfor borgerne. Videre omfattes også kontroll- og tilsynsoppgaver, lovpålagte myndighetsoppgaver samt lovpålagte oppgaver som innebærer bruk av tvangsmakt.

Offentlige tjenester som er allment tilgjengelige, basert på solidaritet og offentlig regulert vil innenfor et system som vi har i Norge anses som ikke-økonomiske i støttereglenes forstand. Dette gjelder også for tjenester som er tilknyttet en slik ikke-økonomisk tjeneste. For eksempel driver regionale helseforetak og helseforetak i all hovedsak ikke-økonomisk aktivitet i form av lovpålagte spesialisthelsetjenester og støttetjenester som er nødvendige for å yte slike spesialisthelsetjenester. På samme måte vil offentlig godkjent og finansiert utdanning i all hovedsak falle utenfor støtteregle-

nes anvendelsesområde. Også offentlig finansierede kulturtenester som er allment tilgjengelige vil anses som ikke-økonomisk aktivitet. Videre har det offentlige behov for en rekke tjenester for å opprettholde sine ulike funksjoner. Slike tjenester omtales gjerne som tilknyttet aktivitet. Enkelte slike tjenester, som for eksempel internt HR-arbeid og økonomistyring, kan i utgangspunktet utføres av private. Normalt vil slike tjenester ikke utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet, forutsatt at tjenesten utelukkende leveres internt. Salg av tjenester og varer til andre vil derimot kunne anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette er for eksempel slått fast for salg av legemidler fra sykehusapotekenes publikumsutsalg, og kan også være tilfellet for utnyttelse av restkapasitet. Arbeidsgruppens undersøkelser har avdekket eksempler på slik aktivitet, men har ikke grunnlag for å si noe om omfanget. Enkelte tjenester drives av det offentlige i egenregi. Det er ikke avklart om egenregi i seg selv er avgjørende for om en tjeneste skal anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet eller ikke, men det er på det rene at disse tjenestene for en stor del også vil kunne anses som tilknyttet aktivitet.

Når det gjelder restkapasitet eller marginal aktivitet vil dette i utgangspunktet utgjøre EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det må likevel foretas en konkret vurdering.

Infrastruktur med gratis og allmenn tilgang er av ikke-økonomisk karakter. Infrastruktur knyttet til tjenester som leveres mot betaling, derimot, anses som EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Her kan det være en rekke mellomtilfeller som må vurderes konkret. Dersom samme infrastruktur skal benyttes både til EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, vil støttereglene gjelde for den økonomiske delen. Dersom bruken av en infrastruktur i all hovedsak er ikke-økonomisk kan man i enkelte tilfeller se bort fra at deler av bruken utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Da må den økonomiske bruken være tilknyttet til den ikke-økonomiske aktiviteten, og ikke overstige 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen.

<sup>301</sup> Jf. kapittel 2 og 8.



# 6 Skattefritak og konkursimmunitet – nærmere om norsk rett

ESA har foreløpig konkludert med at skattelovens generelle skattefritak for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak, og konkursimmunitet for nevnte subjekter, er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte når disse utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Ifølge mandatet skal arbeidsgruppen foreta en EØS-rettslig vurdering av om dagens norske regelverk er i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Som bakteppe for denne

vurderingen gis det i dette kapittelet oversikt over hvilke skatteregler som kommer til anvendelse på stat, fylkeskommune, kommune, regionale helseforetak og helseforetak, og det blir gjort rede for i hvilken grad de er vernet fra å gå konkurs.

En oversikt over ulike virksomhetsformer i Norge er gitt i vedlegg 8. En oversikt over i hvilken grad de ulike selskapsformene er omfattet av skattefritak og konkursimmunitet er gitt i tabell 6.1.

Tabell 6.1 Skattefritak og konkursimmunitet for ulike foretaksformer

Foretaksform	Generelt skattefritak	Konkursimmunitet
Stat	Ja	Ja
Fylkeskommune og kommune	Ja	Ja
Helseforetak	Ja	Ja
Kommunalt foretak	Ja	Ja
Interkommunalt selskap	Nei	Ja
Statsforetak	Nei	Nei
Aksjeselskap	Nei	Nei
Samvirkelag	Nei	Nei
Ansvarlig selskap og kommandittselskap	Nei	Nei

Kilde: Arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører

## 6.1 Hovedregel – skatteplikt på inntekt fra virksomhet og kapital

### 6.1.1 Inntektsskatt

Hovedregelen etter norsk rett er at alle selskaper og andre som er hjemmehørende i Norge er skattepliktige til Norge for hele sin inntekt (alminnelig skatteplikt/globalinntektskatteplikt). I utgangspunktet betyr dette at alle som driver næringsvirksomhet plikter å betale skatt av netto næringsinntekt. Også gevinst og avkastning av kapital (bankinnskudd, aksjer, eiendom mv.) er som hovedregel skattepliktig. Den alminnelige skattesatsen er for tiden 23 prosent.

Skatteloven<sup>302</sup> inneholder visse unntak fra den generelle skatteplikten. Unntak er dels gjort ved at noen inntektstyper er unntatt fra beskatning, men også ved at visse rettssubjekter er fritatt fra den generelle skatteplikten. Fritak på subjektnivå er både gjort ved at visse subjekt kategorier nyter godt av et generelt fritak fra skatteplikt. Eksempler på dette er skattefritak for stat, kommune, regionale helseforetak og helseforetak i skatteloven § 2-30 første ledd. I tillegg inneholder skatteloven en opplisting av visse nærmere angitte subjekter som er fritatt fra skatteplikt. Dette gjelder eksempelvis Norsk Tipping A/S og Petoro AS.

<sup>302</sup> Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

Det generelle skattefritaket for stat, kommuner mv. gjelder, med enkelte unntak, inntekt fra alle aktiviteter som utøves innenfor eget rettssubjekt, og omfatter inntekter fra kommersiell virksomhet (virksomhetsinntekter), utbytte, gevinster, renteinntekter og andre kapitalinntekter.

Virksomhet som er skilt ut i eget rettssubjekt, for eksempel aksjeselskap, er ikke omfattet av det generelle fritaket, men skattefrihet kan følge av andre regler.

Nedenfor følger en kort redegjørelse for skatteplikten for stat, kommune, fylkeskommune, og (regionale) helseforetak samt offentlig aktivitet som er skilt ut i egne selskaper.

### 6.1.2 Formuesskatt

Formuesskatt er en skatt som utlignes på grunnlag av den økonomiske verdien av skattyterens nettoformue per et visst tidspunkt, normalt 1. januar, jf. skatteloven § 4-1 første ledd. Formuesskatten er således en skatt på kapitalbeholdning. Personlige skattytere betaler formuesskatt både til staten og kommunene, mens upersonlige skattytere med formuesskatteplikt kun betaler formuesskatt til staten. Formuesskatten til staten utgjør 0,15 prosent for 2018. Satsen for formuesskatt til kommunen er maksimalt 0,7 prosent

Det er først og fremst fysiske personer som er pliktige til å betale formuesskatt, men skatten skal også betales av visse juridiske personer. Juridiske personer med formuesskatteplikt er kjennetegnet ved at de ikke har eiere. Typiske eksempler på juridiske personer med formuesskatteplikt er sparebanker, stiftelser og foreninger. Fritatt fra formuesskatteplikt er aksjeselskap og allmennaksjeselskap, verdipapirfond, statsforetak etter statsforetaksloven og interkommunale selskap. Staten og helseforetak er fritatt for formuesskatt. Det samme gjelder, med enkelte unntak, for kommuner og fylkeskommuner.

### 6.1.3 Eiendomsskatt

Eiendomsskatt er en kommunal skatt på fast eiendom, og reguleres av eieendomsskattelova.<sup>303</sup> Inntektene fra eiendomsskatten tilfaller i sin helhet kommunen. Skatten er en objektskatt. Det vil si at det er eiendommen som er skatteobjektet, og ikke inntekten eller formuen til en person eller et selskap. Dette betyr også at skatten er en

<sup>303</sup> Lov 6. juni 1975 nr. 29 om eieendomsskatt til kommunane (eieendomsskattelova).

bruttoskatt, uten fradrag for gjeld. I likhet med formuesskatt, er eiendomsskatt en skatt på kapitalbeholdning.

Det er kommunestyret i den enkelte kommune som avgjør om det skal skrives ut eiendomsskatt i kommunen. Kommunestyret kan skrive ut eiendomsskatt etter flere utskrivingsalternativer fastsatt i eieendomsskattelova. Satsen for eiendomsskatt fastsettes av den enkelte kommune og skal være minst to promille og maksimalt syv promille av skattegrunnlaget (eiendommens verdi).

Eieendomsskattelovas system bygger på at alle eiendommer innenfor den aktuelle utskrivingskategori skal ilegges eiendomsskatt med mindre de er særskilt fritatt. Fritak kan følge av eieendomsskattelova § 5, som angir *obligatoriske* fritak fra eiendomsskatten, eller § 7, som angir eiendommer kommunen *kan* frita fra eiendomsskatt.

Ettersom eiendomsskatten er en objektskatt er det i prinsippet uten betydning for adgangen til utskrivning av eiendomsskatt hvem som er eier av den aktuelle eiendommen. Imidlertid er noen av eieendomsskattelovas fritaksbestemmelser gjort betinget av hvem som er eier.

For eiendom i statlig eie er det i eieendomsskattelova § 5 gjort unntak for eiendomsskatt når eiendommen benyttes av Kongen, kongehuset, Storting eller Regjering. Fritak gjelder også når statlig eiendom benyttes til kulturelle formål og forsvarsanlegg mv. Det er også fritak for historiske bygg eller anlegg i statlig eie, og visse statlige eiendommer som tjener allmenntilgittige formål. Kommunens eiendommer i egen kommune er fritatt for eiendomsskatt. Det samme gjelder eiendom (sykehus) som eies av helseforetak. Finansdepartementet har i brev 24. september 1986 (upubl.) uttalt at fritaket ikke gjelder når eiendommen eies av et selvstendig subjekt, selv om kommunen har eierinteresser i rettssubjektet.

## 6.2 Skattefritak for stat, fylkeskommuner, kommuner, helseforetak mv.

### 6.2.1 Stat

Eiendom og virksomhet staten eier og utøver direkte, er fritatt for skatteplikt, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b. Skattefriheten omfatter inntekter fra økonomisk virksomhet i skat-

terettslig forstand, men også fra kapital, som for eksempel aksjeutbytte og -gevinster, renteinntekter og leieinntekter. Skattefritaket omfatter også formue.

Statlig virksomhet organisert som egne rettssubjekter, eksempelvis aksjeselskaper eller statsforetak (SF), er egne skattesubjekter, jf. skatteloven § 2-2 første ledd, og omfattes av de alminnelige reglene. De er dermed som utgangspunkt skattepliktige. Enkelte statlige virksomheter som er regulert i egen lov som særlovselskap (egne rettssubjekter), kan være eksplisitt unntatt fra skatteplikt etter skatteloven § 2-30 første ledd.

## 6.2.2 Kommunal sektor

### *Hovedregel*

Fylkeskommuner og kommuner er fritatt fra skatteplikt på inntekt og formue etter skatteloven § 2-30 første ledd bokstav c.

Fritaket omfatter i utgangspunktet alle inntektene til kommunene, herunder inntekter i form av rammeoverføringer fra staten, skatteinntekter, inntekter fra eventuell kommersiell virksomhet som drives i kommunen, utbytte/gevinster fra selskaper kommunen har eierandeler i, inntekter i form av innbetalinger fra tjenestemottakere og renteinntekter ved utlån mv.

Skattefritaket gjelder kommunen som subjekt, og omfatter dermed virksomhet/aktivitet i avdelinger og etater av kommunen og kommunale foretak som er opprettet etter kommuneloven<sup>304</sup> kapittel 11, se punkt 8.1 om kommunal sektor. Dersom kommunen organiserer virksomheten i et kommunalt foretak (KF) etter kommuneloven kapittel 11, anses KF-et å være en del av kommunens rettssubjekt. Det innebærer at skattereglene som gjelder for kommuner, jf. skatteloven §§ 2-30 og 2-5, gjelder tilsvarende for virksomhet i KF-formen.

Skattefritaket er generelt utformet og skiller ikke mellom kommunens EØS-rettslige ikke-økonomiske aktivitet og dens økonomiske aktivitet. Bakgrunnen for fritaket er blant annet at kommunen er et offentlig organ som først og fremst er tillagt og skal utføre særskilte oppgaver, som offentlig myndighetsutøvelse, forvaltningsoppgaver, og

sørge for tjenester som sikrer innbyggernes rettigheter etter sektorlovgivningen.

Fritaket innebærer at kommunene generelt er skattefrie for kapitalinntekter, for eksempel aksjeutbytte og -gevinster, renteinntekter og utleieinntekter. Kommuner er subjekter under fritaksmetoden, slik at gevinster og utbytte i hovedsak uansett er skattefrie når fritaksmetoden kommer til anvendelse. Ved salg av aksjer i kraftselskap gjelder det særlige unntak, se nedenfor.

Kommuner er også fritatt for skatt på renteinntekter. Uavhengig av om kommunen yter lån til selskaper de har eierandeler i eller om lån ytes til andre, blir renteinntektene skattefrie på kommunens hånd, mens låntakeren kan ha fradragrett for rentekostnadene.

**Unntak – begrenset skatteplikt etter skatteloven § 2-5**  
Skatteloven § 2-5 inneholder visse unntak fra fylkeskommunenes og kommunenes generelle skattefritak.

### *Vannkraft*

Fylkeskommuner og kommuner er skattepliktige for inntekter fra vannkraftvirksomhet (produksjon omsetning, overføring eller distribusjon av vannkraft), jf. skatteloven § 2-5 første ledd bokstav a og § 2-5 annet ledd bokstav a. Fylkeskommuner har vært skattepliktige for slik inntekt siden 1964. For kommuner ble slike inntekter gjort skattepliktige med virkning fra inntektsåret 1997. Før dette var kommunen bare skattepliktig for fast eiendom og innretninger utenfor kommunegrensen. Kommunen var derfor kun skattepliktig for kraftforetak utenfor egen kommunegrense. Bakgrunnen for innføring av skatteplikt også for kommunale kraftforetak innenfor kommunens eget område, var endringen fra offentlig monopol på kraftforsyning til et konkurranseutsatt marked i 1991. I forarbeidene til endringen i 1997 ble det også argumentert med at kommunen burde være skattepliktig for all inntekt fra vannkraftvirksomhet, uavhengig av valgt organisasjonsform.

Gevinster ved realisasjon av aksjer og andeler i aksjeselskap, allmennaksjeselskap mv. som driver vannkraftproduksjon er også i prinsippet skattepliktig inntekt for kommunene og fylkeskommunene, jf. skatteloven § 2-5 første ledd bokstav b og § 2-5 annet ledd bokstav a. Kommuner er imidlertid kvalifiserende subjekter under fritaksmetoden, jf. skatteloven § 2-38 første ledd. Etter fritaksmetoden er enkelte skattesubjekter, herunder

<sup>304</sup> Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.

kommuner, fritatt fra skatt på visse gevinster, blant annet ved salg av aksjer og andeler i ansvarlige selskaper. Dette betyr at dersom inntekt ved realisasjon av aksjer og andeler i aksjeselskap, allmennaksjeselskap mv. som driver vannkraftproduksjon er omfattet av fritaksmetoden, er den skattefri, jf. § 2-5 tredje ledd. Det vil i praksis innebære at kommuner er fritatt for gevinster ved salg av aksjer (og andeler) i norske energiselskap.

### **Avfallshåndtering**

Fra og med inntektsåret 2014 er det innført skatteplikt for kommuner på inntekt fra avfallshåndteringstjenester som utføres i et marked, jf. skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav c. Skatteplikten omfatter ikke inntekter fra kommunens lovpålagte oppgave om håndtering av husholdningsavfall fra kommunens egne innbyggere. Lovendringen kom i etterkant av ESAs vedtak i avfallssaken, der det ble konkludert med at håndtering av husholdningsavfall som konkurranseutsettes og håndtering av næringsavfall, er tjenester som utføres i en markedssituasjon hvor kommunen konkurrerer med andre private og kommunale avfallsselskaper.<sup>305</sup> Dette anses derfor som EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og et skattefritak ville bli ansett som offentlig støtte.

### **Rederivirksomhet**

Fylkeskommuner er skattepliktige for rederivirksomhet, jf. skatteloven § 2-5 første ledd bokstav c. Fylkeskommunen er likevel ikke skattepliktig for rederivirksomhet som drives til lettelse for trafikken til og fra fylket eller innenfor fylket, når fylkeskommunen ikke oppebærer direkte utbytte av virksomheten. Denne bestemmelsen ble innført tidlig på 1900-tallet.

### **Visse eiendommer og innretninger**

Skatteloven § 2-5 hjemler først og fremst skatteplikt for enkelte typer inntekter, men omfatter i noen grad formuesskatt. Etter § 2-5 første ledd bokstav d og § 2-5 annet ledd bokstav b er henholdsvis fylkeskommuner og kommuner generelt skattepliktige for «*eiendom eller innretning utenfor [fylkeskommunens og] kommunens område*». For kommunen gjelder dette likevel ikke vannledning med tilhørende dammer og bassenger, gravplass, krematorium med urnelund og urnehall, sykehus og feriekoloni, unntatt formue i og inntekt av virksomhet som kommunen driver i tilknytning til slik eiendom og som går ut over eiendommens

egentlige formål. Bestemmelsene innebærer at kommuner i utgangspunktet ikke er skattepliktige for eiendom eller innretning innenfor kommunens område, men derimot for eiendommer og innretninger utenfor kommunens grenser. Bestemmelsene skriver seg fra tidlig på 1900-tallet. Bakgrunnen antas å være at gjestekommunen benytter seg av infrastruktur mv. i vertskommunen, og at det er rimelig at gjestekommunen bidrar til dette i form av skatt. Etter gjeldende regler går selskapsskatten utelukkende til staten, mens 14/17 av formuesskatten fortsatt går til kommunene.

I de tilfeller fylkeskommunen er skattepliktig for rederivirksomhet, er fylkeskommunen også formuesskattepliktig.

I skatteloven § 4-53 er det en særregel om gjeldsfradrag ved fastsettelse av skattepliktig formue. Kommunene har ved formuesbeskatningen rett til et fradrag som svarer til halvparten av den skattepliktige bruttoformuen. Det samme gjelder helseforetak. Fradraget gis uavhengig av om kommunen faktisk har gjeld og størrelsen på eventuell gjeld. Det gis ikke fradrag for gjeld ved fastsettelse av skattepliktig formue i virksomhet som kommunen driver i tilknytning til gravplass, krematorium med urnelund og urnehall, sykehus og feriekoloni og som går ut over eiendommens egentlige formål.

### **Særlig om fradragsrett for rentekostnader**

Ved fastsettelse av skattepliktig inntekt, er utgangspunktet at kommunen får fradrag for kostnader som er pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt, jf. skatteloven § 6-1. For rentekostnader er det en særregel i skatteloven § 6-40 fjerde ledd. Etter denne bestemmelsen får kommunen kun fradrag for renter av den gjeld som kommer til fradrag ved formuesfastsettelsen. Ved formuesfastsettelsen innrømmes helseforetak og kommuner som hovedregel fradrag for gjeld for et beløp som tilsvarer halvparten av den skattepliktige bruttoformuen, jf. skatteloven § 2-53 og omtale ovenfor. Dette innebærer at kommuner ved inntektsfastsettingen som hovedregel kun får fradrag for renter som knytter seg til gjeld tilsvarende halvparten av den skattepliktige bruttoformuen.

### **Eiendomsskatt**

Det er opp til den enkelte primærkommune å innføre eiendomsskatt. Inntektene fra eiendomsskatten tilfaller i sin helhet kommunen. Dersom kommunen innfører eiendomsskatt er likevel eiendommer som kommunen selv eier fritatt for eien-

<sup>305</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 91/13/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors.



domsskatt, jf. eiedomsskattelova<sup>306</sup> § 5. Unntaket er begrenset til eiendommer som kommunen eier i egen kommune. Dette er naturlig siden eiendoms-skatt er en kommunal skatt. Eiendommer i andre kommuner er ikke unntatt. Det samme gjelder eiendom som fylkeskommunen eier.

### 6.2.3 Regionale helseforetak og helseforetak

Regionale helseforetak og helseforetak er egne rettssubjekter som er regulert i helseforetaksloven.<sup>307</sup> Både regionale helseforetak og helseforetak er som utgangspunkt fritatt fra skatteplikt, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav g nr. 5.

Helseforetakene eies av de regionale helseforetakene, som igjen eies av staten. Helseforetakene eier og drifter de offentlige sykehusene i Norge. I sykehusapoteksaken konkluderte ESA med at finansieringen av norske, offentlig eide sykehusapotek ikke var i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte.<sup>308</sup> ESA krevde derfor at inntekter fra publikumsutsalget i offentlig eide sykehusapotek måtte skattlegges på lik linje med private apotek. ESAs vedtak omfattet ikke sykehusapotekenes primærvirksomhet, som er levering av legemidler og farmasøytiske tjenester til offentlige sykehus. Som følge av ESAs vedtak ble det fra og med 2015 innført en begrenset inntektskatteplikt for helseforetak som driver sykehusapotek, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav g nr. 5. Under henvisning til symmetriprinsippet, og at helseforetakene ikke har skatteplikt for formue og kapitalinntekter, ble det ikke innført fradragsrett for eventuelle rentekostnader, se Prop. 1 LS (2014–2015) kapittel 11.

### 6.2.4 Offentlig virksomhet som er skilt ut i egne rettssubjekter mv.

#### Aksjeselskap

Aksjeselskaper er egne skattesubjekter, jf. skatteloven § 2-2 første ledd bokstav a. Som hovedregel skattlegges både aksjeselskaper, likestilte selskaper og sammenslutninger som egne skattesubjekter.

Overskudd i selskap skattlegges på selskapets hånd som alminnelig inntekt, med en flat skattesats på 23 prosent. Underskudd kan fremføres

og trekkes fra mot senere overskudd. I bedriftsbeskatningen er det lagt særlig vekt på prinsippene om likebehandling av ulike investeringer, finansieringsformer og organisasjonsformer, og symmetrisk behandling av inntekter (gevinster) og utgifter (tap). Dette tilsier blant annet at skattepliktig overskudd så langt som mulig skal fastsettes i samsvar med bedriftsøkonomisk overskudd. «Varige og betydelige» driftsmidler skal aktiveres og avskrives med satser som i prinsippet skal gjenspeile antatt årlig verdifall. De fleste driftsmidler avskrives etter saldosystemet eller lineært over driftsmidlets levetid, mens visse driftsmidler ikke er avskrivbare eller bare kan avskrives hvis verdifallet er åpenbart.

#### Ansvarlig selskap, DA og KS

Dersom minst én av deltakerne etter selskapsavtalen har ubegrenset personlig ansvar for virksomhetens forpliktelser, eller deltakerne har ubegrenset, personlig ansvar for deler, hvor delene til sammen utgjør virksomhetens samlede forpliktelser, skattlegges som hovedregel ikke selskapet som eget skattesubjekt, jf. skatteloven § 2-2. Således vil for eksempel ansvarlige selskaper (ANS og DA) og kommandittselskaper (KS) ikke være egne skattesubjekter. I stedet skattlegges slike selskaper ved deltakerfastsetting, som innebærer at skattepliktig overskudd i selskapet skattlegges på deltakerens hånd. Kommuner har etter gjeldende rett ikke mulighet til å eie andeler i slike selskaper direkte, jf. selskapsloven<sup>309</sup> § 1-1 femte ledd. Kommunene har likevel anledning til å eie slike andeler via et aksjeselskap. Inntektene i ANS/KS vil dermed bli beskattet på (det kommunalt eide) aksjeselskapets hånd.

#### Interkommunalt selskap

Etter IKS-loven<sup>310</sup> § 3 hefter den enkelte deltaker ubegrenset for en prosent- eller brøkdel av selskapets forpliktelser. Til sammen skal delene utgjøre selskapets samlede forpliktelser. Til tross for dette skal likevel et interkommunalt selskap som er opprettet med hjemmel i IKS-loven lignedes som eget skattesubjekt, jf. i skatteloven § 2-2 første ledd bokstav g.

#### Samvirkeforetak og stiftelser

Samvirkeforetak og stiftelser er egne skattesubjekter og lignedes som selskaper, jf. skatteloven § 2-2 første ledd bokstav d og h.

<sup>306</sup> Lov 6. juni 1975 nr. 29 om eiedomsskatt til kommunane.

<sup>307</sup> Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m.

<sup>308</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

<sup>309</sup> Lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper.

<sup>310</sup> Lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper.

### **Interkommunale samarbeid (kommuneloven § 27)**

Når det gjelder virksomhet i interkommunale samarbeid, har Finansdepartementet omtalt skatleggingen av slike foretak i forbindelse med innføring av skatteplikt for kommunens konkurranseutsatte avfallshåndtering. I Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 11.5.4 uttales det at et samarbeid etter kommuneloven § 27 som er en del av kommunen som rettssubjekt følger skattebestemmelsene for kommuner i skatteloven. Det vil si at virksomhet i et slikt samarbeid er fritatt fra skatteplikt etter skatteloven § 2-30, med de unntak som følger av § 2-5.

Finansdepartementet uttalte videre at det ikke er uttrykkelig regulering i skatteloven av § 27-samarbeid som er egne rettssubjekter. Departementet antok likevel at interkommunale samarbeid som er egne rettssubjekter og slik at deltakerkommunen har ubegrenset ansvar for samarbeidets forpliktelser, skal deltakerne lignede etter en bruttometode. Den enkelte deltakerkommune anses da for selv å utøve sin andel i samarbeidet. Det vil si at inntekt og formue skal skatlegges på deltakerens (her kommunens) hånd. Så lenge deltakeren er skattefri, skatlegges ikke inntekter fra sammenslutningen. For kommuner som etter § 2-5 annet ledd bokstav c er skattepliktig for en bestemt type aktivitet, ville dette innebære at inntektene fra denne aktiviteten blir skattepliktig (på deltakerens/kommunens hånd) også når dette skjer i regi av et interkommunalt samarbeid som er å anse som et eget rettssubjekt.

### **6.2.5 Sammenslutninger som ikke har erverv til formål**

Etter skatteloven § 2-32 kan sammenslutninger, for eksempel aksjeselskaper og stiftelser, være skattefrie dersom de ikke har erverv til formål. Hvorvidt kommunal eller annen offentlig virksomhet organisert som aksjeselskap eller stiftelse er skattefri etter § 2-32, beror på en konkret helhetsvurdering av innretningens virksomhet, formål etc. En innretning som vurderes å være skattefri som sådan etter § 2-32 første ledd, kan likevel bli skattepliktig for utleie av eiendom og økonomisk virksomhet etter § 2-32 annet ledd.

### **6.2.6 Oppsummering**

Som hovedregel har selskaper og alle som er hjemmehørende i Norge alminnelig skatteplikt hit. Dette innebærer en plikt til å betale skatt av netto næringsinntekt med en skattesats som i 2018 utgjør 23 prosent. Stat, fylkeskommune, kommune, regionale helseforetak og helseforetak er

som hovedregel fritatt for skatt på inntekt og formue, men inntekt fra og formue i visse kilder er likevel skattepliktig. Et eksempel på skattepliktig inntekt er kommunenes håndtering av næringsavfall, jf. skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav c. ESA har foreløpig konkludert med at det generelle skattefritaket for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan innebære at disse aktørene mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen.

Formuesskatt er en skatt som utlignes på grunnlag av den økonomiske verdien av skattyterens nettoformue per et visst tidspunkt, normalt 1. januar, jf. skatteloven § 4-1 første ledd. Personlige skattytere betaler formuesskatt både til staten og kommunene, mens upersonlige skattytere med formuesskattplikt kun betaler formuesskatt til staten. Formuesskatten til staten utgjør 0,15 prosent for 2018. Satsen for formuesskatt til kommunen er maksimalt 0,7 prosent. Fritatt fra formuesskattplikt er aksjeselskap og allmennaksjeselskap, verdipapirfond, statsforetak etter statsforetaksloven og interkommunalt selskap. Staten og helseforetak er også fritatt for formuesskatt. Det samme gjelder, med enkelte unntak, for kommuner.

Eiendomsskatt er en kommunal skatt på fast eiendom. Skatten er en objektskatt. Det vil si at det er eiendommen som er skatteobjektet, og ikke inntekten eller formuen til en person eller selskap. Dette betyr også at skatten er en bruttoskatt, uten fradrag for gjeld. Ettersom eiendomsskatten er en objektskatt er det i prinsippet uten betydning for adgangen til utskrivning av eiendomsskatt hvem som er eier av den aktuelle eiendommen. Imidlertid er noen av eiedomsskattelovas fritaksbestemmelser gjort betinget av hvem som er eier. Som eksempel nevnes at eiedomsskattelova § 5 gjør unntak for eiendom i statlig eie når eiendommen benyttes til kulturelle formål, og forsvarsanlegg mv.

## **6.3 Konkursimmunitet**

### **6.3.1 Innledning**

Konkursimmunitet kan ses på som en form for implisitte og ubegrensede garantier for EØS-rettslig økonomisk aktivitet i offentlig sektor. Det vil i det følgende gjøres rede for den rettslige forankringen for konkursimmunitet for ulike aktører i offentlig sektor.

### 6.3.2 Statens konkursimmunitet

Det er ikke regulert i lov at Norge ikke kan gå konkurs, men det er alminnelig antatt i internasjonal rett at stater ikke kan gå konkurs. Dette gjelder også statlige institusjoner (forvaltningsorgan) som utøver forvaltningsoppgaver på vegne av staten.

I tillegg til slike statlige institusjoner, eier staten også ulike typer virksomhet i form av særlovselskaper, regionale helseforetak, statsforetak og hel- og deleide aksjeselskaper. Regionale helseforetak behandles i et eget avsnitt. Statsforetak og aksjeselskap kan gå konkurs, og staten hefter ikke overfor kreditorene for foretakenes forpliktelser. Det er derfor ikke et spørsmål om implisitte garantier for disse.

Særlovsselskaper skiller seg fra andre selskapsformer ved at hvert enkelt selskap er opprettet og drives med hjemmel i en egen lov. Særlovsselskapene er i hovedsak opprettet der hovedvirksomheten er et monopol eller der selskapet brukes som et politisk instrument. Eksempler på slike selskap er Norsk Tipping AS, AS Vinmonopolet, Folketrygdfondet og Innovasjon Norge. Det er ulikt hvorvidt staten hefter for disse virksomhetenes forpliktelser eller ikke.<sup>311</sup> En del av særlovsselskapene utøver ikke økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand. I de tilfellene staten ikke hefter, oppstår det ikke et spørsmål om garantier. I de tilfelle staten hefter for virksomhetenes forpliktelser og de utøver økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, vil spørsmålet om implisitte garantier reises. Men disse selskapene må vurderes enkeltvis.

### 6.3.3 Helseforetakenes konkursimmunitet

De regionale helseforetakene er eid fullt ut av staten, og staten ved de regionale helseforetakene eier helseforetakene. I henhold til § 5 i helseforetaksloven<sup>312</sup> kan det ikke åpnes konkurs eller gjeldsforhandling i regionale helseforetak eller helseforetak. Videre følger det av § 7 at eier hefter ubegrenset for foretakets forpliktelser.

Loven trådte i kraft 1. januar 2002, men forbudet mot konkurs i helseforetak/spesialisthelsetjenesten har eksistert lenger. Før loven trådte i kraft var

spesialisthelsetjenesten organisert som en del av fylkeskommunen eller staten.

Det følger av helseforetaksloven § 33 at regionale helseforetak og helseforetak ikke kan ta opp lån med mindre det er særskilt fastsatt i vedtektene deres. I de regionale helseforetakenes vedtekter er det bestemt at de kun kan ta opp lån gjennom statlige lånebevilgninger. I helseforetakenes vedtekter er det bestemt at helseforetakene kun kan ta opp lån fra sitt regionale helseforetak. I praksis betyr dette at statlige lånebevilgninger til byggeprosjekter i et helseforetak formelt sett tildeles det regionale helseforetaket (morselskapet), som igjen låner ut til gjeldende helseforetak.

Lån behandles fra statens side som en utgiftspost på statsbudsjettet, og er derfor en del av prioriteringsprosessen i forkant av statsbudsjettbehandlingen. Lånene må betales tilbake til staten med en rente som fastsettes av Finansdepartementet.

Regionale helseforetak er gitt anledning til å inngå finansielle leieavtaler (leasing mv.) med en kontraktsverdi på inntil 100 millioner kroner per avtale. Finansielle leieavtaler utover dette beløpet må forelegges foretaksmøtet.

### 6.3.4 Kommuners og fylkeskommuners konkursimmunitet

Kommuneloven § 55 slår fast at det ikke kan tas utlegg eller arrest i en kommunens eller fylkeskommunes eiendeler. En kommune eller fylkeskommune kan heller ikke tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling.<sup>313</sup>

Kommunelovens ansvarsregler innebærer at kommunen er ubegrenset ansvarlig for sine økonomiske forpliktelser. I og med at kommunen ikke kan gå konkurs medfører ansvarsreglene at kommunen stiller en generell og ubegrenset garanti for *all virksomhet* som utøves innenfor det kommunale rettssubjektet. Når kommunesubjektet (som i en kommunal etat eller et kommunalt foretak) utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil garantien også omfatte hele denne virksomheten.

Konkursforbudet for kommuner har eksistert i norsk lov siden 1927, først i form av en provisorisk anordning, og fra 1928 i form av lov. Historisk har en kommune imidlertid blitt ansett å kunne

<sup>311</sup> For eksempel hefter staten ikke for Folketrygdfondet, jf. lov 29. juni 2007 nr. 44 om Folketrygdfondet § 7. Norsk Tipping AS og AS Vinmonopolet er aksjeselskap heleid av staten. I lovene som regulerer disse selskapene står det at aksjelovens bestemmelser ikke gjelder, men det står heller ikke uttrykkelig at Staten hefter for selskapets forpliktelser.

<sup>312</sup> Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m.

<sup>313</sup> Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.

slås konkurs, jf. dommen inntatt i Rt. 1927 s. 529 (Stangaland kommune). I dommen heter det:

«Kommunen er en offentligretslig institusjon, som av lovgivningen er paalagt visse oppgaver. Forsaavidt dens eiendele er nødvendige til løsning av disse oppgaver, maa de vistnok antas at være undtat fra tvangsinddrivelse i enhver form. Men dette antages ikke tilstrækkelig til at undta ogsaa frie aktiver, som ikke er bundet paa denne maate. At der kan forekomme mellomtilfælder hvor det er vanskelig at avgjøre til hvilken gruppe aktiverne skal henføres, kan gjøre det ønskelig at faa nærmere regler herom bestemt ved lov, efterat det nu har vist sig at kommuners konkurs er blit et aktuelt spørsmål, men findes ikke at begrunde nogen almindelig undtagelse for kommuner fra i det hele at undergives konkurshandling. De tvilstilfælder, som maatte forekomme, faar om nødvendig prøves og avgjøres, eftersom de opstaar. Det samme gjælder andre vanskeligheter eller ulemper, som kan være forbundet med at en kommune blir gjenstand for konkursbehandling paa samme tid som den fremdeles har at løse de offentligretslige oppgaver som paaligger den.

Antok man at en kommune ikke kunde sættes under konkurs, maatte man efter min mening ogsaa undta den fra eksekusjon, idet det vilde være altfor støtende om en kreditor skulde kunne sikre sig ved eksekusjon, uten at der var anledning for de andre kreditorer til ved konkurs at sørge for en likelig fordeling av de tilgjængelige værdier. Men at undta en kommune baade fra konkurs og eksekusjon paa samme tid som den har adgang til at paa dra sig helt privatretslige forpligtelser forekommer mig vilde være litet rimelig. At en kommune kan være gjenstand for eksekusjon har ogsaa hittil været antat baade av teori og praksis. Det synes heller ikke tvilsomt at en saadan adgang er, om ikke hjemlet, saa ialfald forutsat av lovgivningen.»

Umiddelbart etter denne dommen ble det innført konkurssimmunitet ved provisorisk anordning.<sup>314</sup> Dette betyr at det vil være mulig å la ogsaa kommuner være gjenstand for tvangsfullbyrdelse og konkurs. Utvalget som forberedte kommuneloven

anså det imidlertid ikke som aktuelt å la konkursreglene få anvendelse. Det heter:

«Etter utvalgets oppfatning vil innføring av regler for kommuner og fylkeskommuner om konkurs og andre gjeldsordninger etter Konkurslovens bestemmelser være et meget inngripende tiltak, og uforenlig med den type virksomhet som kommunene og fylkeskommunene driver. Dette vil bryte med de intensjoner som er nedfelt i det lokale folkestyret og de fundamentale samfunnsoppgaver som kommunene/fylkeskommunene bestyrer. Den kommunale/fylkeskommunale virksomhet vil kunne lammes på en slik måte at fortsatt drift vil bli umulig eller meget vanskelig. Virksomheten i kommuner/fylkeskommuner og i privat sektor er i denne forbindelse vesensforskjellig, og kan ikke sammenlignes.»<sup>315</sup>

Selv om det således har vært ansett mulig å slå en kommune konkurs på et tidspunkt hvor konkurssimmunitet ikke fulgte eksplisitt av lovverket, er det på det rene at lovgiver ikke har ønsket en slik løsning.

### 6.3.5 Interkommunale selskap og konkursforbud

En del kommuner og fylkeskommuner samarbeider gjennom interkommunale selskap (IKS) som reguleres av IKS-loven<sup>316</sup>. Det er kun kommuner, fylkeskommuner og interkommunale selskap som kan være deltakere i et IKS. Verken andre offentlige rettssubjekter, for eksempel staten, eller private, kan være deltakere i et IKS. Et IKS er et selvstendig rettssubjekt med avtalekompetanse, partsstilling og egne rettigheter og plikter overfor domstoler og andre myndigheter. Med dette er det ment å si at et IKS rettslig og økonomisk i utgangspunktet er utskilt fra eierne. Dette er en viktig forskjell fra tradisjonelle forvaltningsbedrifter, som rettslig sett er en del av det offentlige som juridisk person.

IKS-modellen har i noen grad aksjeloven<sup>317</sup> som forbilde. På tross av likhetene mellom IKS-loven og aksjeloven er det ogsaa viktige forskjeller. I denne sammenhengen er den reelle ansvarsformen mest påfallende. I henhold til aksjeloven §§ 1-1 annet ledd og 1-2, har ikke noen av deltakerne personlig ansvar for selskapets forpliktelser. Dersom

<sup>314</sup> Se nærmere NOU 1990: 13 *Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner*, s. 252-53.

<sup>315</sup> S. 254-55.

<sup>316</sup> Lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper.

<sup>317</sup> Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven).

man har en fordring på et aksjeselskap man ikke får oppfyllelse for, kan man ikke gjøre personlig ansvar gjeldende overfor selskapets deltakere, med mindre man har særskilt hjemmel for dette (eksempelvis i henhold til reglene om ansvars-gjennombrudd). Alternativene er å ta utlegg eller å begjære selskapet slått konkurs.

Selv om et IKS kan oppløses, kan det ikke gå konkurs i henhold til de alminnelige konkursrettslige reglene, jf. IKS-loven § 23. Den legislative begrunnelsen for dette er at det offentlige gjerne vil ha et samfunnsmessig ansvar for at denne typen virksomheter drives videre.

Fordringshavere kan med andre ord ikke få dekning ved å påberope seg den alminnelige konkurslovgivningen. Denne regelen må imidlertid ses i sammenheng med oppløsnings- og avviklingsbestemmelsene, jf. IKS-loven § 36. Ved avvikling skal avviklingsstyret sørge for at alle fordringshavere får dekning for sine krav. Hvis det ikke er midler nok i selskapet til å dekke fordringshavernes krav, kan kravene gjøres gjeldende overfor deltakerne, altså eierne av selskapet, jf. § 36, jf. § 3. Hva gjelder ansvarsformen, ligger derfor IKS-modellen nærmere ansvarlige selskaper med ubegrenset ansvar enn aksjeselskaper med begrenset ansvar.

### 6.3.6 Oppsummering

Konkursimmunitet kan muligens ses på som en form for implisitte og ubegrensede garantier for EØS-rettslig økonomisk aktivitet i offentlig sektor. For så vidt gjelder statens konkursimmunitet er det ikke regulert i lov at Norge ikke kan gå konkurs, men det er alminnelig antatt i internasjonal rett at stater ikke kan gå konkurs.

De regionale helseforetakenes og helseforetakenes konkursimmunitet følger av helseforetaksloven § 5. Av loven § 7 fremgår det at staten som eier hefter ubegrenset for foretakets forpliktelser.

Kommuneloven § 55 slår fast at det ikke kan tas utlegg eller arrest i en kommunens eiendeler. En kommune kan heller ikke tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling. Kommunelovens ansvarsregler innebærer at kommunen er ubegrenset ansvarlig for sine økonomiske forpliktelser. I og med at kommunen ikke kan gå konkurs, kan det hevdes at ansvarsreglene medfører at kommunen stiller en generell og ubegrenset garanti for *all virksomhet* som utøves innenfor det kommunale rettssubjektet. Når kommunesubjektet (som i en kommunal etat eller et kommunalt foretak) utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil garantien også omfatte denne virksomheten.

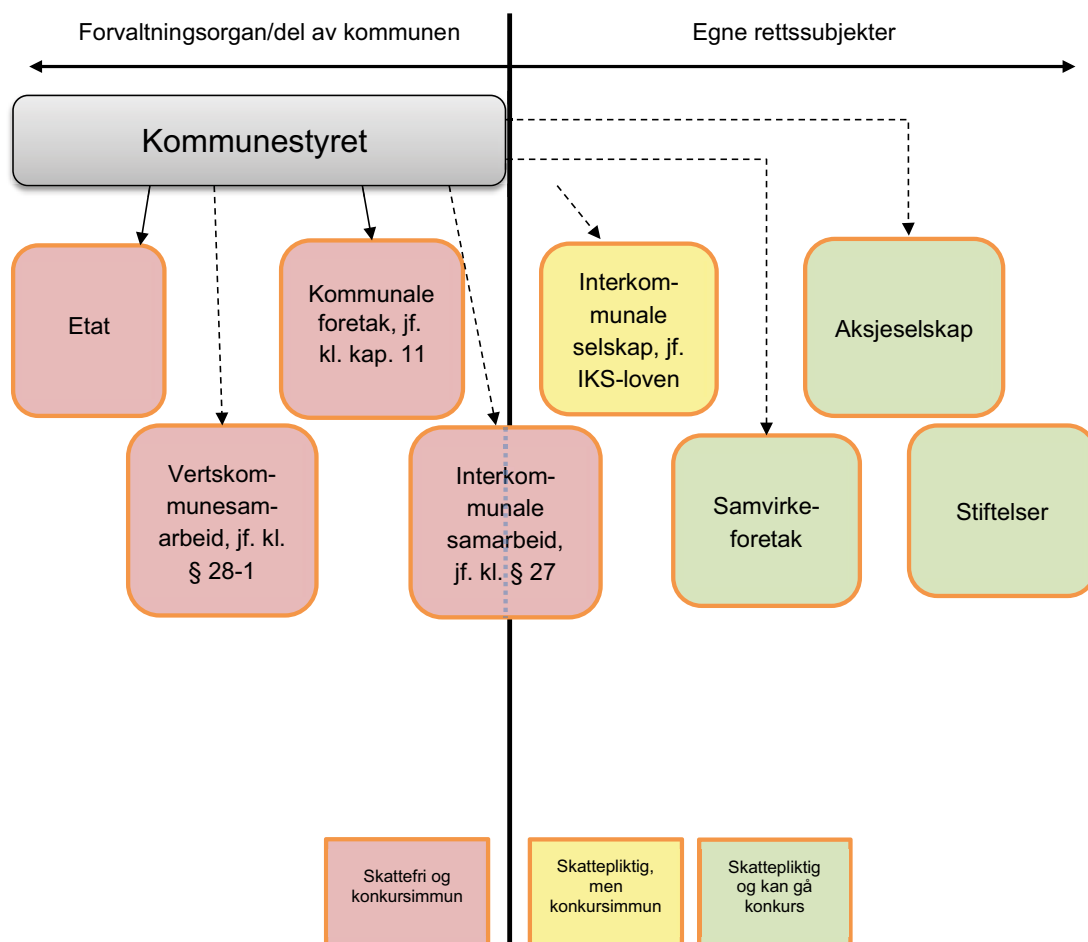
Interkommunale selskap kan oppløses, men kan ikke gå konkurs i henhold til de alminnelige konkursreglene, jf. IKS-loven § 23.

ESA mener at implisitte eller eksplisitte konkursforbud for de offentlige subjektene som nevnt over innebærer at disse er ubegrenset ansvarlige for sine økonomiske forpliktelser, noe som medfører at de mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen.

## 6.4 Skattefritak og konkursimmunitet for kommunene

Figur 6.1 oppsummerer og illustrerer skattefritak og konkursimmunitet for ulike selskapsformer av relevans for kommunene.

Figur 6.1 Skatteplikt og konkursimmunitet ved ulike organisasjonsformer i kommunene



Kilde: Arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører

# 7 Støtterettslig vurdering av skattefritak og konkursimmunitet

ESA har lagt til grunn at skattefritak og konkursimmunitet til fordel for stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, i den grad disse aktørene driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det følger av mandatet at arbeidsgruppen, med utgangspunkt i de foreløpige vurderingene fra ESA, skal vurdere om dagens norske regelverk er i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Arbeidsgruppen forstår dette punktet slik at den, for det første, skal vurdere skattefritaket for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak inntatt i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5. Videre skal arbeidsgruppen vurdere om konkursimmunitet for de samme rettssubjektene er i tråd med EØS-avtalen.

Temaet i dette kapitlet er hvorvidt det generelle skattefritaket for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er forenlig med EØS-avtalens forbud mot offentlig støtte. Videre vurderes den EØS-rettslige betydningen av at disse rettssubjektene ikke kan gå konkurs.

Innenfor regelverket om offentlig støtte kan man, noe forenklet, si at det offentlige kan opptre i to ulike sammenhenger. For det første kan det offentlige opptre som offentlig myndighet, som søker å ivareta ulike samfunnshensyn, for eksempel ved å tilby visse tjenester til befolkningen, eller ved å gi offentlig støtte til bestemte formål. For det andre kan det offentlige opptre som en aktør i markedet, for eksempel ved å tilby tjenester mot betaling på linje med private. Dersom det offentlige opptrer i markedet, krever reglene om offentlig støtte at markedsaktørprinsippet følges. Dette innebærer at offentlig virksomhet i markedet i utgangspunktet skal være underlagt de samme krav til avkastning fra eier som tilsvarende privat virksomhet, og at det offentlige ikke kan gi sin markedsrettede virksomhet fordeler som er omfattet av reglene om offentlig støtte.

Det er i denne sammenheng viktig å være klar over at kravet om at markedsaktørprinsippet skal følges bare gjelder hvor det offentlige driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet i et marked. Der hvor

det offentlige kun ivaretar for eksempel sosiale eller kulturelle formål uten at disse foregår i et marked, gjelder ikke reglene om offentlig støtte. En mellomkategori er tilfeller hvor offentlige aktører driver virksomhet som skal fremme bestemte samfunnsmessige formål, men som likevel foregår i et marked. Slik virksomhet kan enten drives markedsmessig, og dermed falle utenfor støttereglene, eller det offentlige kan støtte virksomheten i tråd med reglene for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning.

## 7.1 ESAs foreløpige vurdering

I brev av 15. desember 2015 har ESA foreløpig konkludert med at det generelle skattefritaket og konkursimmunitet for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan innebære at disse organene mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen. ESA mener at offentlige aktører må skatlegges og ikke nyte godt av konkursimmunitet når de utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet i markedet.

ESAs undersøkelsesprosedyre er igangsatt etter reglene for eksisterende støtte, slik at det ikke vil bli aktuelt med tilbakebetaling av ulovlig utbetalt støtte dersom ESA konkluderer med at skattefritakene og konkursimmuniteten er i strid med støttereglerverket. Dersom ESA senere endelig konkluderer med at norske regler er i strid med EØS-avtalen, vil ESA etter denne prosedyren kreve at det gjennomføres tiltak (såkalte formålstjenlige tiltak) som bringer regelverket i overensstemmelse med EØS-avtalen. Eventuelle endringer ESA pålegger Norge å gjennomføre vil bare få konsekvenser fremover i tid. Arbeidsgruppen har gjennom mandatet ikke blitt bedt om å foreta en vurdering av spørsmålet om tiltakene utgjør ny eller eksisterende støtte. Arbeidsgruppen vil derfor legge ESAs konklusjoner til grunn på dette punktet.

ESA reiste spørsmål om de generelle skattefritakene sommeren 2013 med bakgrunn i at de hadde behandlet flere konkrete klagesaker som omfattet konkurranse mellom offentlige og private aktører.



I klagesakene har ESA blant annet konkludert med at det generelle skattefritaket for kommuner utgjør ulovlig støtte, eksempelvis kommuners avfallshåndtering som utøves i konkurranse med private aktører. Det samme gjelder helseforetakenes utsalg av apotekvarer i konkurranse med private apotek. Etter skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 er staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak eksplisitt fritatt fra skatteplikt. All aktivitet som utøves i disse rettssubjektene er dermed som utgangspunkt fritatt fra beskatning. Visse inntekter er imidlertid gjort skattepliktige, jf. redegjørelsen i punkt 6.2.

Spørsmål knyttet til konkursimmunitet for de offentlige subjektene ble reist av ESA sommeren 2015, og innlemmet i saken i brev av 15. desember 2015. ESA mener at implisitte eller eksplisitte konkursforbud for de offentlige subjektene som nevnt over innebærer at disse er ubegrenset ansvarlig for sine økonomiske forpliktelser, noe som kan medføre at de mottar økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen.

Som forslag til formålstjenlig tiltak har ESA foreslått at norske myndigheter innfører et krav om at det offentliges aktiviteter som er økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand legges i selskaper som er skattepliktige og som kan gå konkurs.

Gjeldende norske regler for organiseringen av stat, fylkeskommune, kommune, regionale helseforetak og helseforetak krever i utgangspunktet ikke regnskapsmessig eller organisatorisk skille for henholdsvis offentlige oppgaver og økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand. Det er dermed risiko for at offentlige midler (tilskudd, over- og underprising osv.) subsidierer/tilflyter den markedsutsatte økonomiske aktiviteten. ESA har i den sammenheng anmodet norske myndigheter om å vurdere tiltak som sikrer at det ikke skjer krysssubsidiering av offentlig økonomisk aktivitet.

Videre har ESA bedt om at det vurderes tiltak som sikrer at det offentlige krever markedsmessig avkastning på den økonomiske aktiviteten i tråd med markedsaktørprinsippet.

## 7.2 Skattefritak

I utgangspunktet ligger skatt utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. EØS-landene står dermed i utgangspunktet fritt til å utforme og endre sine

nasjonale skattesystemer. Det er således ikke påkrevet med en harmonisering av skatte- og avgiftslovgivningen mellom EU-/EØS-landene. Det har imidlertid vært flere saker oppe for EU-/EFTA domstolen som omhandler skattereglene i en medlemsstat. Selv om skattereglene ikke direkte er omfattet av reglene om det indre marked, og det ikke eksisterer direktiver om skatteharmonisering, har EU-domstolen kommet til at beskatningen må gjennomføres på en måte som er forenlig med EUs regelverk.<sup>318</sup> Dette betyr at en medlemsstats skatte- og avgiftsregler ikke kan medføre restriksjoner på de fire frihetene eller utgjøre offentlig støtte. Det har etter hvert blitt en betydelig mengde rettspraksis på området, både hos EU- og EFTA-domstolen. Som en konsekvens av dette, og etter pålegg fra ESA og EFTA-domstolen, er det gjort flere endringer i den norske skatte- og avgiftslovgivningen for å tilpasse det norske regelverket til reglene om offentlig støtte og de fire friheter. Eksempler på dette er endringer i skatte- og avgiftslovgivningen for så vidt gjelder differensiert arbeidsgiveravgift<sup>319</sup>, elavgiften<sup>320</sup>, momskompensasjonsloven<sup>321</sup> og rederiskatteordningen<sup>322</sup>.

Spørsmålet i det følgende er dermed om de generelle skattefritakene for stat og kommune mv. utgjør offentlig støtte i EØS-avtalen artikkel 61(1) sin forstand. I dette kapitlet vurderes hvert vilkår i bestemmelsen opp mot det generelle skattefritaket for henholdsvis stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak. Angående vilkåret om EØS-rettslig økonomisk aktivitet vises det til kapittel 5.

### 7.2.1 Tiltaket må gi mottaker en økonomisk fordel

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse må skattefritaket gi en økonomisk fordel for mottaker. Fordelsbegrepet omfatter ikke bare økonomiske overføringer. Også fritak fra økonomiske forpliktelser som normalt ville blitt belastet foretakets budsjett, og som mottakeren ikke ville mottatt

<sup>318</sup> Se for eksempel sak C-182/08 Glaxo Wellcome, ECLI:EU:C:2009:559, avsnitt 34.

<sup>319</sup> Se blant annet EFTA Surveillance Authority Decision No 218/03/COL of 12 November 2003 with regard to State aid in the form of regionally differentiated social security contributions.

<sup>320</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 148/04/COL of 30 June 2004 regarding environmental tax measures.

<sup>321</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 155/07/COL of 3 May 2007 on state aid granted in connection with Article 3 of the Norwegian Act on compensation for value added tax (VAT).

<sup>322</sup> Se blant annet EFTA Surveillance Authority Decision No 143/03/COL of 16 July 2003 regarding amendments to the existing Norwegian Special Tax Regime for Shipping Companies.

under ordinære markedsforhold, er en økonomisk fordel. I støttevurderingen er det effekten av tiltaket som er bestemmende for om det foreligger en økonomisk fordel, ikke hvordan fordelene har oppstått. Det avgjørende er dermed om foretaket faktisk mottar en økonomisk fordel.

I saken *Steenkolenmijnen* fra 1961 la EF-domstolen til grunn at et skattefritak kan utgjøre en form for økonomisk fordel.<sup>323</sup> Avgjørelsen har blitt fulgt opp gjennom en rekke avgjørelser. På skatteområdet kan en økonomisk fordel oppstå dersom det foreligger en helt eller delvis reduksjon i:

- Skattegrunnlaget, for eksempel ved særskilte fradrag eller avskrivningsordninger.
- Skatteplikten, for eksempel ved fritak eller skattekreditt.

I utgangspunktet er selskaper og innretninger som driver virksomhet i skattelovens forstand, skattepliktige for inntekt, jf. skatteloven § 2-2, jf. § 5-1, jf. § 5-30. I 2018 er skattesatsen på alminnelig inntekt 23 prosent av virksomhetens skattepliktige overskudd.

Fra dette utgangspunktet er det flere unntak i skatteloven, blant annet for staten, fylkeskommunene, kommunene, regionale helseforetak og helseforetak, jf. skatteloven § 2-30. Unntaket i skatteloven § 2-30 er generelt utformet og gjelder i utgangspunktet all aktivitet det aktuelle rettssubjektet driver med,<sup>324</sup> uavhengig av om aktiviteten er å anse som økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand.

Det generelle skattefritaket kan medføre at offentlige aktører som utøver kommersiell aktivitet opptrer annerledes enn private aktører. En privat aktør som er skattepliktig, og som følge av dette krever høyere avkastning før skatt, må operere med høyere priser på sine varer og tjenester sammenlignet med en offentlig aktør som er fritatt for skatt. Kommunen, eller annen skattefri aktør, kan imidlertid fastsette priser uten å ta hensyn til skattekostnader knyttet til eventuelt overskudd av aktiviteten. Dermed kan kommunen være i stand til å beholde eller oppnå større markedsandeler ved å tilby tjenestene billigere enn konkurrentene. Isolert sett utgjør derfor skattefritaket en økonomisk fordel sammenlignet med andre skattepliktige aktører. Dette har ESA vist til i flere saker, for eksempel avfallssaken, *Analysesenteret i Trondheim* og

sykehusapoteksaken.<sup>325</sup> I situasjoner der skattefrie kommuner eller andre skattefrie offentlige aktører (stat, fylkeskommuner, helseforetak) tilbyr varer og tjenester i markedet i konkurranse med private, kan midler som ellers ville blitt innkrevd av staten i form av skatt, i stedet tilflyte den offentlige aktøren. Følgelig er effekten av skattefritaket at disse aktørene kommer i en mer fordelaktig økonomisk situasjon, sammenlignet med private foretak som er underlagt alminnelig skatteplikt.

Det har blitt reist spørsmål ved om fritak fra skatteplikt innebærer en fordel i alle situasjoner, ettersom skatteplikten bare inntreffer dersom den skattepliktige aktøren har skattepliktig overskudd. Resonnementet har vært at offentlige aktører ikke alltid utøver den økonomiske aktiviteten i markedet med hensikt om å gå med overskudd slik private aktører normalt gjør. I tilfeller der kommunen tilbyr en tjeneste i markedet hvor prisen er satt slik at den bare dekker kommunens utgifter med den økonomiske aktiviteten vil ikke kommunens økonomiske aktivitet gå med overskudd. På bakgrunn av dette har det vært hevdet at unnlatt skattelegging av et eventuelt overskudd ikke vil innebære noen økonomisk fordel.

Til dette kan det innvendes at etterlevelse av reglene om offentlig støtte innebærer at den aktuelle aktør må overholde markedsaktørprinsippet. Markedsaktørprinsippet innebærer blant annet at den offentlige eier i forkant av investeringsbeslutningen må ha en forventning om at investeringen er lønnsom på sikt, med samme avkastningskrav som private aktører. Dersom det offentlige driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet i et marked som aldri er planlagt å gi en markedsmessig avkastning vil dette være et brudd med markedsaktørprinsippet. En argumentasjon som går ut på at skattefrie offentlige aktører ikke mottar økonomiske fordeler fordi de ikke går med overskudd (grunnet for lavt avkastningskrav) kan ikke være holdbar idet manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet i seg selv innebærer brudd på reglene om offentlig støtte.

<sup>323</sup> Sak 30/59 *Steenkolenmijnen*, ECLI:EU:C:1961:2. Se også ESAs retningslinjer om støttebegrepet, avsnitt 68.

<sup>324</sup> Det er enkelte positivt avgrensede unntak i skatteloven § 2-5.

<sup>325</sup> Henholdsvis EFTA Surveillance Authority Decision No 91/12/COL of 27 February 2013 on the financing of municipal waste collectors, EFTA Surveillance Authority Decision No 129/13/COL of 20 March 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to the Analysis Centre Trondheim og EFTA Surveillance Authority Decision No 460/13/COL of 20 November 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to publicly owned hospital pharmacies in Norway.

Når det offentlige følger markedsaktørprinsippet og krever avkastning i samme utstrekning som en privat investor, vil det foreligge en fordel når aktøren ikke har plikt til å betale skatt av overskuddet i virksomheten. I og med at det offentlige må følge markedsaktørprinsippet når det driver virksomhet i markedet, vil fritak for skatt på overskudd være en økonomisk fordel.

Det følger av dette at fordelsvilkåret er oppfylt i de tilfeller offentlige aktører som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet i et marked er fritatt fra skatteplikt i henhold til skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5.

### 7.2.2 Støtten må være gitt av offentlige midler

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse må det gis en økonomisk fordel av staten eller av statsmidler. Begrepet statsmidler omfatter enhver form for økonomiske fordeler gitt av stat, fylkeskommune, kommune, regionale helseforetak eller helseforetak.<sup>326</sup> For at støtten skal anses for å være gitt av statsmidler må to vilkår være oppfylt. For det første må støtten kunne tilregnes staten. Dette innebærer at det er staten som fatter beslutningen om å gi støtte. Videre må ordningen direkte, indirekte eller potensielt belaste det offentliges budsjett i form av utgifter eller reduserte inntekter.

Spørsmålet blir dermed om det generelle skattefritaket for stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan tilregnes staten, og om tiltaket belaster offentlige budsjetter.

Unntakene for skatteplikt i skatteloven er vedtatt av Stortinget. Det er dermed ingen tvil om at tiltaket kan tilregnes staten.

Skattefritak innebærer ingen direkte overføring fra offentlige budsjetter. Imidlertid innebærer et skattefritak at norske myndigheter frasier seg skatteinntekter. Det følger også av ESAs retningslinjer om støttebegrepet at unnlattelse av å betale skatt eller avgift på grunn av unntak eller reduksjoner vedtatt av det offentlige oppfyller vilkåret om at støtten må være gitt av offentlige midler.<sup>327</sup> ESA viser til at praksis fra EU-domstolen innebærer at

skattefritak anses som støtte gitt av offentlige midler.<sup>328</sup>

Det er ikke tvilsomt at eventuell støtte i form av skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 er gitt av offentlige midler. Støtten kan tilregnes staten og den belaster offentlige budsjetter.

### 7.2.3 Selektivitetsvilkåret

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse, må støtten virke selektivt, det vil si gi visse foretak eller produksjonen av visse varer eller tjenester en økonomisk fordel. Generelle økonomiske tiltak som kommer all næringsvirksomhet til gode, anses ikke som offentlig støtte. Dersom det opprettes en ordning som fremstår som generell, utelukker ikke dette at den kan være selektiv dersom den i praksis kun vil komme ett eller få foretak til gode (*de facto* selektivitet).

Et generelt skattetiltak som retter seg mot alle sammenlignbare foretak, sektorer og regioner innenfor et medlemsland, og gis på objektive og etterprøvbare vilkår, er i prinsippet et generelt og ikke selektivt tiltak.<sup>329</sup> Samtidig kan visse unntaksbestemmelser, som gir bestemte foretak økonomiske fordeler, rettfærdiggjøres av skattesystemets logiske oppbygning. I så fall vil tiltaket ikke vurderes som selektivt i henhold til støtteretten. Dette omfatter skattetiltak:

- av rent teknisk karakter, herunder tidspunkt for beskatning, avskrivningsregler, bestemmelser for å hindre dobbeltbeskatning eller omgåelse.
- som har som formål å gi insentiv til realisering av konkrete politiske mål gjennom reduksjon av skatteplikten tilknyttet bestemte produksjonskostnader, herunder skattelette for virksomheter som driver med forskning, utvikling, miljø, opplæring og sysselsetting.

For at generelle skattetiltak skal anses som ikke-selektive må det ikke være rom for myndighetenes skjønnsmargin for berettiget påberopelse av de relevante reglene. Et skattetiltak vil være selektivt hvis et foretak som oppfyller alle objektive kriterier ikke gis automatisk tilgang til et gitt skattetiltak, men hvor dette er underlagt myndigheters skjønnsmargin.

<sup>326</sup> Sak C-379/98 Preussen Elektra, ECLI:EU:C:2001:160, avsnitt 58.

<sup>327</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet, avsnitt 51.

<sup>328</sup> Sak C-387/92 Banco Exterior de España, ECLI:EU:C:1994:100, avsnitt 14.

<sup>329</sup> Ikke-selektivitet forutsetter at skatteplikten er effektiv, likebehandlende og at den ikke kan reduseres gjennom for eksempel ulik praksis av skattekontorene.

For å avgjøre om et skattetiltak er selektivt har EU-domstolen etablert en treleddet vurdering. I saken *Autogrill* er denne beskrevet som følger:

«As regards, in particular, national measures that confer a tax advantage, it must be recalled that a measure of that nature which, although not involving the transfer of State resources, places the recipients in a more favourable position than other taxpayers is capable of procuring a selective advantage for the recipients and, consequently, of constituting State aid, within the meaning of Article 107(1) TFEU. On the other hand, a tax advantage resulting from a general measure applicable without distinction to all economic operators does not constitute such aid (see to that effect, inter alia, judgment of 18 July 2013, P, C-6/12, EU:C:2013:525, paragraph 18).

In that context, in order to classify a national tax measure as 'selective', the Commission must begin by identifying the ordinary or 'normal' tax system applicable in the Member State concerned, and thereafter demonstrate that the tax measure at issue is a derogation from that ordinary system, in so far as it differentiates between operators who, in the light of the objective pursued by that ordinary tax system, are in a comparable factual and legal situation (see to that effect, inter alia, judgment of 8 September 2011, *Paint Graphos and Others*, C-78/08 to C-80/08, EU:C:2011:550, paragraph 49).

The concept of 'State aid' does not, however, cover measures that differentiate between undertakings which, in the light of the objective pursued by the legal regime concerned, are in a comparable factual and legal situation, and are, therefore, a priori selective, where the Member State concerned is able to demonstrate that that differentiation is justified since it flows from the nature or general structure of the system of which the measures form part». <sup>330</sup>

<sup>330</sup> Forente saker C-20 og 21/15 *Kommissjonen v World Duty Free Group SA m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:981, avsnitt 56-58. Se også sak C-279/08 *Kommissjonen v Nederland*, ECLI:EU:C:2011:551, avsnitt 62, og nærmere ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnitt 128 flg.

For det første må altså det ordinære skattesystemet (referansesystemet) i det aktuelle medlemslandet identifiseres. Selektivitetsvilkåret vurderes alltid innenfor det aktuelle medlemslandet, det vil si at man ikke tar hensyn til situasjonen til foretak i andre medlemsland. Referansesystemet danner grunnlag for den videre selektivitetsvurderingen. Et eksempel på referansesystem er merverdiavgift på salg av varer og tjenester som blir solgt i Norge.

For det andre må det vurderes om skattetiltaket forskjellsbehandler foretak som, i lys av det iboende formålet med det aktuelle referansesystemet, er i en sammenlignbar faktisk og juridisk situasjon.<sup>331</sup> Hvis svaret er ja, er skattetiltaket *prima facie* selektivt. Dette innebærer at skattetiltaket skal til videre vurdering for å eventuelt utelukke selektivitet.

For det tredje vil skattetiltak som er *prima facie* selektive underlegges en vurdering av hvorvidt differensieringen kan begrunnes i skattesystemets karakter eller dets logiske oppbygning («nature and logic of the system»). Dette er tilfelle hvis skattetiltaket stammer direkte fra referansesystemets iboende grunnleggende eller ledende prinsipper, eller hvis det er resultatet av referansesystemets iboende mekanismer, som er nødvendige for at skattesystemet skal fungere og være effektivt. Her kan man ikke påberope seg politiske hensyn eller formål som ikke er en integrert del av skattetiltaket.<sup>332</sup>

Et eksempel på en gyldig begrunnelse i skattesystemets karakter eller dets logiske oppbygning kan være bekjempelse av skattebedrageri, skattenøytralitetsprinsippet, avskrivningsregler eller hindring av dobbeltbeskatning. Medlemsstaten er forpliktet til å sørge for at avviket som er begrunnet i skattesystemets karakter eller dets logiske oppbygning følger proporsjonalitetsprinsippet.<sup>333</sup>

Skattefritaket for offentlig aktivitet/kapital må vurderes på denne bakgrunn. Referansesystemet for vurdering av skattefritaket etter skatteloven § 2-30 er som følger:

<sup>331</sup> Se for eksempel sak C-518/13 *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, avsnitt 61, der Domstolen la til grunn at "Black cabs" og "minicabs" ikke befant seg i en sammenlignbar faktisk og juridisk situasjon. Derfor kunne heller ikke Black cabs' eksklusive rettigheter anses som et selektivt tiltak.

<sup>332</sup> Se sak C-88/03 *Portugal mot Kommissjonen*, ECLI:EU:C:2006:511, avsnitt 81 og Forente saker C-78-80/08 *Paint Graphos m.fl.*, ECLI:EU:C:2011:550, avsnitt 69.

<sup>333</sup> Forente saker C-78-80/08 *Paint Graphos m.fl.*, ECLI:EU:C:2011:550, avsnitt 75.

I henhold til veletablert rettspraksis er skattefritak som kun favoriserer enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer å anse som selektive.<sup>334</sup> Skatteloven § 5-1 fastslår blant annet at inntekt vunnet ved virksomhet er skattepliktig (virksomhetsinntekter). Det er ingen definisjon av begrepet virksomhet i skatteloven. Virksomhetsbegrepet stiller krav om at aktiviteten har en viss varighet og et visst omfang. Det er en skjønnsmessig grense som ofte, men ikke nødvendigvis i alle tilfeller, vil ha det samme innholdet som i vilkåret om økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand. Dette utgjør referansesystemet. Skatteloven skiller ikke mellom privat og offentlig økonomisk aktivitet. I fravær av fritaksbestemmelsen ville derfor slik virksomhet utøvet av offentlige enheter vært omfattet av skatteplikten.

I skatteloven § 2-30 er det gitt eksplisitte fritak for skatteplikt for enkelte rettssubjekter, blant annet for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak. Fritaket gjelder også dersom disse aktørene utøver aktivitet som kan karakteriseres som virksomhet i skattelovens forstand og/eller EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette er et avvik fra referansesystemet, fordi dette skattlegger virksomhet helt generelt og med formål å skaffe inntekter til statskassen. ESA har pekt på at offentlige aktører som er unntatt fra inntektskatt er i samme faktiske situasjon som privateide selskaper, dersom de driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Etter ESAs oppfatning repareres ikke dette av at enkelte økonomiske aktiviteter som utøves av det offentlige er underlagt skatteplikt.<sup>335</sup> En slik positiv oppregning av enkeltaktiviteter som ga grunnlag for skatteplikt var også oppe i saken om det nederlandske skattefritaket for offentlige foretak. Her uttalte EU-kommisjonen at

«The fact that the Dutch authorities have, on a case-by-case basis, decided to make certain limited indirect public enterprises tax liable, does not remove the selective nature of the present tax scheme.»<sup>336</sup>

Det faktum at noen typer EØS-rettslig økonomisk aktivitet er underlagt beskatning, vil derfor ikke

<sup>334</sup> Se for eksempel forente saker C-106 og 107/09, Kommisjonen og Spania v Gibraltar og UK, ECLI:EU:C:2011:732, avsnitt 75 og 101-104.

<sup>335</sup> For eksempel skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav c om skatteplikt på visse avfallshåndteringstjenester og skatteloven § 2-30 første ledd bokstav g nr. 5 om skatteplikt på sykehusapotekenes publikumsutsalg.

<sup>336</sup> [Brev til nederlandske myndigheter i sak SA.25338](#), avsnitt 66.

føre til at det generelle unntaket ikke anses som et avvik fra referansesystemet.

I saken *Autogrill* hadde Underretten lagt til grunn at særregler som var anvendelige for alle foretak som oppfylte visse kriterier ikke var å anse som selektive. Dette ble karakterisert som «a *misapplication of the selectivity condition*» av EU-domstolen, som fortsatte:

«As is apparent from paragraphs 53 to 60 of this judgment, with respect to a national measure conferring a tax advantage of general application, such as the measure at issue, that condition is satisfied where the Commission is able to demonstrate that that measure is a derogation from the ordinary or 'normal' tax system applicable in the Member State concerned, thereby introducing, through its actual effects, differences in the treatment of operators, although the operators who qualify for the tax advantage and those who do not are, in the light of the objective pursued by that Member State's tax system, in a comparable factual and legal situation.»<sup>337</sup>

Skattefritaket er reservert for offentlig aktivitet. Det vil derfor uansett ikke eksistere en slik «åpen gruppe», ettersom private foretak aldri vil kunne oppnå status som «offentlig».<sup>338</sup>

Det siste elementet i vurderingen av om skattefritaket er selektivt er om denne forskjellsbehandlingen mellom offentlige (statlige, kommunale mv.) og private foretak i utøvelse av EØS-rettslig økonomisk aktivitet, kan begrunnes i skattesystemets logiske oppbygning.

Formålet med inntektsbeskatningen (herunder selskapsskatten) er å hente inn proveny som skal dekke statens utgifter. Det kan i prinsippet tenkes at det er tilfeller hvor et skattefritak for det offentlige, men ikke for private, kan forsvares ut ifra en argumentasjon om systemets logikk, men det er på det rene at skattefritakene i skatteloven § 2-30 er generelt utformet. Selve den kommersielle aktiviteten som det offentlige driver, skiller seg ikke fra virksomhet drevet av private, utover det faktum at

<sup>337</sup> Forente saker C-20 og 21/15 Kommisjonen v World Duty Free Group SA m.fl., ECLI:EU:C:2016:981, avsnitt 67.

<sup>338</sup> Jf. også EFTA-domstolens dom i sak E-2/06 ESA v Norge (hjemfall), avsnitt 66, der det faktum at utenlandske private foretak aldri kunne oppnå status som (norsk) offentlig foretak begrunnet konklusjonen om at hjemfallsreglene innebar indirekte diskriminering.

den eies og drives innenfor rammene av offentlige strukturer. Det kunne imidlertid vært hevdet at det ikke gir mening at det offentlige betaler skatt til seg selv, og at disponering av et overskudd til andre formål innenfor det offentlige kommer istedenfor skattlegging (og bruk av provenyet til de samme formål). Dette vurderes imidlertid ikke som et holdbart argument, både fordi det ikke vil være noen garanti for at det tas ut utbytte tilsvarende en skatteplikt, og (for rettssubjekter utenfor staten) fordi referansesystemet er ment å generere inntekter til staten. Skattefritak for kommunal virksomhet er ikke forenlig med denne logikken. I saken om skattefritak for nederlandske offentlige foretak uttalte EU-kommisjonen om systemlogikkargumentet:

«The logic of the corporate tax system is to tax profits. Treating public enterprises involved in economic activities more favourable than private enterprises does not fit into this logic.»<sup>339</sup>

Dersom skattefritaket anses som begrunnet i et ønske om å skjerme offentlig kommersiell aktivitet, representerer dette en målsetning som ligger utenfor skattesystemet og dets logikk. I *Paint Graphos* gjorde EU-domstolen det klart at slike formål ikke kan være del av en argumentasjon om systemets logikk:

«It should also be recalled that a measure which creates an exception to the application of the general tax system may be justified if it results directly from the basic or guiding principles of that tax system. In that context, a distinction must be made between, on the one hand, the objectives attributed to a particular tax regime and which are extrinsic to it and, on the other, the mechanisms inherent in the tax system itself which are necessary for the achievement of such objectives (see, to that effect, *Portugal v Commission*, paragraph 81).

70 Consequently, tax exemptions which are the result of an objective that is unrelated to the tax system of which they form part cannot circumvent the requirements under Article 87(1) EC [nå TEUV art 107].»<sup>340</sup>

Både praksis fra EU-domstolen og EU-kommisjonen trekker således i retning av at det generelle unntaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 representerer et selektivt tiltak i støttereglenes forstand. Dette fordi unntaket representerer et fritak som favoriserer visse foretak som befinner seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon, og som ikke kan begrunnes ut fra systemets logikk. Det anses således urealistisk å få gjennomslag for at selektivitetsvilkåret ikke er oppfylt. Arbeidsgruppen legger derfor til grunn at skattefritaket er selektivt i artikkel 61s forstand.

#### **Særmerknad fra arbeidsgruppens medlemmer Hennyng og Reegård**

Ved vurderingen av om skattefritaket utgjør ulovlig støtte etter EØS-avtalens artikkel 61(1) må man også vurdere konkret om kommuner er i samme faktiske og rettslige stilling som private leverandører, det vil si om tiltaket er selektivt.

Kommunale vare- og tjenestetilbydere vil i en rekke tilfeller være i en annen faktisk og rettslig situasjon enn private vare- og tjenestetilbydere. Om dette vurderingskriteriet uttalte EU-domstolen i sak C-518/13 *London Cab*, premiss 59 til 61, at:

«I denne forbindelse bemærkes for det første, at henset til den fælles ordning og dens mål, kan identificeringen af Londontaxaernes og de private hyrevognes faktiske og retlige situationer ikke begrænses til situationen på det markedssegment, hvor disse to kategorier af personbefordringstransportører – nemlig segmentet for forudbestilling – er i direkte konkurrence. Der kan således ikke med god grund være tvivl om, at alle de ture, som foretages af Londontaxaer og private hyrevogne, kan have indflydelse på transportsystemets sikkerhed og effektivitet med hensyn til samtlige vejbaner i London.

For det andet bør der tages hensyn til, at i medfør af deres retlige status kan kun Londontaxaer tilbyde deres tjenester, de er underlagt en pligt til opsamling, de skal være genkendelige og i stand til at befordre kørestolsbrugere, og deres chauffører skal fakturere deres tjenester ved hjælp af et taxameter og have et særligt indgående kendskab til byen London.

Det følger heraf, at Londontaxaerne og de private hyrevogne befinner sig i tilstrækkeligt forskjellige faktiske og retlige situationer

<sup>339</sup> [Brev til nederlandske myndigheter i sak SA.25338](#), avsnitt 69.

<sup>340</sup> Forente saker C-78-80/08 *Paint Graphos m.fl.*, ECLI:EU:C:2011:550, avsnitt 69-70.

til at fastslå, at de ikke er sammenlignelige, og at busbanepolitikken derfor ikke innebærer en selektiv økonomisk fordel for London-taxaerne.»

Vurderingskriteriene EU-domstolen anvendte her er overførbare til vår sak. For eksempel vil kommunene i mange tilfeller, etter lovgivning eller andre offentligrettslige vedtak, ha plikt til å sørge for at befolkningen, på tross av at det ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomt, har tilgang til varer og tjenester av en bestemt kvalitet og til en overkommelig pris (*public service obligations*). Private aktører kan derimot velge å gå inn i markedet bare der dette er lønnsomt. I slike situasjoner kan det vanskelig hevdes at kommunene er i en situasjon som faktisk og rettslig er sammenlignbar med den situasjonen private tilbydere er i.

I tilfeller der kommunen befinner seg i situasjoner som er faktisk og rettslig sammenlignbare med private foretak, slik at skattefritak fremstår som umiddelbart selektivt, følger det av rettspraksis at skattefritak likevel ikke skal regnes som selektive dersom forskjellsbehandlingen kan begrunnes ut fra skattesystemets logikk og natur. Dersom skattefritaket for enkelte aktiviteter kan begrunnes ut i fra skattesystemets logiske natur, er således ikke skattefritaket selektivt. Til illustrasjon på at norske myndigheter er blitt hørt med slike argumenter vises det til ESAs vedtak i sak 492/09/COL *Norsk Tipping*.

#### 7.2.4 Konkurransesvridnings- og samhandelsvilkåret

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse må skattefritaket anses for å vri eller true med å vri konkurransen og være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Dette er i utgangspunktet to separate vilkår, men de behandles ofte samlet på grunn av vilkårenes nære tilknytning.

I vurderingen av om tiltaket virker konkurransesvridende og påvirker samhandelen kreves det ifølge rettspraksis verken at det foretas en økonomisk analyse av den aktuelle situasjonen på det relevante markedet, støttmottakerens markedsandel, statusen for de konkurrerende foretakene eller samhandelen mellom medlemslandene. Imidlertid vil ikke kun en hypotetisk mulighet eller presumert oppfatning om at tiltaket er konkurransesvridende og kan påvirke samhandelen være tilstrekkelig. Det må derfor vurderes konkret i hver enkelt sak om vilkårene er oppfylt.

#### Nærmere om konkurransesvridningsvilkåret

I sine retningslinjer om støttebegrepet uttaler ESA at et tiltak anses å kunne vri konkurransen dersom det er sannsynlig at det vil forbedre mottakers stilling i konkurransen i forhold til andre aktører som mottakeren konkurrerer med.<sup>341</sup>

Støtten trenger ikke å medføre at mottaker ekspanderer. Det er tilstrekkelig at støtten gjør det mulig for støttmottaker å ha en sterkere markedsposisjon enn han ellers ville ha hatt. ESA understreker at et lavt støttebeløp eller en liten mottakervirksomhet ikke er tilstrekkelig til å utelukke at konkurransen kan vris. Muligheten for konkurransesvridning må likevel ikke være rent hypotetisk.<sup>342</sup>

Videre uttaler ESA at det faktum at det offentlige velger å utføre en oppgave i egenregi ikke i seg selv utelukker at konkurransen kan vris. Konkurransesvridning kan imidlertid utelukkes hvis alle de følgende vilkårene er oppfylt.<sup>343</sup>

- Tjenesten er underlagt et rettslig monopol (som er forenlig med EØS-retten).
- Det rettslige monopol utelukker konkurranse både på og om markedet.
- Tjenesten er ikke i konkurranse med andre tjenester.
- Dersom tjenesteyteren også er aktiv på andre markeder hvor det finnes konkurranse, sikrer adskilte regnskaper samt riktig allokering av kostnader og inntekter at det ikke forekommer krysssubsidiering til fordel for disse aktivitetene.

Det kan stilles spørsmål ved om dette innebærer at ESA går bort fra sin tidligere praksis om egenregi. Som nevnt i kapittel 5 om EØS-rettslig økonomisk aktivitet har ESA i enkelte saker konkludert med at tjenester utført i egenregi ikke utgjør økonomisk aktivitet. Ved denne vurderingen har ESA tillagt noen av ovennevnte momenter vekt, men ESA har ikke oppstilt så strenge krav som det fremgår av retningslinjene. Det er derfor mulig at ESA i fremtiden vil bli strengere i sin vurdering av egenregi-situasjonen.

#### Nærmere om samhandelsvilkåret

For at samhandelsvilkåret skal være oppfylt er det i utgangspunktet tilstrekkelig at støtten kan antas å påvirke samhandelen.<sup>344</sup> ESA uttaler i sine

<sup>341</sup> Se retningslinjene avsnitt 187.

<sup>342</sup> Avsnitt 189.

<sup>343</sup> Avsnitt 188.

<sup>344</sup> Avsnitt 190.



retningslinjer om støttebegrepet at offentlig støtte kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene selv om støttemottaker ikke er direkte involvert i grenseoverskridende handel. Støtten kan for eksempel gjøre det vanskeligere for aktører i andre EØS-stater å komme inn på markedet.<sup>345</sup>

ESA uttaler videre:

«The relatively small amount of aid or the relatively small size of the undertaking which receives it does not as such exclude the possibility that trade between EEA States might be affected. A public subsidy granted to an undertaking which provides only local or regional services and does not provide any services outside its State of origin may nonetheless have an effect on trade between EEA States where undertakings from other EEA States could provide such services (also through the right of establishment) and that possibility is not merely hypothetical. For example, where an EEA State grants a public subsidy to an undertaking for supplying transport services, the supply of those services may, by virtue of the subsidy, be maintained or increased with the result that undertakings established in other EEA States have less of a chance of providing their transport services in the market in that EEA State. Such an effect may, however, be less likely where the scope of the economic activity is very small, as may for instance be evidenced by a very low turnover.»<sup>346</sup>

Påvirkningen på samhandelen kan likevel ikke være rent hypotetisk.<sup>347</sup>

EU-kommisjonen har de siste årene forsøkt å heve grensen for når tiltak anses å være egnet til å påvirke samhandelen. Dette har EU-kommisjonen gjort ved å vedta to «pakker» med enkeltvedtak hvor EU-kommisjonen har konkludert med at samhandelen ikke er påvirket. Støttetiltakene ble vurdert som kun rettet mot ren lokal aktivitet, og hadde derfor ikke tilstrekkelig effekt på samhandelen mellom medlemsstatene.

Følgende faktorer har blitt vektlagt av EU-kommisjonen.<sup>348</sup>

- Foretaket leverte kun varer eller tjenester til et begrenset geografisk område innenfor medlemsstaten.
- Det ble ansett som svært lite sannsynlig at støttemottakeren ville tiltrekke seg kunder fra andre medlemsstater.
- Det kunne ikke forventes at tiltaket ville ha annet enn marginal innvirkning på grenseoverskridende investeringer eller etableringer.

En av EU-kommisjonens avgjørelser omfattet fritak fra selskapskatt.<sup>349</sup> EU-kommisjonen anså som relevante faktorer at foretaket hadde lav omsetning, og at tjenesten hovedsakelig var rettet mot lokalbefolkningen og ikke tilreisende fra andre medlemsland. Følgelig ble foretaket ansett for ikke å være i konkurranse med andre aktører utenfor medlemslandet. ESAs retningslinjer om støttebegrepet legger denne praksis fra EU-kommisjonen til grunn, slik at vi kan gå ut fra at også ESA vil følge denne linjen.

EU-kommisjonens tilnærming innebærer at EU-kommisjonen i fremtidige saker først vurderer hvorvidt salg kan foregå over landegrensene fordi vareleverandører, kunder eller tjenesteytere har økonomiske incentiver til å krysse grensen. Det vil de ha dersom dette har en liten kostnad sett i forhold til verdien av varen eller tjenesten de selger eller kjøper. Videre vil EU-kommisjonen undersøke muligheten for direkte investering eller etablering. Dersom produktet har lav verdi, eller etterspørselen ikke er stor nok eller markedet lite, er det sannsynlig at et selskap ikke vil ta kostnaden ved å etablere seg i et annet EØS-land fremfor å levere sine produkter eller tjenester fra sitt etableringssted. Investeringskostnaden ville være større enn transportkostnaden som ble unngått.

Så langt har ikke EU-domstolen behandlet disse sakene.<sup>350</sup> Følgelig foreligger det ingen avklaring på om EU-kommisjonens romslige forståelse av samhandelsvilkåret vil bli lagt til grunn av domstolen. Rettstilstanden må derfor sies å være uavklart på dette området. Det faktum at EU-domstolen også i senere praksis hatt en streng fortolkning av samhandelsvilkåret kan tyde på at domstolen ikke vil legge seg på samme linje som EU-kommi-

<sup>345</sup> Avsnitt 191.

<sup>346</sup> Avsnitt 192.

<sup>347</sup> Avsnitt 195.

<sup>348</sup> Avsnitt 196.

<sup>349</sup> Sak SA.38208 om medlemsseide golfklubber i Storbritannia.

<sup>350</sup> Kommisjonens vedtak C(2016) 5054 i sak SA.38920 (2014/NN) – Alleged State aid to Santa Casa de Misericordia de Tomar (SCMT), er ble brakt inn for Underretten 21. november 2016, se sak T-813/16 Abes. Dom i saken forventes å foreligge ikke lenge etter at denne utredningen ferdigstilles.

sjonen. I en sak fra 2015 om *London Taxi* gjentok domstolen følgende utgangspunkt:

«In that regard, it should be borne in mind that, in accordance with the Court's settled case-law, for the purpose of categorising a national measure as State aid, it is necessary, not to establish that the aid has a real effect on trade between Member States and that competition is actually being distorted, but only to examine whether that aid is liable to affect such trade and distort competition».<sup>351</sup>

Domstolen anså det ikke som utelukket at London Taxis rett til å bruke kollektivfeltene var egnet til å påvirke samhandelen, men dette spørsmålet måtte i siste instans avgjøres av den nasjonale domstolen, som hadde bedt om en rådgivende uttalelse.<sup>352</sup>

I dommen om *Congregación de Escuelas Pías* uttaler EU-domstolens følgende:

«Accordingly, it would appear that that order is not a general measure applicable without distinction to all economic operators but is rather a measure that is *prima facie* selective.»<sup>353</sup>

Det synes å være en spenning mellom EU-domstolens strenge fortolkning av samhandelsvilkåret på den ene siden, og EU-kommisjonens presisering av hva som anses som rent lokale støttetiltak på den andre siden. Utfordringen blir å trekke en praktikabel grense for hvor mye som skal til for at samhandelskriteriet er oppfylt. Hvis det kan sannsynliggjøres grenseoverskridende tilbud eller etterspørsel etter tjenestene, så er det rimelig klart at samhandelsvilkåret er oppfylt. For eksempel har støtte til tannleger blitt ansett for å påvirke samhandelen, siden pasienter kjøper tannlegetjenester i andre EØS-land.<sup>354</sup> Spørsmålet blir om samhandelskriteriet er oppfylt også utenom slike tilfeller, og hvor mye som skal til.

På bakgrunn av EU-kommisjonens senere praksis må det antas at det kreves betydelig mer enn en hypotetisk mulighet for grenseoverskridende interesse. Dersom medlemsstaten kan dokumen-

tere at samhandelen faktisk påvirkes kun i ubetydelig grad, vil EU-kommisjonen ikke anse vilkåret for oppfylt. EU-kommisjonen synes å legge større vekt på hvorvidt etterspørselen etter tjenesten er grenseoverskridende. I denne sammenheng vil det nok likevel spille inn om det dreier seg om en støtteordning eller en enkelttildeling av støtte. Det vil trolig være lettere å konkludere med at vilkåret ikke er oppfylt ved en enkelttildeling av støtte enn ved en støtteordning.

#### *Virksomhet i regi av staten*

Hvorvidt støtte til EØS-rettslig økonomisk aktivitet utøvet av staten vil være egnet til å påvirke konkurranse og samhandel vil være avhengig av aktivitetens karakter, og må vurderes konkret for hvert enkelt tilfelle av økonomisk aktivitet.

ESA skiller i sin foreløpige vurdering ikke mellom tiltak i regi av staten og tiltak i regi av kommunale aktører. Det kan stilles spørsmål om det kan være grunn til å skille mellom de ulike aktørene.

Som nevnt ovenfor, har EU-kommisjonen i sine vurderinger av om et tiltak er egnet til å påvirke samhandelen lagt vekt på om støttemottaker kun leverer varer eller tjenester til et begrenset geografisk område innenfor den aktuelle medlemsstaten. Dette vil sannsynligvis oftere være tilfellet for regionale aktører som kommuner enn for staten. Dersom staten i enkelte tilfeller driver rent lokal virksomhet, kan det i prinsippet likevel være mulig at eventuell støtte ikke påvirker samhandelen. Det vil kreve en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle om konkurransevridnings- og samhandelsvilkårene er oppfylt. Gitt den rettslige usikkerheten som hersker på grunn av den tilsynelatende ulike praktiseringen av samhandelsvilkåret fra Kommisjons og EU-domstolens sin side, ville en vurdering som går ut på at skattefritak til fordel for slike tjenester ikke oppfyller samhandelsvilkåret innebære en ikke ubetydelig risiko.

#### *Virksomhet i regi av kommuner*

Kommunene i Norge er ulike på svært mange områder. Det må derfor foretas en konkret vurdering av om skattefritaket oppfyller konkurransevridnings- og samhandelsvilkåret for hver enkelt EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Geografi (beliggenhet) vil være relevant i denne vurderingen, fordi en del kommuner ligger slik til at den økonomiske aktiviteten kommunen eventuelt driver kun vil ha lokal påvirkning. Det kan være tilfellet når støttemottakeren hovedsakelig leverer

<sup>351</sup> Sak C-518/13 *Eventech*, ECLI:EU:C:2015:9, avsnitt 65.

<sup>352</sup> Se dommens avsnitt 71.

<sup>353</sup> Se sak C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496, avsnitt 79.

<sup>354</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 113/14/COL of 12 March 2014 on the financing of Norwegian public dental health care services.

varer eller tjenester til et avgrenset område, og det er lite sannsynlig at virksomheten vil tiltrekke seg kunder fra andre medlemsland. Videre må det vurderes om tiltaket har mer enn marginal påvirkning på om foretak fra andre medlemsland vil investere eller etablere seg i området, samt størrelsen på markedet i det relevante område og omfanget av den økonomiske aktiviteten. Det må også vurderes om kunder i det aktuelle området ville kjøpe lignende tjenester i andre EØS-land. Også i denne sammenhengen må det likevel tas forbehold om at EU-kommisjonen og EU-domstolen har en noe ulik tilnærming. Det kan hevdes at domstolen legger større vekt på om støtten potensielt kan innebære en etableringshindring.

Det at støttebeløpet er lite eller foretakets markedsandel er liten, utelukker som nevnt ikke i seg selv at støtten kan påvirke samhandelen. EU-kommisjonen har likevel lagt vekt på disse faktorene i flere av de nyere avgjørelsene. Det kan tale for at det også er relevant å se hen til støttebeløpets størrelse og foretakets markedsandel i vurderingen av om konkurransevridnings- og samhandelsvilkårene er oppfylt.

Kommunenes objektive ulikheter og forskjellen i omfang av økonomisk aktivitet kan føre til at konkurransebegrensings- og samhandelsvilkårene i visse tilfeller vil anses som oppfylt, mens i andre tilfeller vil vurderes som ikke oppfylt, selv om det dreier seg om utøvelse av tilsvarende/sammenlignbare økonomiske aktiviteter. Følgelig vil det generelle skattefritaket oppfylle konkurransevridnings- og samhandelsvilkårene i mange tilfeller, men ikke i alle. Det vil kreve en konkret vurdering av hvert enkelt tilfelle.

#### ***Virksomhet i regi av regionale helseforetak og helseforetak***

Regionale helseforetak og helseforetak driver i de fleste tilfeller ikke EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Enkelte av tjenestene helseforetakene driver kan imidlertid være av økonomisk karakter. Dette gjelder for eksempel sykehusapotekenes publikumsutsalg.

I likhet med situasjonen for kommuner, må det vurderes i hvert enkelt tilfelle om eventuell EØS-rettslig økonomisk aktivitet som helseforetakene driver, oppfyller konkurransevridnings- og samhandelsvilkårene. Det vil i stor grad avhenge av hva slags aktivitet det er snakk om.

### **7.2.5 Avsluttende vurderinger**

Basert på vurderingene ovenfor er det klart at det gjeldende generelle skattefritaket for stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak oppfylder vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1). Det betyr at gjeldende bestemmelse i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5, som gir nevnte subjekter et generelt fritak fra skatteplikt må endres, med mindre det innføres plikt til å skille ut skattepliktig EØS-rettslig økonomisk aktivitet i egne rettssubjekter. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at all aktivitet som er fritatt fra skatteplikt er i strid med EØS-avtalen. Årsaken er at ikke all aktivitet som utøves av nevnte subjekter er økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand og/eller vrir konkurransen eller påvirker samhandelen.

### **7.3 Konkursimmunitet**

Spørsmålet i dette avsnittet er hvorvidt det innebærer offentlig støtte i strid med reglene i EØS-avtalen når EØS-rettslig økonomisk aktivitet drives innenfor staten, en kommune, et regionalt helseforetak eller et helseforetak, som alle er rettssubjekter som ikke kan gå konkurs (konkursimmunitet).

ESA omtaler i sitt brev evnen til ikke å gå konkurs som ubegrensede garantier. Etter arbeidsgruppens vurdering er uttrykket konkursimmunitet mer dekkende. Dette skyldes at det ikke gis noen uttrykkelig garanti for forretningsmessig virksomhet innenfor for eksempel staten som rettssubjekt. Effekten følger implisitt av at det er staten som driver virksomheten. Det er heller ikke lovfestet at staten ikke kan gå konkurs, men det er en særskilt egenskap ved staten som juridisk person. For kommuner er det bestemt i kommuneloven § 55 at disse rettssubjektene ikke kan gå konkurs. Videre følger det av helseforetaksloven § 5 tredje ledd at regionale helseforetak og helseforetak ikke kan gå konkurs.<sup>355</sup>

Den rettslige vurderingen i dette punktet vil i tråd med praksis fra EU-kommisjonen og EU-domstolen ta utgangspunkt i praksis i forbindelse med offentlige garantier. Det finnes betydelig praksis fra domstolene og overvåkningsorganene, samt retningslinjer fra overvåkningsorganene, som

<sup>355</sup> Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m.

omhandler garantier.<sup>356</sup> EU-kommisjonens og ESAs garantiretningslinjer gir veiledning om hvordan overvåkningsorganene vurderer støttereglenes anvendelse på garantier.

Det fremgår uttrykkelig av garantiretningslinjene at de ikke berører nasjonal regulering av eiendomsretten. Det sies også at EØS-avtalen er nøytral i forhold til offentlig og privat eierskap.<sup>357</sup> Disse uttalelsene må anses som en referanse til EØS-avtalen artikkel 125, som sier at avtalen ikke på noen måte berører avtalepartenes regler om eiendomsretten. Det er også interessant å merke seg at garantiretningslinjene sier at offentlig eierskap i seg selv ikke innebærer en garanti så lenge det ikke er eksplisitte eller implisitte garanti-elementer:

«In particular, the mere fact that the ownership of an undertaking is largely in public hands is not sufficient in itself to constitute a state guarantee provided there are no explicit or implicit guarantee elements.»<sup>358</sup>

Arbeidsgruppen kommer tilbake til betydningen av EØS-avtalens eierskapsnøytralitet i det følgende.

Offentlige garantier kan utgjøre offentlig støtte, uansett om garantien trekkes på eller ikke. Dette er fordi garantien fjerner et risikoelement som et foretak ellers måtte ha båret ved fraværet av garantien. Det er ikke nødvendig at garantien er gitt formelt og skriftlig, for eksempel kan uttalelser fra en statsråd utgjøre en garanti som rammes av støttereguleringen.<sup>359</sup> I henhold til ESAs retningslinjer kan en offentlig garanti være uforenlig med EØS-avtalen dersom garantien ikke er gitt på bestemte vilkår. Følgende faktorer vurderes når det skal avgjøres om en garanti utgjør ulovlig offentlig støtte:<sup>360</sup>

- Foretakets/mottakerens økonomiske stilling. I utgangspunktet utgjør garantier til foretak som er i vanskeligheter offentlig støtte.
- Om garantien er verdsatt på det tidspunktet den er gitt. Herunder stilles det krav om at garantien må være tilknyttet en særskilt finansiell transaksjon som er begrenset hva gjelder beløp og varighet.

<sup>356</sup> Se ESAs retningslinjer om støttebegrepet kapittel 4 og ESAs retningslinjer om statlige garantier.

<sup>357</sup> Jf. punkt 1.5 i garantiretningslinjene.

<sup>358</sup> Se ESAs garantiretningslinjer punkt 1.5, annet avsnitt.

<sup>359</sup> Se sak T-154/10 Frankrike mot Kommisjonen, ECLI:EU:T:2012:452.

<sup>360</sup> Se ESAs retningslinjer om statlige garantier, punkt 3.4.

- Hvor mye garantien dekker. I utgangspunktet er det ikke tillatt med garantier som dekker mer enn 80 prosent av lånet eller den økonomiske forpliktelsen. Dette skal sikre at låntakeren har et reelt insentiv til å innfri sine forpliktelser. Samtidig reduseres risikoen som er tilknyttet garantistillelsen.
- Vilklårene for garantiordningen. Her vurderes det om vilklårene er basert på en realistisk risikovurdering, slik at garantiordningen i stor grad er selvfinansierende gjennom garanti-premiene som betales av mottakerne. Dette indikerer at det er betalt en markedsmessig pris for garantien.
- Prisen. Garantipremien skal reflektere kostnader tilknyttet risikoen for å gi garantien, administrative kostnader for ordningen og en normal fortjeneste. Det skal tas hensyn til særskilte forhold som er relevant for prisingen.
- Årlig prisregulering. Prisen på garantipremien skal vurderes og eventuelt justeres årlig for å sikre adekvat og markedsmessig pris.

Dersom garantien oppfyller alle kravene som følger av denne listen, vil den ikke utgjøre offentlig støtte fordi den er i tråd med markedsaktørprinsippet.

Det er særlig vilkåret i tredje kulepunkt i listen ovenfor som er interessant for denne saken. Det følger av dette vilkåret at konkursimmunitet ikke vil være i tråd med markedsaktørprinsippet. Dette er fordi det antas at ingen privat investor ville påta seg en slik ubegrenset forpliktelse. Spørsmålet i det følgende blir om konkursimmunitet, til tross for at tiltaket neppe er i overensstemmelse med markedsaktørprinsippet, likevel kan anses som tillatt etter EØS-avtalen, fordi tiltaket kan være beskyttet av EØS-avtalen artikkel 125.

EØS-avtalen artikkel 125 slår fast at avtalen ikke på noen måte skal berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten. Bestemmelsen innebærer blant annet at EØS-avtalen ikke skal legge føringer på hva det offentlige skal eie. Bestemmelsen ses gjerne som et uttrykk for at avtalen skal være nøytral når det gjelder offentlig og privat eierskap. Staten står fritt til å drive ulike typer aktivitet selv, eller overlate aktivitetene til private. Dette kommer blant annet til uttrykk i anskaffelsesreglens prinsipper for offentlig egenregi. Artikkel 125 forstås likevel ikke slik at den gir generelt unntak fra EØS-avtalen i slike situasjoner – statene må uansett respektere avtalens grunnleggende prinsipper om

for eksempel etableringsfrihet og fri flyt av kapital i slike situasjoner.

Videre følger det av rettspraksis, blant annet av EFTA-domstolens avgjørelse i Hjemfallssaken<sup>361</sup> omtalt i punkt 4.5 over, at offentlig eierskap er et tvingende allment hensyn som kan begrunne en restriksjon i reglene om etableringsretten. På samme måte kan det argumenteres for at EØS-avtalen artikkel 125 er en tolkningsfaktor som taler mot at støtteforbudet i EØS-avtalen artikkel 61(1) kan pålegge en stat å skille ut all EØS-rettslig økonomisk aktivitet i selvstendige selskaper. Dersom slik utskilling ville være den eneste måten å forhindre at den konkursimmuniteten som følger av å være en del av stat eller kommune kan utgjøre en økonomisk fordel i EØS artikkel 61's forstand, ville dette i praksis forhindre det offentlige fra å drive økonomisk aktivitet innenfor den eksisterende struktur.

### 7.3.1 Vilkåret om at støtten må være gitt av offentlige midler

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse må det gis en økonomisk fordel av staten eller av statsmidler i enhver form.<sup>362</sup> Dette innebærer at to vilkår må oppfylles. For det første må støtten kunne tilregnes staten. Det må være staten som fatter beslutningen om å gi støtte. Videre må ordningen direkte, indirekte eller potensielt belaste det offentliges budsjett i form av utgifter eller reduserte inntekter.

Spørsmålet er dermed om konkursimmunitet for EØS-rettslig økonomisk aktivitet i regi av stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak kan tilregnes det offentlige, og om immuniteten direkte, indirekte eller potensielt belaster det offentliges budsjett i form av utgifter eller reduserte inntekter.

I henhold til praksis fra EU-domstolen er statsgarantier ansett for å være støtte som kan tilregnes det offentlige.<sup>363</sup> Det følger videre av EU-domstolens dom i saken *La Poste*<sup>364</sup> at ubegrensede garantier som følge av offentlig eierskap anses som støtte som kan tilregnes det offentlige.

<sup>361</sup> EFTA-domstolens sak E-2/06.

<sup>362</sup> Sak C-379/98 Preussen Elektra, ECLI:EU:C:2001:160, avsnitt 58.

<sup>363</sup> Forente saker T-204/97 og T-270/97 Empresa para a Agroalimentacao e Cereais SA v Commission, ECLI:EU:T:2000:148.

<sup>364</sup> Sak C-559/12 P France vs Commission, ECLI:EU:C:2014:217.

Dommen i *La Poste* bekreftet at når det gjaldt eksplisitte garantier eller garantier for å dekke tap, var det åpenbart at dette potensielt kunne belaste offentlige budsjetter i form av økte utgifter. Det var ikke nødvendig å beregne og dokumentere størrelsen på de økte utgiftene.

ESA viser i sin foreløpige vurdering til at det følger av retningslinjene for statlige garantier at fordelingen av en garanti er at risikoen knyttet til garantien bæres av det offentlige.<sup>365</sup> Normalt skal det betales et passende vederlag dersom staten skal bære en slik risiko. Når staten frasier seg slikt vederlag, innebærer det en fordel for mottaker og en ulempe for staten.

Konkursimmunitet må dermed, forutsatt at det anses som en fordel, anses som gitt av offentlige midler. Også for så vidt gjelder konkursimmunitet vil dermed vilkåret om at støtten må være gitt av statsmidler være oppfylt.

### 7.3.2 Selektivitetsvilkåret

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse må støtten virke selektivt, det vil si gi visse foretak eller produksjonen av visse varer eller tjenester en økonomisk fordel. Generelle økonomiske tiltak, som kommer all næringsvirksomhet til gode, skal ikke anses som offentlig støtte. Generelt kan det sies at det ikke skal mye til for at støtte er selektiv i støtterettslig forstand. Støtte som tildeles samtlige bedrifter innen en bestemt sektor, eller som er lokalisert i en bestemt region, vil eksempelvis normalt være selektiv støtte. Derimot vil en generell senkning av inntektsskattesatsen ikke utgjøre støtte. At en ordning fremstår som generell, utelukker ikke at den kan være selektiv, dersom den i praksis kun vil komme visse grupper foretak til gode. I henhold til EU-domstolens praksis vil tiltak rettet mot foretak med en bestemt rettslig organisering være selektivt.<sup>366</sup>

I sin foreløpige vurdering tar ESA utgangspunkt i at spørsmålet om selektivitet må avgjøres etter en vurdering der det først oppstilles et referansesystem, og deretter må det vurderes om det foreligger en forskjellsbehandling av foretak som befinner seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon. ESA påpeker at det naturlige referansesystemet i denne vurderingen vil være den generelle konkurslovgivningen i Norge. Staten, statlige institusjoner, kommuner, regionale helseforetak og hel-

<sup>365</sup> Se punkt 2.2.3 i ESAs brev av 15. Desember 2015.

<sup>366</sup> Sak C-78/08 Paint Graphos, ECLI:EU:C:2011:550, avsnitt 52.

seforetak er ikke omfattet av dette lovverket selv når de driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette unntaket mener ESA er selektivt.<sup>367</sup>

ESA går så videre til å vurdere hvorvidt de ubegrensede garantiene likevel kan begrunnes i konkurslovgivningens logiske oppbygning og anses å være i samsvar med referansesystemet. ESA uttaler at det fremgår av forarbeidene til kommuneloven, NOU 1990: 43 og Ot.prp. nr. 42 (1991-92) at hensikten bak forbudet mot utlegg i kommunal eiendom og konkursforbudet først og fremst er å hindre at virksomheten i kommuner vanskeliggjøres eller lammes, fordi kommunene ivaretar sentrale samfunnsoppgaver av grunnleggende betydning for innbyggerne.<sup>368</sup>

ESA finner at dette ikke er en overbevisende begrunnelse for ubegrensede garantier som også omfatter offentlige aktørers EØS-rettslige økonomiske aktivitet. ESA påpeker at formålet med konkurslovgivningen er å legge til rette for at selskaper legges ned når de ikke lenger kan innfri de forpliktelser de har påtatt seg som del av sin økonomiske aktivitet. Ved å fritta offentlige aktører fra slike prosedyrer når de driver virksomhet i konkurranse med private, vil offentlige aktører etter ESAs mening få en sterkere stilling enn private selskaper. Dette mener ESA ikke passer inn i konkurslovgivningens logiske oppbygning.

En sentral problemstilling her er imidlertid at det drives EØS-rettslig økonomisk aktivitet innenfor rettssubjekter som også driver ikke-økonomisk aktivitet. At konkursimmunitet er nødvendig for å sikre at offentlige tjenester opprettholdes, er et viktig argument for så vidt gjelder offentlige kjernejenester. Disse vil imidlertid, som redegjort for i kapittel 5, være av EØS-rettslig ikke-økonomisk karakter. Disse tjenestene er dermed uansett ikke omfattet av støttereglene eller av denne saken. Dersom offentlige enheter driver virksomhet som består av ikke-økonomisk og økonomisk aktivitet, kan dermed konkursimmunitet opprettholdes for den ikke-økonomiske aktiviteten. Det finnes også, jf. nedenfor om fordelskriteriet og ellers kapittel 10, tilpasningsmuligheter som ikke innebærer at deler av det offentlige underlegges konkurslovgivningen.

<sup>367</sup> Brev til Norge av 15. desember 2015, pkt. 94-98.

<sup>368</sup> NOU 1990: 13 *Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner* s. 26 og s. 252.

Dermed vil det være vanskelig å nå frem med at selektivitetsvilkåret ikke er oppfylt i denne saken for så vidt gjelder EØS-rettslig økonomisk aktivitet som utføres av det offentlige, igjen under forutsetning av at det er tale om en økonomisk fordel, jf. nærmere nedenfor. Poenget her er at den offentlige økonomiske aktiviteten i forhold til markedet må anses å befinne seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon som private foretak. Når den særlige behandlingen (det vil si konkursimmunitet) er begrenset til en bestemt gruppe foretak, fremstår ordningen som selektiv.

#### *Dissens fra medlemmene Hennyng og Reegård*

ESA foreslår i sitt brev av 15. desember 2015 at det skal pålegges at all, kommunal økonomisk aktivitet skal skje i egne utskilte selskaper som kan gå konkurs. På denne måten skal man, ifølge ESA, nøytralisere den implisitte garantien kommuner og kommunale foretak innehar gjennom det faktum at kommuner ikke kan gå konkurs.

For å vurdere hvorvidt konkursimmunitet oppfylder selektivitetskriteriet ser ESA på om konkursimmunitet kan begrunnes i systemets logikk. ESA peker på at det naturlige referansesystemet i denne vurderingen vil være den generelle konkurslovgivningen i Norge. ESA påpeker at formålet med konkurslovgivningen er å legge til rette for at selskaper legges ned når de ikke lenger kan innfri de forpliktelser de har påtatt seg som del av sin økonomiske aktivitet. Å fritta offentlige aktører fra slike prosedyrer når de driver virksomhet i konkurranse med private, vil etter ESAs mening innebære at offentlige aktører får en sterkere stilling enn private selskaper. Dette mener ESA ikke passer inn i konkurslovgivningens logiske oppbygning. Dette fremkommer i ESA sitt brev av 15. desember 2015, premiss 97 og 98;

«The Norwegian authorities have argued that the exemption from bankruptcy and insolvency procedures for counties and municipalities is justified because a bankruptcy could lead to the dissolution of the public entity, which seems to be contrary to the public tasks these entities are entrusted with.

This argument is not convincing when the public entities engage in economic (commercial) activities for which they compete with private undertakings. Indeed, the logic behind the bankruptcy and insolvency procedures is to enable to liquidate undertakings when they are no longer able to honour their

debts built up in the process of their economic activities.»

Først bemerkes at formålet med konkurslovgivningen ikke bare er å legge til rette for at selskaper legges ned når de ikke lenger kan innfri de forpliktelser de har påtatt seg som del av sin økonomiske aktivitet. Konkurslovgivningen skal også *beskytte usikrede* kreditorer og legge til rette for en ordnet kreditorforfølging (rekkefølgeprinsippet).

Videre er *medlemmene Hennyng og Reegård* uenig i at begrunnelsen for konkursimmunitet ikke slår til når det offentlige driver økonomisk aktivitet.

Konkursimmunitet for stat og kommune må vurderes ut ifra hvordan man har organisert stat og kommune og begrunnelsen for deres konkursimmunitet.

I NOU 1990:13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner s. 252 står det at:

«Den tradisjonelle begrunnelse for konkursforbudet i kommuneloven/fylkeskommuneloven har vært at dette er et altfor inngripende tiltak og uforenlig med den type virksomhet som kommuner/fylkeskommuner driver. Konkursforbudet må også ses i naturlig sammenheng med de gjeldene kommunelovers begrensninger i adgangen til utlegg i kommunal/fylkeskommunale eiendeler og til å kreve motregning i kommunale/fylkeskommunale fordringer. Det er her tale om skjerming av kommuner/fylkeskommuner mot kreditorbeslag, for å sikre opprettholdelse og fortsatt drift av kommunal / fylkeskommunal tjenesteproduksjon.»

*Medlemmene Hennyng og Reegård* er av den oppfatning av at det ikke nødvendigvis kan skilles mellom økonomisk og ikke-økonomisk virksomhet hva gjelder begrunnelsen for konkursimmuniteten. Dette gjelder særlig på de områder hvor den økonomiske aktiviteten er en integrert del av den ikke-økonomiske aktiviteten eller der hvor kommunen forfølger sektorpolitiske målsettinger gjennom sitt vare- og tjenestetilbud.

Begrunnelsen for kommunenes konkursimmunitet vil således også gjelde for områder hvor den økonomiske delen er integrert i den offentlige kjernevirksomheten, for eksempel ved salg av restkapasitet. Det vil ikke være praktisk gjennomførbart at deler av en virksomhet går konkurs, for

eksempel at 30 prosent av et forbrenningsanlegg, tannhelsetjenester eller laboratorium går konkurs. Konkursbehandling vil dessuten utfordre kommunelovens § 55 som forbyr at det tas utlegg i kommunens eiendeler. At deler av virksomheten skulle gå konkurs, vil også kunne gå utover den ikke-økonomiske delen av virksomheten og føre til at viktig offentlig kjernevirksomhet eller ressurser går tapt. Kommunen vil kunne bli akutt underfinansiert dersom den økonomiske aktiviteten bortfaller, fordi man mister viktig infrastruktur, personale eller en ekstra inntektskilde, samtidig som kommunen fortsatt vil være forpliktet til å levere tjenestene. Det siste kan bli umuliggjort dersom deler av virksomheten går tapt gjennom konkursbehandling eller utlegg.

Det blir derfor kunstig å skille mellom begrunnelsen for konkursimmuniteten i disse tilfeller. Konkursimmuniteten for så vidt gjelder den økonomiske aktiviteten er i slike tilfeller en avledet fordel ved det å være kommune eller fylkeskommune.

Eventuelle fordeler av en indirekte garanti i form av konkursimmunitet er i de fleste tilfeller uansett usikker og vanskelig målbar.

Kommuneloven §§ 50 og 51 setter begrensninger for kommunens adgang til å ta opp lån og stille garantier. Kommuner kan bare låne for særskilt nevnte, sikre og nødvendige investeringer, jf. § 50 første ledd om at kommunen bare kan ta opp lån for å investere i infrastruktur «til eget bruk», noe som må tolkes til å henvise til de tjenester som kommunen er forpliktet til å tilby sine innbyggere. Kostnadene ved dette skal være dekket inn i kommunens driftsbudsjett. Kommuner kan ikke låne for drift, finansiell spekulasjon osv. Generelt sett er kommuner avskåret fra enhver disposisjon som innebærer vesentlig risiko. Videre følger det av § 50 sjette ledd og § 51 annet ledd konkrete forbud mot å ta opp lån på vegne av andre eller stille garantier til formål som involverer næringsvirksomhet.

Kommunelovens særlige begrensninger på låneopptak og garantistillelse innebærer således at kommuner ikke er i en sammenlignbar faktisk og rettslig situasjon med andre kommersielle aktører.

Etter *disse medlemmenes* syn vil derfor ikke det støtterettslige selektivitetskriteriet være oppfylt når den økonomiske aktiviteten er en integrert del av den ikke-økonomiske aktiviteten.



*Medlemmene Hennyng og Reegård* kan heller ikke se at det etter støtteregulverket er et krav til å skille ut økonomisk aktivitet. Det går eksempelvis frem av gruppeunntakets artikkel 26 annet ledd:

«Where a research infrastructure pursues both economic and non-economic activities, the financing, costs and revenues of each type of activity shall be accounted for separately on the basis of consistently applied and objectively justifiable cost accounting principles.»

Av det siterte følger det således implisitt at det ikke foreligger et krav om utskilling når det offentlige også driver økonomisk aktivitet, kun et krav om at det føres separate regnskap, som viser at den ikke-økonomiske aktiviteten blir belastet sin del av faste og variable kostnader. Separate regnskap er også på en rekke andre områder beskrevet som et tilstrekkelig tiltak for å dokumentere at støtten til den ikke-økonomiske aktiviteten flyter over på den økonomiske aktiviteten. ESA har godtatt dette som formålstjenlig tiltak i en rekke saker.

ESAs forslag om utskillelse er også uholdbart fordi kommunen og den utskilte enheten fremdeles må anses og vurderes som en økonomisk enhet etter støtteregulverket, jfr. for eksempel SGEI retningslinjene avsnitt 10:

«Two separate legal entities may be considered to form one economic unit for the purposes of the application of state aid rules. That economic unit is then considered to be the relevant undertaking. In this respect, the Court of Justice looks at the existence of a controlling share or functional, economic and organic links.»

Det betyr at selv om kommunen skiller ut et selskap som så leier kommunens infrastruktur, så vil disse likevel vurderes som en enhet etter støtteregulverket. Det er derfor vanskelig å se hvordan et selskapsmessig skille skulle kunne nøytralisere en eventuell effekt av at eieren ikke kan gå konkurs, når kontrollen av offentlig støtte uansett skal gjøres for eier/selskap samlet.

Ved utskilling i denne typen salgsselskap vil heller ikke kreditorene sikres fordi det trolig ikke er noen verdier å ta beslag i utover eventuelle bankinnskudd. At salgsselskapet kan gå konkurs vil derfor neppe i vesentlig grad bidra til at kreditorene får dekning for sine tap.

Videre vil kommunen – i egenskap av å inngå leieavtale med eget selskap - vurderes som et foretak som driver økonomisk aktivitet. Dette vil i henhold til ESAs resonnering i så fall reise spørsmål om ikke kommunen som utleier også bør skille ut denne aktiviteten i et eget selskap.

### **7.3.3 Konkurrans- og samhandelsvilkåret**

For at reglene om offentlig støtte skal få anvendelse, må konkursimmuniteten anses å vri eller true med å vri konkurransen og være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Dette er i utgangspunktet to separate vilkår, men de behandles ofte samlet på grunn av vilkårenes nære tilknytning.

I vurderingen av om tiltaket virker konkurransevridende og påvirker samhandelen kreves det ifølge rettspraksis ikke at det foretas en økonomisk analyse av den aktuelle situasjonen på det relevante markedet, støttemottakerens markedsandel, statusen for de konkurrerende foretakene eller samhandelen mellom medlemslandene. Imidlertid kan det ikke kun være en hypotetisk mulighet eller presumert oppfatning om at tiltaket er konkurransevridende og kan påvirke samhandelen. Det må derfor vurderes konkret i hver enkelt sak om vilkårene er oppfylt.

ESA behandler i sin foreløpige vurdering vilkårene samlet, og konsentrerer seg i hovedsak om samhandelsvilkåret.

Vurderingen av om konkurranse- og samhandelskriteriet er oppfylt for konkursimmunitet vil i all hovedsak bygge på de samme momentene som vist til i behandlingen av skattefritaket i punkt 7.2.4 over. Det vil dermed være en konkret vurdering som avgjør om konkursimmunitet til fordel for EØS-rettslig økonomisk aktivitet drevet innenfor stat, fylkeskommune, kommune eller helseforetak og regionale helseforetak er egnet til å påvirke samhandelen og konkurransen. Hvorvidt vilkåret er oppfylt, vil i stor grad avhenge av hva slags økonomisk aktivitet det er snakk om, samt omfanget av den økonomiske aktiviteten. Videre vil det som nevnt over være av betydning om det dreier seg om en støtteordning eller en enkelttildeling av støtte. Det vil være lettere å konkludere med at vilkåret ikke er oppfylt ved en enkelttildeling av støtte enn ved en støtteordning.

### **7.3.4 Fordelsvilkåret**

Fordelsbegrepet omfatter ikke bare økonomiske overføringer. Det omfatter også fritak fra økono-

miske forpliktelser som normalt ville blitt belastet foretakets budsjett og som mottakeren ikke ville mottatt under ordinære markedsforhold. I støttevurderingen er det kun effekten av tiltaket som er bestemmende for om det foreligger en økonomisk fordel, ikke hvordan effekten har oppstått. Følgelig må det vurderes om foretaket faktisk mottar en økonomisk fordel.

Konkurs innebærer at fordringshaver tar beslag i alle eiendelene til en skyldner for gjennom salg å dekke inn fordringshavernes utestående. Et vilkår for at en virksomhet kan slås konkurs er at debtors faktiske og fremtidig forventede inntekter ikke er tilstrekkelige til å dekke løpende utgifter, og at det heller ikke er mulig å oppnå dekning ved å selge alle debtors aktiva (insolvens). Fordringshavere vil typisk være långivere og leverandører av varer og tjenester. Konkursimmunitet innebærer at fordringshaverne alltid vil være sikret å få dekket sine fordringer, uansett utfall.

Konkursimmunitet kan som nevnt i punkt 3.4.2 innebære ulike fordeler for et foretak. Blant annet kan konkursimmunitet medføre at det er enklere å få lån, eller virksomheten kan oppnå mer fordelaktige kredittvilkår enn hva som ville vært tilfellet uten immuniteten. Dette vil omfatte både langsiktige lån til investeringer og kortsiktige likviditetsslån. Når virksomheten heller ikke betaler en markedsmessig premie for at den er omfattet av konkursimmunitet, er det reell risiko for at foretaket oppnår en fordel.

Konkursimmunitet kan også medføre at virksomheten får bedre innkjøpsavtaler enn den ellers ville fått. En privat aktør vil kunne gå konkurs etter å ha fått varen/tjenesten levert og dermed ikke være i stand til å gjøre opp for seg i henhold til avtalen. Ved salg til en aktør som ikke kan gå konkurs vil motparten vite at denne vil betale for varen eller tjenesten.

Dette kan også ha implikasjoner for prissettingen av enkelte varer og tjenester ved at den lavere risikoen blir bakt inn i prisen, eller indirekte gjennom at kjøper ikke har samme behov for å inngå kredittforsikring som sikrer bedriften mot tap på fordringer om ikke kunden kan betale sine forpliktelser. Det kan riktignok tenkes at varen/tjenesten som følge av likviditetssituasjonen i den offentlige aktøren ikke vil bli betalt innen forfall, men leverandøren vil i siste instans få oppgjøret (med forsinkelsesrenter). Hvis varen eller tjenesten benyttes som innsatsfaktor i produksjon av en annen vare eller

tjeneste, kan dette potensielt gi offentlige aktører fordeler i markedet.

Videre vil konkursimmunitet kunne føre til at virksomheten fremstår som en sikrere leverandør sammenlignet med en privat aktør uten offentlig garanti. Risikoen for at motparten ikke vil få tjenesten levert som følge av at leverandøren har gått konkurs, vil ikke være til stede.

Forretningsmessig aktivitet som utøves av offentlige virksomheter som ikke kan gå konkurs, kan derfor ha et konkurransefortrinn ved at de fremstår som en tryggere avtalepart, enten virksomheten er på kundesiden eller på leverandørsiden i transaksjonen. Det kan likevel ikke utelukkes at dette ville være tilfellet også dersom den offentlige aktøren ikke nøytdt godt av konkursimmunitet. I tillegg vil de offentlige virksomhetene kunne ha mindre behov for å inngå forsikringer for den forretningsmessige aktiviteten, siden eventuelle tap uansett ikke vil føre til at den offentlige virksomheten går konkurs eller blir ute av stand til å levere grunnleggende tjenester.

I prinsippet kan enhver virksomhet kjøpe en forsikring som har tilsvarende virkning som konkursimmunitet. Det er imidlertid lite trolig at det faktisk eksisterer et marked som tilbyr slik forsikringsdekning. Forutsatt at det er mulig å inngå avtale om en sådan forsikring så vil den ha en kostnad. Forretningsmessig aktivitet som utøves av offentlige virksomheter og som er omfattet av konkursimmunitet, slipper denne kostnaden. På den annen side kan ikke forretningsmessig aktivitet når den utøves som en del av det offentlige rettssubjektet, velge om den ønsker konkursimmunitet eller ikke. Konkursimmunitet vil være et faktum uansett om dette er noe den offentlige aktøren har behov for i sin forretningsmessige virksomhet eller ikke.

ESA fokuserer i sitt utkast til formålstjenlige tiltak på at konkursimmunitet gjør det mulig for låntaker å ta opp lån i markedet på mer fordelaktige vilkår enn det som ville vært mulig uten tiltaket. ESA uttrykker at konkursimmunitet og andre unntak fra konkursreglene innebærer at de offentlige aktørene i realiteten er dekket av en ubegrenset garanti som dekker alle deres forpliktelser. Denne garantien, enten den er uttrykkelig (eksplicit) eller avledet (implisitt) innebærer, etter ESAs oppfatning, at aktørene som er dekket vil ha en mer fordelaktig økonomisk situasjon sammenlignet med private aktører dersom de engasjerer seg i EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Tiltaket vil

være en fordel for aktørens kreditorer, men også for forretningspartnere. ESA viser også til at konkursimmunitet ikke er i tråd med ESAs egne retningslinjer for garantier. ESA peker til slutt på at konkursimmunitet vil være en fordel selv om den ikke aktualiserer seg.

Nyere praksis i EU behandler vurderingen av fordeler knyttet til offentlige enheter underlagt konkursimmunitet. Dette gjelder særlig IFPEN-saken, der spørsmålet var hvorvidt EU-kommisjonen kunne legge til grunn at en garanti i form av konkursimmunitet for et særlovselskap ga IFPEN en fordel, eller om EU-kommisjonen måtte påvise konkrete og aktuelle effekter av garantien.<sup>369</sup> EU-kommisjonen hadde undersøkt hvorvidt garantien ga IFPEN en fordel. Konklusjonen var at til tross for garantien, hadde IFPEN tatt opp lån på markedsvilkår. Saken dreide seg om IFPEN, et offentlig eid fransk forskningsinstitutt, som i tillegg til forskningsrelatert aktivitet hadde kontrollerende eierinteresser i tre kommersielle virksomheter. IFPEN hadde inngått eksklusive avtaler med disse om levering av tjenester. EU-kommisjonen la til grunn i sin avgjørelse at IFPEN hadde en fordel av statsgarantien, mens Frankrike argumenterte for at IFPEN ikke hadde noen fordeler av statsgarantien i sitt forhold til banker og andre kreditorer, samt i forholdet til leverandører og kunder. EU-kommisjonen kunne likevel ikke utelukke at en fordel kunne oppstå i fremtiden.<sup>370</sup>

EU-kommisjonen hadde videre funnet at leverandører til IFPEN ville sette sine priser lavere enn ellers i markedet, fordi IFPEN ikke kunne gå konkurs.<sup>371</sup> EU-kommisjonen mente også at garantien sikret at IFPEN alltid ville kunne oppfylle sine kontraktsforpliktelser overfor kundene, eller at kunden ville bli kompensert dersom dette ikke var tilfellet.<sup>372</sup> Dette ble av EU-kommisjonen ansett som en fordel for IFPEN.

For det første er det klart at eksistensen av en garanti ikke automatisk innebærer en fordel med mindre garantien (konkursimmuniteten) kommer til uttrykk i mer fordelaktige vilkår i markedet, enten fra långivere, leverandører eller kunder. I

<sup>369</sup> Forente saker T-479/11 og T-157/12 Frankrike/ IFP Énergies nouvelles v Kommisjonen, ECLI:EU:T:2016:320. Dommen er påanket til EU-domstolen som sak C-438/16 P. Jf. videre sak C-559/12 P La Poste, ECLI:EU:C:2014:217.

<sup>370</sup> Avsnitt 79.

<sup>371</sup> Avsnitt 80.

<sup>372</sup> Avsnitt 81.

avsnitt 84 i Underrettens avgjørelse i IFPEN sies det således:

«First, a guarantee is an ancillary undertaking which cannot be examined without taking into account the obligation to which it is attached. Because of its nature as such, an undertaking given by the State in the form of a guarantee cannot be regarded as State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU in and of itself, but only in association with the obligation supporting it. It follows that, as the Commission itself acknowledged at the hearing, an implied and unlimited State guarantee inherent in EPIC status cannot be classified as State aid on the sole ground that it is free.»<sup>373</sup>

Spørsmålet om en slik garanti innebærer en fordel, må således vurderes konkret ut fra om enheten oppnår fordeler i markedet. Retten slår i IFPEN-dommen fast at en ubegrenset garanti ikke utgjør offentlig støtte utelukkende fordi den er gratis. Garantien må alltid vurderes i sammenheng med forpliktelsen den garanterer for.<sup>374</sup> Det legges vekt på at det må foretas en helhetlig vurdering av hvorvidt garantien innebærer en fordel, hvor det blant annet tas hensyn til alle relevante forhold ved transaksjonen, konteksten, støttemottakers situasjon og det aktuelle markedet.<sup>375</sup> I avgjørelsen La Poste ble det lagt til grunn en fordelsformodning, som senere er bekreftet i IFPEN.<sup>376</sup>

Logikken bak IFPEN- og La Poste-sakene lar seg imidlertid ikke overføre direkte til tilfeller hvor EØS-rettslig økonomisk aktivitet drives innenfor det offentlige som rettssubjekt, for eksempel en kommune. Det vil eventuelt være kommunen som juridisk person og som kontraktspart overfor leverandører, kunder og eventuelle finansieringsinstitusjoner som direkte vil oppnå de mulige fordeler som er omtalt. Disse fordelene vil ikke gå direkte inn i den økonomiske aktiviteten, siden denne ikke

<sup>373</sup> Forente saker T-479/11 og T-157/12 Frankrike/ IFP Énergies nouvelles v Kommisjonen, ECLI:EU:T:2016:320.

<sup>374</sup> Avsnitt 84.

<sup>375</sup> Avsnitt 88.

<sup>376</sup> Forente saker T-479/11 og T-157/12 Frankrike/ IFP Énergies nouvelles v Kommisjonen, ECLI:EU:T:2016:320, og sak C-559/12 P La Poste, ECLI:EU:C:2014:217. IFPEN-saken er ennå ikke endelig avgjort ettersom Kommisjonen har anket saken inn for EU-domstolen. Generaladvokaten har kommet med sitt forslag til avgjørelse. Her uttaler generaladvokaten at det er en presumsjon om fordel for så vidt gjelder gjeldsforpliktelser. Generaladvokaten mener imidlertid, til forskjell fra Underretten, at presumsjonen også gjelder for kunde- og leverandørforhold.

er skilt ut som et eget rettssubjekt. Tvert imot vil det være opp til det offentlige (det vil si den offentlige juridiske personen) å sikre at økonomiske fordeler ikke tilflyter den økonomiske aktiviteten som drives innenfor dette rettssubjektet. Dette skjer gjennom etterlevelse av markedsaktørprinsippet. At fordelene kanaliseres til kommunens kjerneoppgaver (typisk eldresentre og skole), er støtterettslig uproblematisk.

Tydeligst er dette der det dreier seg om fordeler oppnådd fra leverandører eller finansieringsinstitusjoner. I så fall må den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten belastes med markedsmessige kostnader (slik at eventuelle fordeler forblir i den ikke-økonomiske delen av virksomheten). Også for kunder vil imidlertid det offentlige rettssubjektet stå som kontraktspart, og spørsmålet vil tilsvarende være om eventuelle fordeler (som ikke kan presumeres men må påvises konkret) må føre til en justering av inntektene for den økonomiske aktiviteten.

Arbeidsgruppen legger derimot til grunn at prinsippene uttrykt i *La Poste* og *IFPEN*-sakene kommer fullt ut til anvendelse for foretak som er skilt ut som egne rettssubjekter og fortsatt nyter godt av konkursimmunitet, som for eksempel *IKS*-er.

Underretten fant at presumsjonen satt opp i *La Poste* kun gjelder for gjeldsforpliktelser, og ikke for kunde- og leverandørforhold. Dette innebærer at for så vidt EU-kommisjonen vil hevde at en ubegrenset garanti innebærer fordeler for mottaker med hensyn til forholdet til kunder og leverandører, må EU-kommisjonen kunne bevise at dette er tilfellet i den konkrete saken.

*IFPEN*-saken er ennå ikke endelig avgjort ettersom EU-kommisjonen har anket saken inn for EU-domstolen. Generaladvokaten har kommet med sitt forslag til avgjørelse. Her uttaler generaladvokaten at det er en presumsjon om fordel for så vidt gjelder gjeldsforpliktelser. Generaladvokaten mener imidlertid, til forskjell fra Underretten, at presumsjonen også gjelder for kunde- og leverandørforhold.<sup>377</sup>

Leverandører inngår avtaler med det offentlige rettssubjektet, slik at det ikke er automatikk i at eventuelle fordeler tilflyter den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Igjen minner arbeidsgruppen

om at dette vil være et spørsmål om etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

Arbeidsgruppen er usikker på hvordan offentlige aktører vil kunne oppnå fordeler fra kunder, og ser samtidig at «fordeler» fra kunder fremstiller seg som uklart i forhold til vilkåret om potensiell begrensning i konkurransen. Gruppen finner uansett at potensielle fordeler vunnet fra kunder fremstår som for usikkert til å konkludere med at konkursimmuniteten for det offentlige i seg selv skulle utgjøre offentlig støtte.

Oppsummert legger arbeidsgruppen til grunn at konkursimmunitet kan representere en økonomisk fordel for offentlige foretak. For gjeldsforpliktelser vil en slik fordel kunne presumeres, mens den for kunder og leverandører må påvises konkret. Arbeidsgruppen mener imidlertid at konkursimmunitet ikke nødvendigvis representerer en økonomisk fordel for EØS-rettslig økonomisk aktivitet som det offentlige driver innenfor egen juridiske person. Den eventuelle fordel vil oppbæres av det offentlige som selvstendig rettssubjekt, og vil ikke automatisk tilflyte den økonomiske aktiviteten som en fordel. Dersom markedsaktørprinsippet overholdes for den økonomiske aktiviteten, vil det ikke foreligge en slik fordel. Arbeidsgruppen legger til grunn at etterlevelse av markedsaktørprinsippet kan sikre at det ikke vil foreligge offentlig støtte til EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives innenfor offentlige rettssubjekter. Det er derfor rom for å hevde at ESA ikke i tilstrekkelig grad har påvist at dette vilkåret er oppfylt. Selv om det ikke ligger innenfor gruppens mandat, kommenteres at konkursimmunitet for selvstendige rettssubjekter vil måtte vurderes i henhold til de reglene som er utkrystallisert gjennom *La Poste* og *IFPEN*-avgjørelsene.

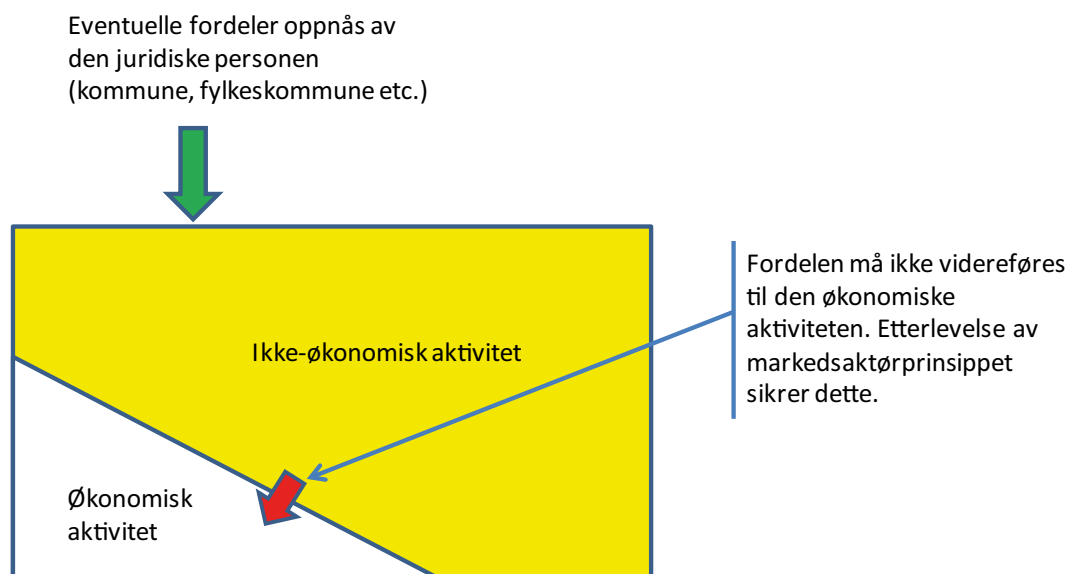
### 7.3.5 Oppsummering

ESA har i sitt brev presumert at konkursimmunitet for EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives innenfor stat, fylkeskommune eller kommune som rettssubjekt, eller innenfor et helseforetak eller regionalt helseforetak, vil innebære en fordel for den økonomiske aktiviteten. Det kan argumenteres med at det ikke vil være fordel støtterettslig sett for den økonomiske aktiviteten så lenge den offentlige aktøren følger markedsaktørprinsippet og belaster den økonomiske aktiviteten med finansieringskostnader i samme utstrekning som en privat aktør, jf. ovenfor. Arbeidsgruppen er mer usikker på om konkursimmunitet vil være en fordel i forholdet til kunder.

<sup>377</sup> Se sak C-438/16 P, ECLI:EU:C:2017:951.

Figur 7.1 Illustrasjon av hvordan markedsaktørprinsippet hindrer overføring av fordel

Hvorfor etterlevelse av markedsaktørprinsippet hindrer overføring av fordel ved konkursimmunitet



Ved å etterleve markedsaktørprinsippet kan man hindre at fordelene ved konkursimmunitet når frem til den økonomiske aktiviteten. Fordelen elimineres ved å prissette riktig internt innenfor samme rettssubjekt. Fordelen som den juridiske enheten oppnår (eier), vil med andre ord ikke overføres til den økonomiske enheten dersom prissetting og kostnadsallokering mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet er korrekt.

Arbeidsgruppen legger til grunn at etterlevelse av markedsaktørprinsippet kan sikre at det ikke vil foreligge offentlig støtte til EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives innenfor offentlige rettssubjekter. Det er derfor rom for å hevde at ESA ikke i tilstrekkelig grad har påvist at dette vilkåret er oppfylt. Selv om det ikke ligger innenfor gruppens mandat, kommenteres at konkursimmunitet for selvstendige rettssubjekter vil måtte vurderes i henhold til de reglene som er utkrystallisert gjennom La Poste- og IFPEN-avgjørelsene.

#### 7.4 Skal tiltakene anses som støtteordninger eller individuell støtte?

Spørsmålet i dette punktet er hvorvidt skattefritak og konkursimmunitet skal anses som støtteordninger i støttereglenes forstand – i den grad tiltakene utgjør offentlig støtte. Det følger av Artikkel 1 bokstav d i Avsnitt I av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA Protokoll 3), at en støtteordning er

«enhver rettsakt som uten at det kreves ytterligere gjennomføringstiltak danner grunnlaget for tildeling av enkeltvis støtte til foretak bestemt på en generell og abstrakt måte, og enhver rettsakt som kan danne grunnlaget for tildeling av støtte til ett eller flere foretak på ubestemt tid og/eller for et ubestemt beløp, uten at støtten er knyttet til et bestemt prosjekt».

Dette er et viktig punkt, fordi det følger av rettspraksis at ESA ikke trenger å påvise den konkrete effekten av støttetiltak når organet vurderer om en støtteordning er i tråd med reglene om offentlig støtte. Poenget har blant annet kommet til uttrykk i en sak fra EU-domstolen som ofte refereres til som *Belgian coordination centres*.<sup>378</sup> Her uttaler EU-domstolen i avsnitt 82 følgende:

«Secondly, in the case of an aid programme, the Commission may confine its examination to the characteristics of the programme in question in order to determine whether it

<sup>378</sup> Forente saker C-182/03 og C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416.

gives an appreciable advantage to the recipients in relation to their competitors [...].»

EU-domstolen uttrykker dette også blant annet i sak angående et italiensk støttetiltak, og legger i tillegg til i avsnitt 91:

«There was no need for the contested decision to include an analysis of the aid granted in individual cases on the basis of the scheme. It is only at the stage of recovery of the aid that it is necessary to look at the individual situation of each undertaking concerned.»<sup>379</sup>

Dette innebærer at ESA ved behandlingen av en støtteordning som generelt sett oppfylder vilkårene for å utgjøre offentlig støtte, ikke trenger å påvise at alle vilkårene er oppfylt i hvert enkelt tilfelle tiltakene kommer til anvendelse.

Ved vurderingen av om tiltakene i denne saken utgjør støtteordninger slik uttrykket er definert i bestemmelsen i ODA Protokoll 3 er ESAs vedtak i saken om fylkeskommunale sikkerhetskurs av interesse.<sup>380</sup> Saken gjaldt støtte til fylkeskommunale skoler som tilbød sikkerhetskurs i markedet. I denne forbindelse vurderte ESA om støtten til skolene måtte anses som en støtteordning. ESA påpekte at det ikke finnes mye rettspraksis om spørsmålet, men viste til administrativ praksis knyttet til anvendelse av lovfestet og ikke-lovfestet rett.<sup>381</sup>

ESA vurderte videre hvorvidt finansieringen av de fylkeskommunale skolene måtte anses for å utgjøre en støtteordning:

«The legal basis for the financing of county schools is currently laid down in the 1998 Education Act, which sets out a framework under which the counties have a duty to provide upper secondary school education to their residents, without requiring further implementing measures, and to which they must commit the necessary financial resources in order to comply with this duty.

With regard to the criteria set out in Article 1(d) of Part II of Protocol 3, the Authority

takes the view that the 1998 Education Act is an act which does not require that further implementing measures are taken and which allows individual aid awards to be made to undertakings that are defined in the act in a general and abstract manner (i.e. county schools). The Authority therefore concludes that the financing of county schools can be regarded as an aid scheme.»<sup>382</sup>

For å komme frem til at tiltaket utgjorde en støtteordning la ESA dermed avgjørende vekt på at finansieringen av skolene var regulert i lov, og at denne ikke krevde ytterligere tiltak før støtte ble utbetalt. Videre ble støtte tildelt foretak som var definert på en generell og abstrakt måte.

Spørsmålet er dermed om skattefritak og konkurssimmunitet er tiltak som må anses som støtteordninger i henhold til definisjonen i ODA Protokoll 3 og praksis om denne bestemmelsen.

Når det gjelder spørsmålet om skattefritaket er en støtteordning, følger det av hjemmelen i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 at skattefritaket omfatter de aktørene som er nevnt i bestemmelsen. Støttetakerne er i bestemmelsen definert på en generell og abstrakt måte – det er stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og foretak som omfattes. Bestemmelsen gir støttetakerne rett til fritak fra skatteplikt, og fritaket er ikke avhengig av ytterligere gjennomføring. Dermed fremstår skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 som en støtteordning.

Når det gjelder konkurssimmunitet er grunnlaget mer fragmentert. For statens del er det ikke regulert i lov at Norge ikke kan gå konkurs, men det er alminnelig antatt i internasjonal rett at stater ikke kan gå konkurs. Dette gjelder også statlige institusjoner (forvaltningsorgan) som utøver forvaltningsoppgaver på vegne av staten.

Kommuneloven § 55 slår fast at det ikke kan tas utlegg eller arrest i en kommunes eiendeler. En kommune kan heller ikke tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling.

De regionale helseforetakene er eid fullt ut av staten, og staten, ved de regionale helseforetakene, eier helseforetakene. I henhold til § 5 i lov

<sup>379</sup> Sak C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143.

<sup>380</sup> Se EFTA Surveillance Authority Decision No 267/13/COL of 26 June 2013 on the financing of safety training courses by county schools.

<sup>381</sup> Se vedtakets avsnitt 58 med videre henvisninger.

<sup>382</sup> Se avsnitt 60 og 61 i vedtaket.

om helseforetak kan det ikke åpnes konkurs eller gjeldsforhandling i helseforetak. Videre følger det av § 7 at eier hefter ubegrenset for foretakets forpliktelser.

Konkursimmunitet er dermed regulert på ulike måter for de forskjellige administrative nivåene, og tiltaket utgjør dermed i mindre grad enn skattefritaket en helhetlig støtteordning. Det trengs ingen gjennomføring for at konkursimmuniteten skal ha virkninger, men selve virkningen av konkursimmuniteten har varierende grad av nær tilknytning til selve tiltaket. Saken domstolen tok stilling til gjaldt individuell støtte til IFPEN, og ikke generelt den aktuelle selskapsformen som inneholdt en implisitt garanti. Saken gjaldt altså individuell støtte, og ikke en støtteordning. Dette innebærer at EU-kommisjonen i denne saken hadde en tynge bevisbyrde enn det som ville ha vært tilfellet dersom saken gjaldt støtteordningen som sådan. Det er et åpent spørsmål om domstolen også i en sak som gjaldt ordningen som sådan ville ha konkludert med at EU-kommisjonen måtte påvise de konkrete virkningene av garantien når det gjaldt leverings- og betalingsbetingelser.

Det er på det rene at det ikke foreligger praksis fra EFTA- eller EU-domstolene når det gjelder konkursimmunitet for det offentlige selv (i motsetning til foretak undergitt særlige regler). Videre er det på det rene at konkursimmuniteten følger direkte av den offentlige enhetens rettslige stilling, ikke bare etter nasjonal rett men også internasjonal, og at spørsmålet om hvorvidt det foreligger en fordel vil være avhengig av en nærmere vurdering etter

markedsaktørprinsippet. For så vidt gjelder fordeler oppnådd overfor leverandører eller kunder i markedet må eventuelle fordeler også måtte påvises konkret. På denne bakgrunn mener arbeidsgruppen at konkursimmuniteten for offentlige enheter som stat og kommune ikke kan anses som en generell støtteordning.

## 7.5 Konklusjon

Det følger av dette at skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 utgjør offentlig støtte i EØS-avtalens forstand. Når det gjelder konkursimmunitet for stat, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak mener arbeidsgruppen at dette ikke utgjør et generelt tiltak som automatisk involverer offentlig støtte. Arbeidsgruppen legger til grunn at etterlevelse av markedsaktørprinsippet kan sikre at det ikke vil foreligge offentlig støtte til EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives innenfor offentlige rettssubjekter. Det er derfor rom for å hevde at ESA ikke i tilstrekkelig grad har påvist at dette vilkåret er oppfylt. Det vil være opp til den enkelte enhet å sikre at fordeler oppnådd i markedet grunnet konkursimmunitet ikke tilflyter den økonomiske aktiviteten, jf. markedsaktørprinsippet.

Et mindretall i arbeidsgruppen anser videre at selektivitetsvilkåret i flere tilfeller ikke vil være oppfylt, særlig fordi det offentlige og private ikke befinner seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon.

# 8 Organisering, styring og kontrollmekanismer i offentlig sektor

Dette kapitlet redegjør for organisering, styring og kontrollmekanismer i norske kommuner, fylkeskommuner, staten og helseforetakene (offentlig sektor). Kapitlet beskriver nærmere det enkelte nivået, i tillegg til styring og kontroll med egen organisasjon.

## 8.1 Kommunal sektor

Kommuner og fylkeskommuner er to ulike og selvstendige forvaltningsnivåer, med hver sine folkevalgte organer og egen administrasjon. Kommunestyret er det øverste kommunale organet, mens fylkestinget er det øverste fylkeskommunale organet, jf. kommuneloven<sup>383</sup> § 6.<sup>384</sup>

### *Organisering av kommunal virksomhet*

Norske kommuner står i utgangspunktet fritt ved organiseringen av egen virksomhet. De bestemmer som hovedregel selv om oppgaver skal utføres internt i kommunen (for eksempel i kommunale etater eller kommunale foretak), i selskaper, settes ut på anbud eller løses i samarbeid med andre kommuner. Svært mange lovpålagte oppgaver på de sentrale velferdsområdene som skole, helse og omsorg løses innenfor kommunens driftsorganisasjon.

I praksis skjer samarbeid mellom kommuner på mange ulike måter, fra det helt formløse samarbeidet til samarbeid innenfor en definert organisasjonsform. Når en kommune ønsker å inngå et samarbeid, vil valget av samarbeidsmodell likevel kunne avhenge av oppgavens innhold og karakter. For oppgaver som inkluderer offentlig myndighetsutøvelse, er valgfriheten begrenset for å sikre

at behovet for rettstrygghet og demokratisk kontroll ivaretas på en tilfredsstillende måte. For oppgaver av mer forretningsmessig karakter, frivillige oppgaver, samt tjenester som dekker kommunens behov som regnskap, lønn, kantine, renhold, IKT og lignende, står kommunene langt friere med hensyn til hvilken modell de kan benytte.

Kommunen kan som utgangspunkt velge følgende organisasjonsformer for all kommunal aktivitet:

- internt i kommunen, herunder i kommunalt foretak (alle oppgaver)
- gjennom ulike former for interkommunalt samarbeid (valg av modell vil avhenge av oppgavens karakter). Formelle modeller for interkommunalt samarbeid er:
  - interkommunalt styre etter kommuneloven § 27
  - vertskommunesamarbeid, jf. kommuneloven kapittel 5A
  - interkommunalt selskap etter lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper (IKS-loven)
- aksjeselskap etter lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

I tillegg til de nevnte modellene over, kan andre privatrettslige modeller som stiftelser, samvirkeforetak<sup>385</sup> og foreninger være aktuelle organisasjonsformer for kommuner. Det viser seg også at mange kommuner samarbeider uten formelt organisatorisk rammeverk, men heller i avtaleform.

Modellene er nærmere beskrevet i vedlegg 8. Figur 8.1 beskriver kommunens organiseringsmuligheter langs dimensjonen forvaltningsorgan/del av kommunen og eget rettssubjekt.

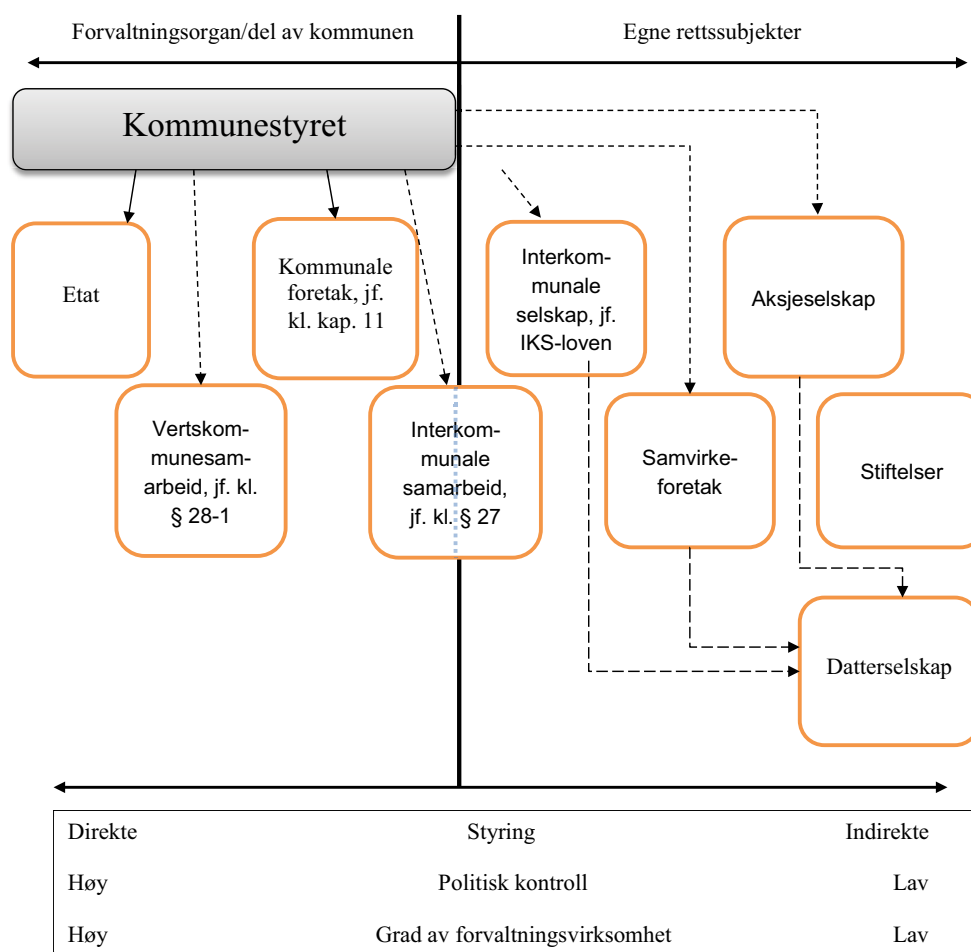
<sup>383</sup> Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.

<sup>384</sup> Mye av det som beskrives for kommunene, gjelder også fylkeskommunene, men av praktiske hensyn fokuserer den videre omtalen på kommunene, siden de blant annet har den største oppgaveporteføljen.

<sup>385</sup> Etter at samvirkeoven ble vedtatt har det vært en økt interesse i kommunene og kommunalt eide selskap for å bruke samvirkemodellen. KS Advokatene har skrevet en [utredning](#) for KS Bedrift hvor det gis en gjennomgang og vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell selskapsform for kommunalt eide selskaper.



Figur 8.1 Kommunens organiseringsmuligheter



Kilde: Arbeidsgruppen for like konkurransevilkår for offentlige og private aktører

### Kommunenes egenkontroll

Det gis i dette punktet en kort innføring i kommunenes egenkontroll, og beskrivelse av de gjeldende kontrollrutinene og -mekanismene som skal sikre at kommunene drives i tråd med gjeldende regelverk.

### Kommunestyrets overordnede ansvar

Kommunene har selv ansvar for å sørge for at kommunens virksomhet drives i tråd med de regler som gjelder. Kommunene plikter å holde orden i eget hus. Dette gjelder også å sørge for at kommunene ikke yter offentlig støtte i strid med forbudet i artikkel 61(1) i EØS-avtalen.

Egenkontroll er den kontrollen kommunen selv fører med egen virksomhet. Egenkontrollen er et viktig element i det lokale folkestyret. Den skal blant annet bidra til at kommunen når de mål som er satt, innenfor rammene av gjeldende regelverk

og tildelte ressurser, og styrke allmennhetens tillit til forvaltningen.

Kommunestyret har det øverste ansvaret for å føre kontroll med kommunens virksomhet, jf. kommuneloven § 76. Det er altså kommunestyret som har det overordnede ansvaret for å sørge for at kommunen er organisert og drives slik at lover og forskrifter blir fulgt, og at målene for virksomheten blir oppfylt. Kommunestyret er avhengig av hjelp fra andre aktører for å kunne oppfylle dette kontrollansvaret. Kommunestyret skal selv velge et kontrollutvalg som skal føre kontroll med den kommunale forvaltningen på kommunestyrets vegne. Dette er den ene grunnpilaren i kommunenes egenkontroll.

Den andre grunnpilaren er administrasjonssjefens ansvar for å føre kontroll med administrasjonens virksomhet. Det er kommunestyret som ansetter

administrasjonssjefen, og administrasjonssjefen er ansvarlig overfor kommunestyret.

#### *Kontrollutvalget*

Kontrollutvalget fører løpende kontroll med kommunens virksomhet på kommunestyrets vegne, jf. kommuneloven § 77 nr. 1. For å ivareta sin kontrollrolle har kontrollutvalget omfattende oppgaver og vid innsynsrett i kommunale forhold. Kontrollutvalget kan foreta de undersøkelser som det finner nødvendig for å ivareta sine kontrolloppgaver på vegne av kommunestyret.

Kontrollutvalget kan i prinsippet behandle ethvert forhold ved kommunens virksomhet, så lenge det kan defineres som kontroll eller tilsyn. Kontrollutvalget skal likevel ikke kontrollere politiske prioriteringer eller den politiske hensiktsmessigheten av et vedtak.

Kontrollutvalget er pålagt enkelte særskilte oppgaver i kommuneloven med forskrift. Kontrollutvalget skal blant annet:

- gi uttalelse om kommunens årsregnskap
- utarbeide planer for forvaltningsrevisjon og selskapskontroll
- rapportere til kommunestyret om gjennomførte forvaltningsrevisjoner og selskapskontroller

I tillegg skal kontrollutvalget påse at:

- kommunen har en forsvarlig revisjonsordning, både når det gjelder regnskaps- og forvaltningsrevisjon
- revisjonsmerknader blir fulgt opp
- det føres kontroll med at den økonomiske forvaltningen foregår i samsvar med gjeldende bestemmelser og vedtak
- det blir gjennomført forvaltningsrevisjon og selskapskontroll
- kommunestyrets merknader til forvaltningsrevisjoner blir fulgt opp

#### *Kontrollutvalgssekretariatet*

Det følger av kommuneloven § 77 nr. 10 at kommunestyret skal sørge for sekretærbistand til kontrollutvalget. Sekretariatsfunksjonen er nærmere regulert i forskrift 15. juni 2004 nr. 905 om kontrollutvalg i kommuner og fylkeskommuner (kontrollutvalgskriften) § 20. Sekretariatet skal etter denne bestemmelsen påse at sakene som legges frem for kontrollutvalget er forsvarlig utredet, og at utvalgets vedtak blir iverksatt.

Sekretariatet skal være uavhengig av kommunens administrasjon og av den eller de som utfø-

rer revisjon for kommunen. Dette innebærer at sekretariatsfunksjonen ikke kan legges til verken kommunens administrasjon eller den som utfører revisjonsoppgaver for den aktuelle kommunen. Heller ikke medlemmer av kontrollutvalget eller kommunestyret i den aktuelle kommunen kan ivareta sekretariatsfunksjonen.

#### *Revisjon*

Det følger av kommuneloven § 78 nr. 2 at revisjonsarbeidet skal omfatte både regnskapsrevisjon og forvaltningsrevisjon. Revisjonen skal utføres i samsvar med god kommunal revisjonsskikk, jf. kommuneloven § 78 nr. 1.

#### *Regnskapsrevisjon*

Etter kommuneloven § 76 siste punktum og § 77 nr. 4 første punktum skal kommunestyret og kontrollutvalget påse at kommunens regnskaper blir revidert på en betryggende måte.

Det er fastsatt nærmere regler om regnskapsrevisjon i forskrift 15. juni 2004 nr. 904 om revisjon i kommuner og fylkeskommuner mv. (revisjonsforskriften).

#### *Forvaltningsrevisjon*

Det følger av kommuneloven § 77 nr. 4 at kontrollutvalget skal påse «at det blir gjennomført systematiske vurderinger av økonomi, produktivitet, måloppnåelse og virkninger ut fra kommunestyrets eller fylkestingets vedtak og forutsetninger (forvaltningsrevisjon)».

Revisjonsforskriften § 7 inneholder nærmere regler om innholdet i forvaltningsrevisjon. Etter denne bestemmelsen innebærer forvaltningsrevisjon blant annet å vurdere om:

- forvaltningen bruker ressurser til å løse oppgaver som samsvarer med kommunestyrets vedtak og forutsetninger
- forvaltningens ressursbruk og virkemidler er effektive i forhold til målene som er satt på området
- regelverket etterleves
- forvaltningens styringsverktøy og virkemidler er hensiktsmessige
- beslutningsgrunnlaget fra administrasjonen til de politiske organer samsvarer med offentlige utredningskrav
- resultatene i tjenesteproduksjonen er i tråd med kommunestyrets eller fylkestingets forutsetninger og/eller om resultatene for virksomheten er nådd

Etter kontrollutvalgsforskriften § 10 skal kontrollutvalget minst én gang i valgperioden utarbeide en plan for gjennomføring av forvaltningsrevisjon. Planen skal baseres på en overordnet analyse av kommunens virksomhet ut fra risiko- og vesentlighetsvurderinger.

#### *Selskapskontroll*

Mange kommuner velger å organisere deler av virksomheten sin i blant annet interkommunale selskap og aksjeselskap. Selv om slike selskap har egne revisjons- og kontrollordninger, skal kontrollutvalget påse at det blir ført kontroll med forvaltningen av kommunens interesser i selskapene, jf. kommuneloven § 77 nr. 5. Det er fastsatt nærmere regler om selskapskontroll i kontrollutvalgsforskriften § 14. Selskapskontroll består av to komponenter – eierskapskontroll (obligatorisk) og forvaltningsrevisjon (frivillig).

Kontrollutvalget skal, som for forvaltningsrevisjon med kommunens egen forvaltning, minst én gang i valgperioden utarbeide en plan for gjennomføring av selskapskontroll. Planen skal bygge på en overordnet analyse av kommunens eierskap ut fra risiko- og vesentlighetsvurderinger, med sikte på å identifisere behovet for selskapskontroll med de ulike selskapene. Kontrollutvalget må på samme måte som ved forvaltningsrevisjon bestille selskapskontroll.

#### *Internkontroll*

Internkontroll er en del av kommunens egenkontroll. Det er administrasjonssjefen som har ansvaret for kommunens internkontroll, i motsetning til kontrollen som gjennomføres i regi av kontrollutvalget og revisjonen, som er styrt av de folkevalgte. Internkontrollen gjelder kommunens administrasjon, det vil si all virksomhet som ikke er en del av de folkevalgtes roller og oppgaver. Internkontrollen er en viktig del av egenkontrollen fordi den innebærer en kontinuerlig kontroll med administrasjonens virksomhet som kommer før kontrollutvalgets og revisjonens kontroll.

Det følger av kommuneloven § 23 nr. 2 at «[a]dministrasjonssjefen skal sørge for at administrasjonen drives i samsvar med lover, forskrifter og overordnede instruksjoner, og at den er gjenstand for betryggende kontroll». Bestemmelsen innebærer både et ansvar for å ha tilstrekkelig kontroll og et krav om prosess for å sikre kontroll, men den er ellers svært overordnet og stiller ikke krav om særskilte systemer eller aktiviteter som for eksempel risikovurderinger.

I særlovgivningen finnes det en rekke bestemmelser om internkontroll. Noen er internkontrollbestemmelser som gjelder for alle som driver en aktivitet eller tilbyr en tjeneste, for eksempel arbeidsmiljølovens bestemmelser innen helse, miljø og sikkerhet. Mange bestemmelser gjelder spesifikke kommunale oppgaver, se for eksempel helse- og omsorgstjenesteloven og opplæringsloven.

#### *NOU 2016: 4 Ny kommunelov*

Kommunelovutvalget foreslår å styrke kommunenes egenkontroll på flere måter.

Utvalget foreslår for det første å styrke den administrative delen av egenkontrollen ved å tydeliggjøre kommunedirektørens (administrasjonssjefens) ansvar for internkontrollen med virksomheten i kommunens administrasjon. Utvalget ønsker å gjøre internkontrollkravet i kommuneloven klarere og med større oppmerksomhet på konkrete risikovurderinger og tilpasninger. Internkontrollen skal spisses og forsterkes der det er størst behov i den enkelte kommune. Målet er en bedre internkontroll som avdekker og forebygger feil, og som bidrar til god læring og utvikling i kommunen. Internkontrollbestemmelsen tar inn i seg mye av det som i dag ligger i en rekke internkontrollbestemmelser i særlovgivningen, og vil dermed kunne erstatte disse.

Utvalget foreslår for det andre å styrke den folkevalgte egenkontrollen ved å innføre krav om rapportering om internkontroll og tilsyn til kommunestyret. Videre foreslår utvalget å tydeliggjøre og styrke de ulike kontrollaktørenes oppgaver. Dette omfatter blant annet at eierskapskontroll defineres som revisjon og skal utføres av revisor, og at revisjonsmandatet til regnskapsrevisor utvides ved at noe av det som i dag ligger under kontrollutvalgets bestilleransvar, overføres til regnskapsrevisor for fast kontroll.

Utvalget er opptatt av at egenkontrollen i tilstrekkelig grad også skal kunne omfatte kontroll med virksomhet som foregår i selskaper og andre organer utenfor kommunen. Utvalget foreslår derfor å utvide kontrollutvalgets og revisors innsynsrett i selskaper og organer utenfor kommunen som utfører tjenester for kommunen. Utvalget foreslår også å innføre krav om at kommunene skal utarbeide en eierskapsmelding som skal behandles i kommunestyret. Kommunene legger mye av sin aktivitet til selskaper som de selv eier, og utvalget er derfor

opptatt av at kommunene utøver aktiv eierskapspolitikk og god eierstyring overfor slike selskaper.

## 8.2 Statsforvaltningen

Organisering og styring av statsforvaltningen er en sentral del av forvaltningspolitikken. Rammene for denne politikken ble senest lagt frem i sin helhet for Stortinget i St.meld. nr. 19 (2008-2009) *Ei forvaltning for demokrati og fellesskap*. Meldingen slår blant annet fast at: «*Statsforvaltninga skal arbeide og vere organisert slik at ho legg grunnlaget for politisk styring og brei deltaking frå folk. Ho skal gjere det enkelt for folk, organisasjonar og næringsliv, og ho skal bruke ressursane på ein effektiv og miljømedviten måte. Det krev høg kompetanse og god leiing.*»

### Organisering av statlige virksomheter

Staten opererer med seks ulike tilknytningsformer. Tilknytningen et organ har til staten definerer hvilket ansvar og mulighet staten har for å styre organet.

Det er tre tilknytningsformer innenfor staten som juridisk person:

- ordinære forvaltningsorgan
- forvaltningsorgan med særskilte budsjettfullmakter
- forvaltningsbedrifter

*Ordinære forvaltningsorgan* er hovedformen innenfor staten. For de ordinære forvaltningsorganene gjelder statsbudsjettets fire hovedprinsipper slik det er definert i Stortingets bevilgningsreglement,<sup>386</sup> regelverket for økonomistyring i staten,<sup>387</sup> offentleglova<sup>388</sup> og forvaltningsloven.<sup>389</sup> Statsansatteloven<sup>390</sup> og tjenestetvistloven<sup>391</sup> gjelder for de ansatte. Ordinære forvaltningsorgan er bruttobudsjettert på statsbudsjettet, og rapporterer brutto utgifter og inntekter til statsregnskapet.

<sup>386</sup> [Stortingets bevilgningsreglement](#).

<sup>387</sup> [Statens økonomiregelverk](#).

<sup>388</sup> Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

<sup>389</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

<sup>390</sup> Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

<sup>391</sup> Lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven).

I enkelte tilfeller kan statlige virksomheter gis videre fullmakter, uten at de dermed tas ut av statsbudsjettet. Slike virksomheter betegnes som *forvaltningsorganer med særskilte fullmakter*. Den vanligste særskilte fullmakten er unntak fra bruttoprinsippet, det vil si at virksomheten bare mottar en nettobevilgning fra statskassen. Dette gir virksomheten økt handlefrihet, blant annet ved at ubrukt bevilgning kan overføres uavkortet til nytt år og større adgang til å skaffe og bruke egne inntekter.

*Forvaltningsbedriftene* er kjennetegnet ved at driftsbudsjettet er nettobudsjettert. Virksomhetene har derfor en friere stilling til å påvirke omfang av virksomheten og sammensetning av produksjonen i forhold til ordinære forvaltningsorgan. Forvaltningsbedriftenes investeringer bevilges med bruttobeløp i statsbudsjettet. Denne delen av aktiviteten er dermed mer bundet enn driften.

De statlige virksomhetene under departementene (forvaltningsorganene og forvaltningsbedriftene) har en stor bredde både i størrelse, organisering og oppgaver. For eksempel har Arbeids- og velferdsetaten rundt 13 500 årsverk, flere omfattende oppgaver og kontorsteder i alle landets kommuner. Landbruksdirektoratet har vel 200 årsverk og kontor i Oslo og Alta, og ulike direktoratsoppgaver, som forvaltning av tilskuddsordninger og lover, kontroll og kunnskapsforvaltning. Under 10 prosent av de statlige virksomhetene har mer enn 1000 årsverk. De fleste virksomhetene har færre enn 200 årsverk.<sup>392</sup>

De statlige virksomhetene kan bestå av et enkelt direktorat, et direktorat med et ytre apparat eller være andre typer forvaltningsorganer. Et direktorat er et landsdekkende myndighetsorgan underlagt et departement. Oppgaven er å avlaste departementene når det gjelder faglig arbeid og gjennomføring av tiltak. Direktoratet omfatter organer som har direktorat i navnet, statlige tilsyn, og enkelte organ med andre betegnelser, slik som for eksempel Kulturrådet. Andre forvaltningsorganer inkluderer:

- høyskoler, universiteter og forskningsinstitusjoner
- forvaltningsbedrifter som Statsbygg og Garantiinstituttet for eksportkreditt (GIEK)
- kollegiale organer, som styrer, råd og nemnder, der personer oppnevnes og ikke jobber full tid

<sup>392</sup> Se statlige virksomheter i statsregnskapet.no.

- fylkesmannsembetene (fylkesmennene) som er regjeringens representant i fylket, og blant annet formidler og samordner statlige styrings-signaler til kommunene

Staten har det fulle juridiske og økonomiske ansvaret for organisasjonsenhetene innenfor staten som rettssubjekt. Etter Grunnloven § 12 fordeler Kongen statens forretninger blant statsrådene og delegerer dermed instruksjonsmyndighet overfor underlagte statsinstitusjoner til departementene. Forvaltningsorganene er direkte underlagt departementenes organiserings- og styringsmyndighet og generelle instruksjonsmyndighet, med en rekke unntak. Statsråden er parlamentarisk og konstitusjonelt ansvarlig for alle sider ved virksomheten med mindre annet er fastlagt ved lov.

Mens forvaltningsorganer er en del av staten som juridisk person (rettssubjekt), er statlige selskaper selvstendige rettssubjekter, økonomisk og administrativt adskilt fra staten. Når staten velger å organisere sin virksomhet som selskap (selvstendig rettssubjekt), kan det skje etter ulike selskapsmodeller:

- statsaksjeselskaper, det vil si statlig heleide aksjeselskaper organisert etter aksjeloven<sup>393</sup> med de særbestemmelsene som loven setter for slike selskaper
- statsforetak, organisert etter statsforetaksloven<sup>394</sup>
- særlovsselskaper, som benyttes som betegnelse på selskaper som er regulert i egen lov, som også inneholder særskilte organisatoriske regler

### **Styring av statlige virksomheter**

Departementenes styring av underliggende virksomheter (etatsstyring) er regulert i statens økonomiregelverk<sup>395</sup> og i Stortingets budsjettreglement.<sup>396</sup> Stortingets vedtak og forutsetninger i statsbudsjettet setter rammer for departementenes organisering og styring av virksomhetene, sammen med lover og forskrifter som regulerer enkeltvirksomheter slik som for eksempel Statistisk sentralbyrå (SSB). Forvaltningsloven og offentleglova gjelder for departementene og de statlige virksomhetene. Innenfor disse rammene står regjeringen fritt til å organisere og styre virksomhetene.

<sup>393</sup> Lov 13. juni 1997 om aksjeselskaper (aksjeloven).

<sup>394</sup> Lov 30. august 1991 om statsforetak.

<sup>395</sup> [Statens økonomiregelverk](#).

<sup>396</sup> [Stortingets bevilgningsreglement](#).

Siktemålet med etatsstyringen<sup>397</sup> er at virksomheten:

- gjennomfører aktiviteter i tråd med Stortingets vedtak og forutsetninger og departementets fastsatte mål og prioriteringer
- bruker ressurser effektivt
- rapporterer relevant og pålitelig resultatinformasjon
- har forsvarlig intern kontroll
- utvikles og forbedres
- gir faglige råd og vurderinger som kan inngå i ansvarlig departements arbeid med politikkutforming

Departementet skal, i samråd med den underliggende virksomheten, fastsette styringsdialogens form og innhold, herunder definere styringsdokumenter, møtefrekvens og rapporteringskrav. Styringen skal gjøres innenfor vide rammer, tilpasset risiko, vesentlighet og virksomhetenes egenart. Gjennom årlige tildelingsbrev tildeler departementet budsjett og formidler mål og styringsparametere sammen med eventuelle konkrete oppdrag. Samfunnsoppdraget til virksomheten vil fremgå av styringsdokumentene. Virksomhetene rapporterer tilbake gjennom årsrapporter. Både tildelingsbrev og årsrapporter er offentlig tilgjengelig på departementenes nettsider.

Statseide selskaper styres gjennom generalforsamling og avtaler (eierstyring). Det er to grupper selskaper: selskaper staten eier som opererer som kommersielle aktører i et marked, og selskaper som er redskap for staten i sektorpolitikken. I siste gruppe er det vanlig at staten både opptrer som regulator (gjennom sektorregulering) og finansieringskilde (enten gjennom tilskudd, slik som til de regionale helseforetakene, eller kjøp av tjenester, slik som til NSB).

### **Kontrollordninger i staten**

Departementene har et overordnet kontrollansvar for sine underliggende virksomheter. Kontrollaspektet skal bidra til å gi statsråden trygghet for at underliggende virksomheter driver i henhold til lover og regler, og i tråd med gjeldende politiske signaler. Departementenes kontroll bygger på virksomhetens interne kontroll, slik den er regulert i statens økonomiregelverk.

God internkontroll i virksomheten understøtter styringen og bidrar til at virksomhetens mål og

<sup>397</sup> Finansdepartementet (2011): [Veileder i etatsstyring](#).

krav blir oppfylt. En velfungerende internkontroll gir rimelig sikkerhet for at virksomhetens drift er målrettet og effektiv, for at rapportering er pålitelig, og for at virksomheten overholder lover og regler. Det er virksomhetens ledelse som har ansvar for internkontroll og for å tilpasse denne til risiko, vesentlighet og egenart. Samtidig bidrar alle ledere og medarbeidere til internkontroll gjennom utførelsen av sine arbeidsoppgaver.

Direktoratet for økonomistyring (DFØ) har utgitt en veileder i internkontroll.<sup>398</sup> Den gir, gjennom en generell tilnærming, råd og støtte til hvordan virksomheten kan innrette seg etter økonomiregelverket i statens krav til internkontroll, og bygger samtidig på the Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commissions (COSO) tilnærming og definisjon av internkontroll.<sup>399</sup>

Finansdepartementet har fastsatt retningslinjer for internrevisjon i statlige virksomheter i rundskriv R-117. Alle virksomheter med samlede utgifter eller samlede inntekter over 300 millioner kroner skal vurdere om de bør bruke internrevisjon. I tillegg er det fastsatt krav til innretningen av internrevisjon i statlige virksomheter som velger å bruke internrevisjon. DFØ har utarbeidet veiledning om innretning av internrevisjon i statlige virksomheter.<sup>400</sup>

Riksrevisjonen er Stortingets revisjons- og kontrollorgan, og er uavhengig av forvaltningen. Riksrevisjonens overordnede oppgave er å føre kontroll med at statens midler brukes og forvaltes i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger og på en økonomisk forsvarlig måte ut fra normer og standarder for statlig økonomiforvaltning. Riksrevisjonens revisjonsaktiviteter omfatter regnskapsrevisjon, forvaltningsrevisjon og selskapskontroll. Nærmere bestemmelser om Riksrevisjonens oppgaver og organisering er gitt i lov og instruks om Riksrevisjonen av 7. mai 2004.<sup>401</sup> I Stortinget er det kontroll- og konstitusjonskomiteen som behandler alle saker fra Riksrevisjonen.

Målet med regnskapsrevisjonen er å bekrefte at regnskapene ikke inneholder vesentlige feil og

mangler, og at disposisjonene som ligger til grunn for regnskapet, er i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger. Regnskapsrevisjonen vurderer også om disposisjonene er i samsvar med gjeldende regelverk, og om disposisjonene er akseptable ut fra normer og standarder for statlig økonomiforvaltning. For at revisor skal kunne bekrefte at regnskapene ikke inneholder vesentlige feil og mangler, utføres en finansiell revisjon. Kontroll av om de disposisjoner som ligger til grunn for regnskapet er i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger og gjeldende regelverk, gjennomføres som etterlevelserevisjon. Resultatene av regnskapsrevisjonen rapporteres en gang i året for hvert departement i Dokument 1 og for hver virksomhet i form av en revisjonsberetning og eventuelt en etterlevelsereport.

Målet med forvaltningsrevisjonen er å etterprøve hvordan offentlige tiltak er satt i verk, og å se på hvilke virkninger tiltakene har hatt. Utgangspunktet for en forvaltningsrevisjon er Stortingets vedtak og forutsetninger. Det innebærer at Riksrevisjonen vurderer om forvaltningen har gjort det Stortinget har sagt de skal gjøre. Forvaltningsrevisjon skal på denne måten bidra til en bedre og mer effektiv forvaltning. Resultatene av forvaltningsrevisjonen rapporteres i Dokument 3-serien, som sendes Stortinget etter hvert som sakene er ferdig utredet.

Riksrevisjonen vurderer gjennom selskapskontrollen om statlige interesser i selskaper mv. blir forvaltet i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger.

### 8.3 Helseforetakene

Spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 sier at «*staten har det overordnede ansvar for at befolkningen gis nødvendig spesialisthelsetjeneste*».

Norge er delt inn i fire helseregioner, henholdsvis Helseregion Nord, Helseregion Midt-Norge, Helseregion Sør-Øst og Helseregion Vest. I hver helseregion er det opprettet et regionalt helseforetak eid av staten.

Statens overordnede ansvar innebærer at staten skal sette de regionale helseforetakene i stand til å oppfylle sine plikter til å sørge for spesialisthelsetjeneste til befolkningen innen sine helseregioner. Videre er staten ansvarlig for å fastsette de overordnede helsepolitiske målsettingene og for å gi

<sup>398</sup> Direktoratet for økonomistyring (2013): [Veileder i internkontroll](#).

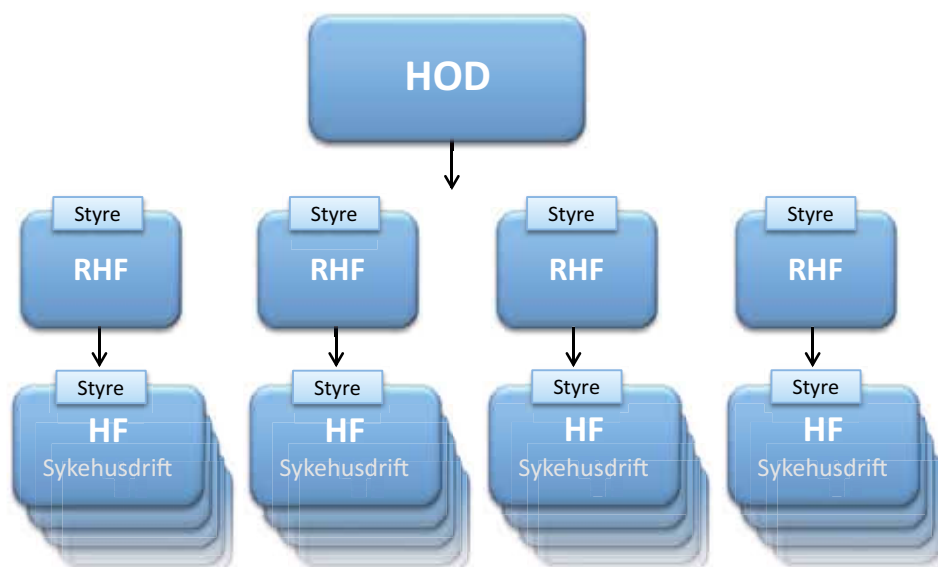
<sup>399</sup> The Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (COSO).

<sup>400</sup> Direktoratet for økonomistyring, [Internrevisjon i statlige virksomheter](#).

<sup>401</sup> Lov 7. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen og forskrift av 11. mars 2004 nr. 700, Instruks om Riksrevisjonens virksomhet.



Figur 8.2 Organiseringen av regionale helseforetak og helseforetak



Kilde: Helse- og omsorgsdepartementet

de regionale helseforetakene rammebetingelser som gjør det mulig for dem å oppfylle disse målsettingene. Stortinget bevilger inntektene til de regionale helseforetakene, og fastsetter dermed de økonomiske rammene.

Ifølge helseforetaksloven § 2 a har regionale helseforetak et overordnet ansvar for å iverksette den nasjonale helsepolitikken i helseregionen. Mer konkret har de ifølge spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a første ledd ansvaret for å sørge for at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste, slik at pasientenes rett til øyeblikkelig og nødvendig helsehjelp etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 b oppfylles. De regionale helseforetakene planlegger og styrer funksjonsfordeling, lokalisering, dimensjonering og investeringer for å ivareta et helhetlig regionalt tilbud. Dette omtales ofte som «sørge-for-ansvaret».

De regionale helseforetakene eier underliggende helseforetak og tilknyttede virksomheter. De offentlige sykehusene ble organisert som helseforetak gjennom den statlige overtakelsen i 2002. Helseforetakene er det utøvende leddet i spesialisthelsetjenesten og driver de offentlige sykehusene.

De regionale helseforetakene gjør spesialisthelsetjenester tilgjengelig gjennom egne helseforetak eller ved å kjøpe tjenester som blir en del av det offentlige tilbudet fra private tjenesteytere. Helseforetakene deltar ikke i anbudskonkurranser om å inngå leveringsavtaler med de regionale helseforetakene. Private aktører utgjorde i 2015 om lag 10 prosent av spesialisthelsetjenesten målt i driftskostnader.<sup>402</sup> Private kommersielle tilbydere leverer i all hovedsak kirurgi, radiologi og medisinske laboratorietjenester. Ideelle organisasjoner leverer i all hovedsak somatiske sykehustjenester, tverrfaglig spesialisert rusbehandling (TSB) og psykisk helsevern. De leverer også en stor andel av spesialisert rehabilitering.

Regionale helseforetak og helseforetak er selvstendige rettssubjekter med egne styre. Styrene i helseregionene er helse- og omsorgsministerens redskap for å gjennomføre Stortingets og regjeringens helsepolitikk. På samme måte er styrene i helseforetakene helseregionens redskap for å gjennomføre regionens ansvar for å sørge for spesialisthelsetjenester til befolkningen.

<sup>402</sup> Kilde: Statistisk sentralbyrå.

De regionale helseforetakene eier en rekke virksomheter, enten i felleskap eller alene, som gjør helseforetakene i stand til å levere spesialisthelsetjenester.<sup>403</sup> Det er ikke bare virksomheter som tilbyr spesialisthelsetjenester som benytter betegnelsen helseforetak. Fra 2012 ble det gjennom endringer i helseforetaksloven (Prop. 120 L (2011–2012) *Om endringer i helseforetaksloven mv.* og Innst. 62 L (2012-2013)) åpnet for at virksomhet som ikke er spesialisthelsetjeneste, men som er nødvendige og sentrale forutsetninger for utøvelse av spesialisthelsetjeneste, også kan organiseres som helseforetak. Dette gjelder typisk for nødvendige støttetjenester.

Foruten myndighetsstyring i form av lov og forskrifter styrer staten de regionale helseforetakenes virksomhet gjennom årlige oppdragsdokumenter

med vilkår knyttet til bevilgning av midler over statsbudsjettet og eierstyring gjennom oppnevning av styrer og vedtak i foretaksmøtene i regionale helseforetak. De regionale helseforetakene styrer helseforetakene gjennom vilkår til bevilgningene, oppnevning av styrer og vedtak i foretaksmøtet. Se utfyllende omtale av ansvarsforhold og styring i NOU 2016: 25 *Organisering og styring av spesialisthelsetjenesten*, punkt 4.5.

Departementet fører tilsyn med at virksomheten i regionale helseforetak drives i tråd med vilkår i oppdragsdokumentet og vedtak i foretaksmøter. Regionale helseforetak fører tilsvarende kontroll med helseforetakene, blant annet ved hjelp av en uavhengig internrevisjon. Riksrevisjonen fører kontroll med styringen og foretakenes virksomhet.

---

<sup>403</sup> Se oversikt over foretakene i NOU 2016: 25 *Organisering og styring av spesialisthelsetjenesten* — *Hvordan bør statens eierskap innrettes framover?*





# 9 Erfaringer og tilnærminger i andre land

Det følger av mandatet at arbeidsgruppen skal innhente informasjon fra OECD om organisasjonens arbeid med konkurransenøytralitet og regulering. Dette omtales i punkt 9.1. Videre skal arbeidsgruppen kartlegge regelverket for og erfaringene med de ulike tiltakene som er gjennomført i Sverige, Danmark og Finland i forbindelse med arbeid for å sikre like vilkår mellom offentlig og privat aktivitet i markedet. Dette omtales i punkt 9.3 nedenfor. Mandatet sier også at arbeidsgruppen skal innhente informasjon om hvordan de samme problemstillingene er løst i andre utvalgte EU-land. Dette gjøres i punkt 9.4. Endelig gis en kort omtale av reglene i Australia, som tidlig startet et arbeid med konkurransenøytralitet, i punkt 9.5.

Arbeidsgruppens kartlegging og gjennomgang av andre lands regler og erfaringer viser relativt store variasjoner mellom de ulike landene. Variasjonene knytter seg dels til ulik struktur på og omfang av det offentlige aktiviteter, og dels til ulik tilnærming til og bakgrunn for gjennomførte regelverksendringer. I Finland har man gått langt i å etablere en plikt til utskillelse av offentlig virksomhet som ikke er myndighetsutøvelse, og i Sverige er det relativt snever adgang for kommuner mv. til å drive næringsvirksomhet. Også motivet for de regelverksendringer som er gjennomført eller foreslått er varierende. I de fleste land arbeidsgruppen har sett på er enten reglene om det offentlige adgang til økonomisk virksomhet eller skattereglene endret som følge av at gjeldende regler ikke var i overensstemmelse med EUs regler om offentlig støtte. Mens i Danmark, hvor regjeringen nylig har fremsatt forslag som innskrenker det offentlige adgang til å utøve forretningsvirksomhet, synes motivet ikke å ha sammenheng med risiko for ulovlig offentlig støtte, men et ønske om sikre «fair og like konkurranse» mellom offentlige og private aktører.

*Arbeidsgruppens medlem Reegård* har en særmerknad i slutten av kapittelet.

## 9.1 OECDs arbeid med konkurransenøytralitet

OECD har hatt konkurransenøytralitet på dagsorden i mer enn ti år, med flere rapporter i perioden 2005-2012<sup>404</sup> og senest med en rundebordskonferanse i OECDs konkurransekomité i 2015.<sup>405</sup>

Det er flere grunner til at dette er en problemstilling som har stått høyt på OECDs agenda. OECD peker på at konkurransenøytralitet er viktig i seg selv av økonomiske og politiske grunner, men ikke minst fordi det bidrar til velfungerende konkurranse.

Ved å legge til rette for konkurransenøytralitet vil bedrifter som konkurrerer utnytte råvarer, kapital, arbeidskraft og transportsystemer effektivt. Når varer produseres til lavest mulige kostnad og med lavest mulig salgspris, brukes samfunnets ressurser effektivt. Resultatet er høyere økonomisk vekst og høyere velferd. Ved fravær av konkurransevidninger vil altså samfunnets ressurser brukes i den mest effektive anvendelse (allokeringsmessig effektivitet) og gi insentiver til å produsere mer effektivt (produksjonsmessig effektivitet). Når et offentlig foretak har en kunstig fordel i kraft av det offentlige eierskapet, vil ikke forbrukerne nødvendigvis stå overfor de reelle kostnadene ved sine valg.

Offentlig engasjement i markedet kan gjøre skillet mellom det offentlige som regelverksutvikler, det offentlige som tjenesteyter, og det offentlige som kunde mindre tydelig. Det kan for eksempel være slik at rammeverket er utformet for å gi offentlige foretak et konkurransemessig fortrinn.

Konkurransenøytralitet vil bidra til å motvirke uheldig sammenblanding av det offentlige roller.

<sup>404</sup> På bakgrunn i dette arbeidet utarbeidet OECD i 2012 et kompendium med anbefalinger og retningslinjer som kan bidra til å legge til rette for konkurransenøytralitet, se OECD (2012): [Competitive Neutrality. A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices](#). Dette kapittelet er basert på ulike skriftlige OECD kilder på temaet konkurransenøytralitet.

<sup>405</sup> OECD (2015): [Roundtable on Competition Neutrality](#) var bakgrunnsnotat for denne diskusjonen.

Konkurransopolitikk og konkurransenøytralitet er tett knyttet til hverandre. Konkurransenøytralitet er en forutsetning for velfungerende konkurranse, og bred og nøytral håndhevelse av konkurranseloven både for offentlige og private foretak spiller en helt sentral rolle i å sikre konkurranse på like vilkår.

OECD har utarbeidet prioriterte områder som organisasjonen mener bør adresseres for å oppnå konkurransenøytralitet mellom private og offentlige aktører (OECD, 2015):

- **Skattenøytralitet**  
OECD anbefaler at offentlig og privat forretningsvirksomhet behandles skattemessig likt.
- **Reguleringsnøytralitet**  
OECD anbefaler at regler fastsettes og håndheves likt for offentlige og private foretak.
- **Lånenøytralitet**  
OECD anbefaler at offentlige foretak underlegges vilkår som gjør at de må skaffe kapital på like vilkår som konkurrenter i privat sektor.
- **Markedsbaserte avkastningskrav**  
Offentlige aktører bør påse at de krever avkastning på sine investeringer i tråd med private investorers avkastningskrav. Svakere krav til avkastning enn det private aktører stiller, vil gi offentlige aktører en fordel i markedet.
- **Subsidiering bør forhindres**  
Offentlige aktører som opptrer i et marked skal hverken direkte eller indirekte subsidiere aktiviteten i markedet med midler fra den øvrige offentlige virksomheten.

Når det gjelder operasjonell organisering i regulerte markeder, anbefaler OECD strukturell adskillelse av kommersielle og ikke-kommersielle aktiviteter i den grad fordelene mer enn oppveier ulempene. Videre anbefales det at kommersielle enheter og, hvis praktisk mulig, ikke-kommersielle enheter som opererer på kommersiell basis i konkurranseutsatte, åpne markeder, i størst mulig grad omdannes til uavhengige selskaper for blant annet å gjøre dem mer åpne og transparente.

I den grad adskillelse ikke er mulig eller hensiktsmessig, peker OECD på at det er viktig å utvikle mekanismer for å identifisere og allokere kostnader. Identifisering av alle kostnader er viktig, blant annet fordi det kan være sider ved et offentlig foretaks kostnadsstruktur som innebærer både fordeler og ulemper. For eksempel kan personalkostnadene være høyere i et offentlig foretak, mens kapitalkostnadene kan være lavere. Med hensyn til kostnadsallokering blir dette i særlig grad et tema der kommersielle aktiviteter drives

innenfor en ikke-adskilt struktur, og der aktiva deles med andre virksomhetsområder. Kostnadsdeling kan innebære at kunstig lave kostnader allokteres til kommersielle aktiviteter, noe som kan gi mulighet til å prise mer aggressivt enn konkurrentene. OECD peker på at kostnadsidentifisering blir viktig for å adressere eventuelle ubalanser. Det blir også viktig for å skape transparens, slik at potensielle konkurrenter har tilstrekkelig informasjon til å vurdere om det er mulig å etablere seg i markedet. I de tilfeller der strukturell separasjon er gjennomført, blir det viktig å holde på en høy standard for ansvarlighet og transparens.

At offentlige foretak opererer med et markedsbasert avkastningskrav er viktig av flere grunner. Dersom de opererer med et avkastningskrav som er lavere enn markedsmessige avkastningskrav, kan private foretak utkonkurreres, ikke minst hvis det offentlige foretaket priser aggressivt. Å fastsette markedsbaserte avkastningskrav for hver separate kommersielle aktivitet er viktig for å unngå krysssubsidiering.

En offentlig tjenesteforpliktelse innebærer at en offentlig (eller privat) aktør pålegges å utføre visse oppgaver parallelt med at de opererer i et konkurranseeksponert miljø. For disse tilfellene peker OECD på betydningen av at slike forpliktelser er klart definert og at de blir levert i henhold til forhåndsdefinerte mål. Videre må det sikres at kompensasjonen for slike forpliktelser er rimelig, tilstrekkelig og transparent. Det bør også sikres at levert kvalitet er som avtalt. Både over- og underkompensasjon må unngås.

Skattenøytralitet er en annen faktor som er viktig for å skape nøytrale konkurransevilkår. Hvis offentlige foretak er fritatt for å betale bestemte skatter og avgifter vil dette innebære en form for subsidiering, som naturlig nok vil påvirke konkurranseforholdene. Den offentlige aktøren kan underby private fordi det samlede kostnadsnivået blir lavere ved en lavere skattebyrde eller totalt skattefritak. OECD peker imidlertid på at det også er viktig å unngå at det oppstår såkalt «perverse insentiver» ved lik skattemessig behandling av private og offentlige foretak, for eksempel ved at produksjonen skjer i egenregi for å unngå skattekostnader. OECD peker på ulike tiltak som alene eller i kombinasjon kan vurderes for å oppnå skattenøytralitet: 1) nøyte håndhevede prinsipper for ikke-diskriminering for offentlige eide foretak, 2) kompenserende betaling for virksomhet som ikke er skilt ut i eget selskap, samt 3) justere prisene

for offentlige tjenester for å reflektere økt skattekostnad.

Dersom offentlige og private foretak som konkurrerer i samme marked er underlagt ulike reguleringer, vil også dette kunne påvirke konkurransen. Reguleringsnøytralitet er et prinsipp som må tilstrebes både med hensyn til mer generelle reguleringer så vel som ved sektorspesifikke reguleringer.

I den grad et offentlig foretak har tilgang til lånekapital på vilkår som ikke er markedsbaserte, for eksempel dersom den offentlige eieren direkte eller indirekte kausjonerer for selskapet, vil også dette kunne vri konkurransen på en uheldig måte. OECD anbefaler i så måte at offentlige foretak pålegges vilkår, og at det utvikles mekanismer som sikrer gjeldsnøytralitet.

OECD peker videre på at det ved offentlige anbud må sikres at offentlige foretak så vel som private budgivere kan konkurrere, og vurderes, på like vilkår. OECD peker på at det er en fare for at offentlige foretak får en konkurransemessig fordel ved offentlige anbud, for eksempel i kraft av at de har tilgang til essensielle fasiliteter på andre vilkår enn private, eller at de har eksklusiv kunnskap om markedet ervervet i kraft av tidligere enerett. Begge deler kan effektivt avskrekke private aktører fra å delta i konkurransen. Videre er det viktig at offentlige innkjøp skjer på transparente og ikke-diskriminerende vilkår.

Samlet utgjør dette et sett med kriterier som kan brukes som en sjekklister for å vurdere måloppnåelse med hensyn til konkurransenøytralitet. Det kan imidlertid nevnes at OECD for øvrig peker på at det kan være behov for å fastsette en bagatellgrense for det laveste nivå på kommersiell aktivitet som omfattes av prinsippene.

## 9.2 Den norske kommunemodellen i et nordisk og europeisk perspektiv<sup>406</sup>

I Europa er forvaltningen, herunder lokalforvaltningen, organisert på en rekke ulike måter. Med utgangspunkt i lokalforvaltningen og bestemte kjennetegn, er det tradisjon for å dele de vesteuropeiske landene inn i ulike modeller. Inndelingen

i en nordisk modell, en mellomeuropeisk modell, en britisk modell og en napoleonsk/søreuropeisk modell er ofte brukt.

*Den nordiske modellen* omfatter Norge, Sverige, Danmark, Finland og Island. Modellen kjennetegnes av desentralisering i løsningen av de offentlige oppgavene og kommunenes fremtredende posisjon i samfunnet. Sammenlignet med andre europeiske land, har kommunesektoren i Norden større betydning for gjennomføringen av den offentlige politikken. Sentrale velferdsoppgaver er i disse landene i stor grad et kommunalt ansvar, særlig når det gjelder gjennomføring. Kommunene har vidtgående myndighet, og stor grad av lokalt selvstyre.

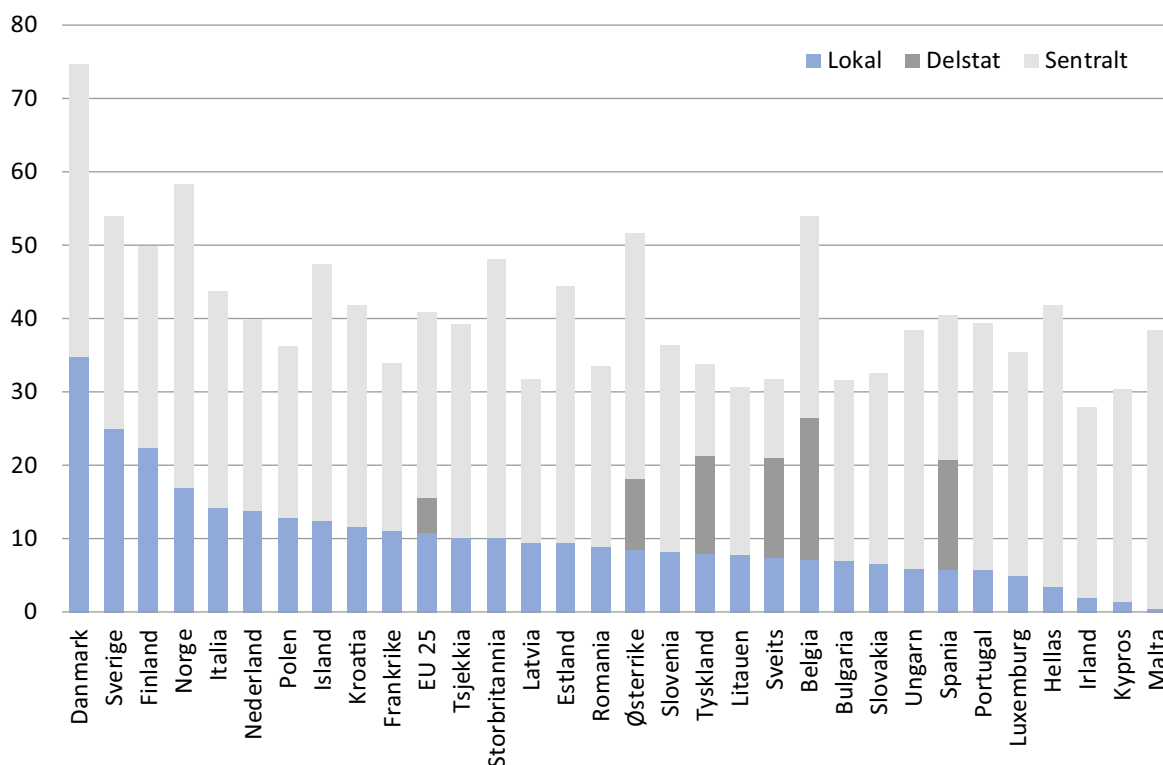
*Den mellomeuropeiske modellen* omfatter Tyskland, Østerrike og Sveits. Et kjennetegn for disse landene er at lokalforvaltningen inngår i en føderal struktur hvor statsmakten er delt mellom forbunds nivå og delstatsnivå. Det er delstatene som har ansvaret for lovgivningen overfor kommunene, og det er relativt stor variasjon mellom delstatene med hensyn til organiseringen av og oppgavene til kommunene. Den administrative inndelingen i de nevnte landene varierer også. Betydelige deler av velferdsoppgavene, som i Norden ivaretas av kommuner, er i Tyskland en del av et forsikringsbasert system. For eksempel er stort sett hele helsesektoren og mesteparten av sosialområdet plassert på siden av forvaltningsapparatet i forsikringsordninger.

*Den britiske modellen* omfatter Storbritannia og Irland. Kommunene i Storbritannia (men ikke i Irland) ivaretar viktige oppgaver på velferdsområdet, men løsningen av sentrale velferdsoppgaver, for eksempel på helseområdet og deler av sosialområdet, ligger utenfor deres ansvarsområde.

*Den napoleonske/søreuropeiske modellen* omfatter opprinnelig et stort antall stater i Vest- og Sør-Europa. Frankrike, Belgia, Nederland, Luxemburg, Spania, Portugal, Italia og Hellas har alle til felles at forvaltningsapparatet bærer preg av det såkalte prefektstyret, hvor en overordnet statlig embetsmann opptre som representant for statsmakten innenfor et område. Modellen er kjennetegnet av en sterk sentralmakt og detaljert styring av kommunene ved de statlige prefekter. I enkelte av de nevnte landene er det gjennomført reformer for å desentralisere forvaltningen. Land som Nederland og Belgia sies i dag å ligge tettere opp mot de nordiske og mellomeuropeiske modellene.

<sup>406</sup> Dette punktet bygger i hovedsak på Meld. St. 14 (2014–2015) *Kommunereformen – nye oppgaver til større kommuner*, punkt 3.2.

Figur 9.1 De ulike forvaltningsnivåenes utgifter i prosent av BNP i europeiske land. 2016.



Kilde: Eurostat ([Government revenue, expenditure and main aggregates](#))

Figur 9.1 viser offentlige forvaltningsutgifter målt som andel av landets BNP fordelt på de ulike forvaltningsnivåene.

## 9.3 Tiltak i nordiske land

### 9.3.1 Oppgaver for de nordiske landenes lokalforvaltning

*Norske kommuner* har en bred og omfattende portefølje med mange oppgaver på sentrale velferdsområder. Dette gjelder for eksempel barnehage, grunnskole, helsetjenester på primærhelsetjenestenivå, omsorgstjenester, barnevern, bibliotek, brannvern, havner, kommunale veier og renovasjon. I tillegg påtar kommunene seg frivillige oppgaver innenfor blant annet energiforsyning, næringsutvikling og idretts- og ungdomsarbeid. Fylkeskommunene har ansvaret for blant annet videregående skoler, kollektivtransport, offentlige tannhelsetjenester folkehelse, fagskoler og fylkesveier.

*Danske kommuner* håndterer blant annet barnehage, grunnskole, bibliotek, eldreomsorg,

arbeidsformidling, miljø, renovasjon, sosiale ytelser og rehabilitering samt veivesen. I tillegg kommer ikke-lovpålagte oppgaver som forsyningsvirksomhet og byutvikling. De danske regionene har ansvar for sykehusene, men ivaretar også regionale utviklingsoppgaver og driver institusjoner på sosial- og spesialundervisningsområdet. De videregående skolene ligger hos selveiende institusjoner.

I *Sverige* har kommunene ansvar for blant annet førskole, grunnskole og videregående opplæring, eldreomsorg og omsorg for funksjonshemmede, plan- og byggesaksbehandling, renovasjon, vann- og avløp, redningstjenester, bibliotek og boliger. Frivillige oppgaver kan typisk være kultur, energiforsyning, bygging av boliger og næringsutvikling. Landstingene (regionalt folkevalgt organ) har oppgaver hovedsakelig innenfor helse- og sykehusområdet, samt oppgaver innenfor kollektivtrafikken og tannlegetjenester for personer opptil 20 år.

*Finske kommuner* har ansvaret for en rekke velferdsoppgaver, herunder spesialisthelsetjenesten. Dette henger sammen med at Finland per i dag ikke har noe regionalt forvaltningsnivå. Den fin-

ske regjeringen har besluttet at det skal opprettes et slikt forvaltningsnivå, som skal få ansvaret for sosial- og helsetjenestene. Det regionale nivået får også oppgaver innenfor redning og beredskap, trafikk og infrastruktur. Endringene trer i kraft 1. januar 2019. Finske kommuner vil fortsatt ha ansvaret for blant annet barnehage, arealforvaltning, boliger, grunnskole, videregående opplæring, bibliotek, kulturhus, avfallshåndtering, vannforsyning og beredskapsoppgaver. Kommunene har frivillige oppgaver som for eksempel energiforsyning og næringsutvikling.

### 9.3.2 Nordiske kommuners kompetanse

Norske, danske, svenske og finske kommuner er alle selvstendige rettssubjekter. I et nordisk perspektiv er norske kommuner gjerne ansett for å være de kommunene med minst begrensninger på adgangen til å utføre frivillige, det vil si ikke-lovpålagte, oppgaver.<sup>407</sup>

Hovedregelen er at *norske kommuner* kan påta seg enhver oppgave som ikke er lagt eksklusivt til andre offentlige organer eller til private.<sup>408</sup> Sistnevnte begrensning gjelder også i de øvrige nordiske landene, men begrensningen tolkes likevel forskjellig.

Svensk rett krever at økonomiske bevilgninger *svenske kommuner* gjør, skal falle inn under den lokale interessen. All kommunal virksomhet i Sverige skal ha en form for allmenn interesse som har tilknytning til kommunen og dens innbyggere. Innenfor disse rammene kan svenske kommuner som et utgangspunkt utføre/påta seg nye oppgaver uten hjemmel i lov.<sup>409</sup>

I Danmark må kommuner ha hjemmel i skreven eller uskreven rett for å kunne ivareta en oppgave. Den ulovfestede initiativretten kjent som kommunalfullmakten gir *danske kommuner* en viss adgang til å påta seg nye oppgaver uten å ha hjemmel i skreven lov. Denne initiativretten er begrunnet i det kommunale selvstyret. Begrensninger i initiativretten følger blant annet av ulike prinsipper, som for eksempel at retten som hovedregel er begrenset til oppgaver som ivaretas innenfor kommunens geografiske grenser, at tiltak/oppgaver må tjene ivaretakelsen av lokalfellesskapets interesser og at

kommunen ikke går inn på oppgaveområder, som er lagt til for eksempel regionalt eller statlig nivå.

*Finske kommuner* kan initiere og utføre oppgaver som anses å falle innenfor kommunens kommunale selvstyre (kommunens alminnelige kompetanse). Den spesielle kompetansen omhandler oppgavene kommunen har etter lov. Kommunenes alminnelige kompetanse betraktes som en rimelig vid fullmakt til å utføre frivillige oppgaver, men den er ikke uten begrensninger. Det er den finske forvaltningsdomstolen, juridisk teori og reelle hensyn som påvirker retningen til den kommunale kompetansen.

### 9.3.3 Særlig om forholdet mellom den kommunale kompetansen og adgangen til å drive forretningsvirksomhet<sup>410</sup>

Hovedregelen er at danske, svenske og finske kommuner ikke kan drive virksomhet som har som formål å oppnå økonomisk vinning. I Norge er det ingen slik begrensning. Norske kommuner kan derfor drive aktivitet med formål om gevinst, som salg av varer og tjenester. Det er likevel flere unntak fra hovedregelen i de øvrige nordiske landene, så det er i praksis usikkert hvor store forskjellene mellom Norge og de øvrige landene i realiteten er. Ulikhetene i reguleringen av kommunene og offentlig sektor for øvrig, vil påvirke hvor stor overføringsverdi andre lands regler har.

I Danmark har kommunene etter særlovgivningen visse muligheter til å drive forretningsvirksomhet. I tillegg gir kommunalfullmakten kommunene en begrenset adgang til å drive forretningsvirksomhet, som blant annet er begrunnet i hensynet om å unngå sløsing. Med hjemmel i kommunalfullmakten kan kommunene, under visse forutsetninger, selge ubearbeidede biprodukter i en begrenset utstrekning, selge overskuddskapasitet fra kommunal produksjon og ivareta tilknyttede oppgaver, det vil si oppgaver som kommuner normalt ikke har lov til å ivareta, men som knytter seg naturlig og tett til ivaretakelsen av oppgaver som kommuner lovlig kan drive. Når kommunene driver forretningsvirksomhet vil det generelt være et krav om at det skjer på markedsmessige vilkår.

<sup>407</sup> Sletnes et. al., s. 118.

<sup>408</sup> Det er tradisjon for å si at norske kommuner har fire roller; tjenesteyter, demokratisk arena, myndighetsutøver og samfunnsutvikler, se nærmere Meld. St. 12 (2011–2012).

<sup>409</sup> Kommunallagen kapittel 2 § 1 og § 2.

<sup>410</sup> Begrepet forretningsvirksomhet er brukt av forfatterne om blant annet svenske kommuner og deres markedsaktiviteter. Det synes som ikke som om det er (fullstendig) sammenfall mellom dette begrepet slik det er brukt i rapporten og begrepet økonomisk aktivitet etter reglene om offentlig støtte.

Høsten 2013 endret Finland sin kommunelov slik at aktiviteter som skjer i markedet («*uppgift i ett konkurrensläge på marknaden*») som hovedregel skal legges til selvstendige rettssubjekter, som for eksempel aksjeselskaper.<sup>411</sup> Det er i loven positivt angitt hvilke aktiviteter som ikke anses å være *uppgift i ett konkurrensläge på marknaden*, herunder tjenester som utføres med hjemmel i lov.<sup>412</sup> Det er dessuten oppstilt noen unntak fra utskilningsplikten for aktiviteter som i utgangspunktet skjer i markedet.<sup>413</sup> For å unngå konkurransevridding er det stilt krav om at disse aktivitetene skal prises til markedspris.<sup>414</sup> Finske kommuner kan drive forretningsmessig virksomhet som har som formål å ivareta innbyggernes allmenne interesser, men dersom denne aktiviteten anses som *uppgift i ett konkurrensläge på marknaden* må aktiviteten som hovedregel skilles ut. Finsk rettspraksis har også slått fast at kommunene kan drive forretningsmessig virksomhet som har nær tilknytning til en oppgave kommunen har som følge av lov. Kommunene kan ikke drive forretningsvirksomhet på områder som etter lov faller innenfor bestemte aktørers virksomhetsområder.

I den svenske kommuneloven er det i kapittel 2 to bestemmelser som omhandler næringsvirksomhet.<sup>415</sup> Lovens § 7 sier at kommuner kan drive næringsvirksomhet hvis aktiviteten drives uten fortjeneste for øye og har som mål å støtte allmenntillegge anlegg («*anläggningar*») eller tjenester til kommuneinnbyggerne. Svensk rettspraksis har utvidet dette virkeområdet til også å gjelde noen tilfeller av tilknyttet aktivitet som har tilstrekkelig sammenheng med hovedvirksomheten, men som er av begrenset omfang, for eksempel salg av planteskolevekster fra en kommunal hage. Videre er det akseptert at kommuner i noen situasjoner kan tilby tjenester til innbyggere utenfor egen kommune (overskuddskapasitet). Det klassiske eksempelet i rettspraksis er et

<sup>411</sup> Den finske kommuneloven (Kommunallag), [kapittel 15](#).

<sup>412</sup> Paragraf 126.

<sup>413</sup> Paragraf 127.

<sup>414</sup> Paragraf 128.

<sup>415</sup> «*Kommunal näringsverksamhet 7 § Kommuner och landsting får driva näringsverksamhet, om den drivs utan vinstsyfte och syftar till att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna. 8 Stöd till andra näringsverksamheter 8 § Kommuner och landsting får genomföra åtgärder för att allmänt främja näringslivet i kommunen eller landstinget. Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas endast om det finns synnerliga skäl för det.*»

<sup>416</sup> Sverige har hatt en utredning om ny kommunelov (SOU 2015:24) på høring. Utredningen foreslår at den nye loven skal tre i kraft 1. januar 2018.

landstings salg av vaskeritjenester til næringslivet.<sup>417</sup> Her ble det uttalt at selv om salg av vaskeritjenester i markedet falt utenfor kommunenes kompetanse, ble dette likevel akseptert da det var snakk om tilfeldig overkapasitet i mindre omfang i en overgangsperiode. Det gjøres oppmerksom på at de to prinsippene om tilknyttet aktivitet og overskuddskompetanse er behandlet i relativt få rettssaker.

Den svenske kommuneloven § 8 sier at kommuner kan iverksette tiltak for alminnelig fremme av næringslivet i kommunen. Individuelt rettede støttetiltak kan bare gjennomføres dersom det er særlige grunner for det. Kommuner kan ta betalt for varer og tjenester de tilbyr, men prisen må ikke overstige kostnadene, det vil si at de ikke kan innregne profit.<sup>418</sup>

I 2010 fikk Sverige nye konkurranseregler rettet mot offentlige myndigheters økonomiske aktiviteter. Disse er omtalt nærmere under.

### 9.3.4 Sverige

#### 9.3.4.1 Konkurranseregler

For å løse de konkurranseutfordringer som oppstår når det offentlige konkurrerer med private foretak i markedet, ble den svenske konkurranse-loven endret i 2010. Lovendringen innførte et nytt kapittel 3 § 27 i loven som setter et forbud mot at staten, en kommune eller et fylke driver virksomhet av økonomisk eller kommersiell natur (offentlig salgsvirksomhet) på en slik måte at dette kan skape konkurransevridding, eller er egnet til å begrense utviklingen av effektiv konkurranse. Nærmere bestemt er det etter ordlyden i bestemmelsen forbudt å drive offentlig salgsvirksomhet dersom den:

«1. snedvrider, eller är ägnat att snedvrída, förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden, eller

2. hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens.»

Det fremgår av ordlyden at det første leddet er rettet mot *forutsetningene* for konkurranse, mens det andre punktet er rettet mot *utviklingen* av konkurranse i et gitt marked.

<sup>417</sup> RÅ 1993 ref. 12.

<sup>418</sup> Jf. Kommunallagen kapittel 2 §§ 5 og 6.



Forbudet gjelder ikke hvis virksomheten kan forsvares ut fra allmenne samfunnsinteresser, eller om den drives i henhold til lov, for eksempel kommuneloven. Hvis Konkursverket mener at lovens kapittel 3 § 27 er overtrådt, må saken prøves i Patent- og Marknadsdomstolen i første instans.

Et forbud gjelder fremtidig adferd eller aktivitet, det vil si at aktiviteten må opphøre og det må ikke initieres nye konkurransebegrensende tiltak. En overtredelse av et slikt forbud kan i henhold til konkurranseloven straffes med bøter.

Den svenske staten, kommuner eller fylker kan altså ikke selge varer eller tjenester på en måte som er egnet til å begrense konkurransen. Adferd som kan forbys er å:

- sette for lave priser, det vil si såkalt underprising
- behandle ulike foretak ulikt, uten saklig grunn
- nekte foretak adgang til essensielle fasiliteter, for eksempel infrastruktur, på rimelige vilkår<sup>419</sup>

Konkursverket kan gå til domstolen og kreve at en bestemt offentlig salgsvirksomhet forbys. Dette kan likevel bare kreves for kommunal virksomhet, ikke for statlig virksomhet.

Siden introduksjonen av den nye regelen i den svenske konkurranseloven har det svenske Konkursverket mottatt en økende mengde tips og klager på offentlige virksomheter som driver kommersielt. Av de 900 tipsene om brudd på konkurranseloven som Konkursverket mottok i 2010 og 2011, var om lag en fjerdedel av tipsene og klagen relatert til kapittel 3 § 27. Som en konsekvens satte Konkursverket i gang undersøkelser i et bredt spekter av saker og markeder.<sup>420</sup>

I en brosjyre kalt *”Vägledning – privata företag och offentliga aktörer i konkurrens – vad gäller?”* som Konkursverket utarbeidet for å belyse de nye reglene, anbefales det at statlige og kommunale beslutningstakere gjennomgår forvaltningens håndtering av virksomhet som driver med salg av varer eller tjenester. I brosjyren gis det noen konkrete tips:

- Alle offentlige aktører bør utforme en plan for hvordan de skal unngå å begrense konkurransen gjennom sine kommersielle aktiviteter.
- Alle offentlige aktører bør gjennomgå sine virksomheter med jevne mellomrom siden virksomheten og forutsetninger endres kontinuerlig. Alle offentlige aktører bør også gjennomføre en særskilt kontroll når de starter nye eller ekspanderer eksisterende virksomheter.
- Kommuner og fylker bør påse at deres kommersielle virksomheter opererer i samsvar med loven.
- Stat, kommuner og fylker bør gjennomgå hvordan de selv agerer innenfor sine virksomheter som selger varer og tjenester.

En av de mest umiddelbare effektene av de nye konkurransereglene var nettopp at flere offentlige virksomheter gjorde opp status over hvilke deler av deres virksomhet som konkurrerte med private virksomheter, og eliminerte eksisterende og potensielle konkurranseproblemer på eget initiativ.

I en evaluering som Konkursverket utarbeidet for den svenske regjeringen var konklusjonen at nettopp selvidentifisering og selvkorleksjon hadde vært en viktig og effektiv måte å eliminere mange av de identifiserte konkurranseproblemene på. Flere offentlige virksomheter stoppet kommersiell virksomhet som kunne skape konkurranseproblemer, eller tilpasset måten den var organisert på, slik at den var i samsvar med de nye reglene. Andre saker har blitt avsluttet gjennom frivillige tiltak i de virksomheter som var i Konkursverkets søkelys.

I et høringsnotat fra 2016 med vurdering av reglene om konkurransebegrensende offentlig salgsvirksomhet peker Konkursverket på at i ca. 20 av de sakene Konkursverket har vurdert, har den offentlige aktøren frivillig endret virksomhet eller handlemåte.<sup>421</sup>

Det er dermed relativt få saker som har gått videre til rettsapparatet. I disse tilfellene har det altså ikke vært mulig å avgjøre saken gjennom frivillige tiltak.

<sup>419</sup> Det svenske Konkursverket har utarbeidet en [veiledning](#) som blant annet inneholder eksempler på hva som kan innebære brudd på regelverket.

<sup>420</sup> Se [A Vision for Competition – Competition Policy towards 2020, Rapport 1/2013](#) fra de Nordiske konkurransetilsyn, 2013.

<sup>421</sup> Konkursverket (2106). «Utvärdering av reglerna om konkurransebegrensande offentlig säljarverksamhet», PM 2016-07-11. Utkast för konsultation.



Tabell 9.1 Oversikt over saker det svenske Konkurrentverket har brakt inn for retten

Sak	Medhold i retten for Konkurrentverket
Borås kommun mark- og anleggningsentreprenader	Nei
Skelleftebuss Aktiebolag	Ja
Räddningstjänsten Dala Mitt	Ja
Strömstads Badanstalt	Nei
Mälarnergi Stadsnät	Delvis
Växjö kommun – Fjärrvärme	Nei, Konkurrentverket trakk saken

Kilde: Det svenske konkurrentverket.

tak. En oversikt over sakene, samt status på rettsprosessen<sup>422</sup> er gjengitt i tabell 9.1.

I tillegg har Konkurrentverket en sak som nå er til behandling i domstolen. Den gjelder Hässleholms kommun, som har avslått å gi gravetillatelse til en konkurrerende fiberleverandør for å beskytte sin egen fibervirksomhet.

Noen av de mest interessante sakene som er avgjort vil omtales i noe mer bredde under.

*Borås kommunes Servicekontor*, solgte i tillegg til leveranser til kommunen selv, grunnarbeids- og anleggsentrepriser til andre kommuner og private kunder. Konkurrentverket argumenterte med at servicekontoret drev under helt andre forutsetninger enn konkurrerende private aktører. Blant annet ble servicekontoret drevet på grunnlag av skattepenger, de kunne ikke gå konkurs, og var ikke utsatt for sesongsvingninger slik som de konkurrerende private aktørene. Siden virksomheten heller ikke ble drevet i henhold til lov, ønsket Konkurrentverket derfor å forby Borås kommunes servicekontor å selge land- og anleggsentrepriser til andre enn kommunen selv.

Konkurrentverket fikk medhold i Stockholms tingsrett, som konkluderte med at Servicekontorets virksomhet:

«...avseende mark- og anleggningsentreprenader till externa aktörer fick anses vara ägnad att snedvrida och hämma konkurrensen på marknaden. Den skulle därmed, eftersom den heller inte var förenlig med lag, förbjudas.»

<sup>422</sup> Se nettsidene til det svenske konkurransetilsynet (Konkurrentverket) på [www.kkv.se](http://www.kkv.se).

I neste rettsinstans konstaterte Markedsdomstolen at vurderingen av offentlig salgsvirksomhet må ta utgangspunkt i virksomhetens langsiktige virkninger på forutsetningene for effektiv konkurranse på de relevante markedene. Spørsmålet var altså om den aktuelle virksomheten førte til at konkurransetrykket på markedet økte, eller var egnet til å øke, eller om det minsket, eller var egnet til å minske.

Markedsdomstolen konkluderte for det første med at Servicekontorets virksomhet var en salgsvirksomhet i konkurranselovens forstand. For det andre ble virksomheten ikke drevet i henhold til lov. Videre ble det slått fast at det var Konkurrentverket som hadde bevisbyrden for at forutsetningene for et forbud var til stede.

Det er noen sentrale deler av Markedsdomstolens dom det er verdt å merke seg. Konkurrentverket fikk ikke medhold i at det relevante produktmarked var bygg- og anleggsentrepriser med en kontraktsverdi på under SEK 10 millioner. Derimot fikk kommunen medhold i at det relevante produktmarked var bygg- og anleggsentrepriser med en kontraktsverdi på både over og under SEK 10 millioner. Hva gjelder den geografiske markedsavgrensingen fikk Konkurrentverket ikke medhold i at denne var begrenset til Borås og åtte nærliggende kommuner. Markedsdomstolen ga kommunen medhold i at den geografiske markedsavgrensingen måtte være det område rundt Borås som kunne nås med en times kjøring med bil, hvilket medførte at det geografiske markedet omfattet 23 kommuner.

Med dette som utgangspunkt ble Servicekontorets markedsandel beregnet til å være 0,15 prosent, det vil si forholdet mellom Servicekontorets eksterne fakturering på ca. SEK 12 millioner, og en total omsetning i det relevante markedet på om lag SEK

8 milliarder. Markedsdomstolens konklusjon var således at med en så liten markedsandel, var ikke Servicekontorets virksomhet egnet til å hemme konkurransen selv om de måtte ha noen konkurransefordeler i kraft av det offentlige eierskapet.

*Strømstads Badanstalt.* Virksomheten ble drevet av kommunen i konkurranse med private aktører. Kommunen hadde stått for investeringene og støttet for øvrig virksomheten gjennom lav leie. Badanstaltets spa- og treningssentervirksomhet var samlokalisert med et svømmebasseng, slik at spa- og treningssenterkunder kunne benytte dette. Videre kunne ansatte jobbe både i tilknytning til svømmebasseng og spa- og treningssenterdelen. Konkurrentene argumenterte i Stockholms tingsrett for at virksomheten skulle forbys å drive; a) treningsvirksomhet slik som gruppetrening med instruktør og tilgang til treningsapparater og b) spavirksomhet på dagbasis (dag-spa), samt c) salgsvirksomhet knyttet til a) og b).

I Stockholms tingsrett fikk ikke Konkurrentene medhold. I tillegg ble Strømstads Badanstalt tilkjent erstatning for rettsomkostninger.

Markedsdomstolen konstaterte i sin dom at Badanstalten var en offentlig aktør, at treningssenter- og spavirksomheten var av kommersiell natur, og som sådan salgsvirksomhet omfattet av lovens § 27. Virksomheten var ikke omfattet av den kommunale kompetansen.

Markedsdomstolen viste videre til at det lå i sakens natur at et kommunalt foretak som Badanstalten drev under andre forutsetninger enn private; det var jo nettopp dette som var grunnlag for den aktuelle lovbestemmelsen. Videre var det et sentralt poeng at en offentlig aktør som Badanstalten var bundet av selvkostprinsippet, og for øvrig kunne ha visse fordeler sammenlignet med private, herunder finansielle.

På samme måte som i saken over, var Markedsdomstolen klar på at spørsmålet var hvordan konkurransestrykket ble påvirket i det relevante markedet, og at Konkurrentene hadde bevisbyrden for at konkurransen ble påvirket negativt.

Når det gjelder Badanstaltens treningssenterdel konkluderte Markedsdomstolen med at det relevante produktmarkedet var treningssentervirksomhet, og at det geografiske markedet var Strømstad kommune. I dette markedet konkurrerte Badanstalten med to andre aktører. Mar-

keddomstolen erkjente at det generelt kunne være utfordrende å starte treningssentervirksomhet i en kommune der det allerede finnes et kommunalt tilbud, men dette syntes ikke å være tilfelle i Strømstad kommune. I den sammenheng ble det vist til at kommunen dagen etter tingsrettens dom hadde fått to forespørsler fra private aktører om å etablere treningssenter- så vel som spavirksomhet.

Videre noterte Markedsdomstolen seg at forutsetningene for saken hadde endret seg etter at Konkurrentene hadde startet å arbeide med saken: Prisen for å trene på Badanstaltens treningssenter hadde blitt økt, og foretaket hadde ikke fått noe bidrag fra kommunen til treningssentervirksomheten. I tillegg ble det klarlagt at praksis med hensyn til å begrense personalets mulighet til kun benytte et såkalt «friskvårdsbidrag» på det kommunale anlegget var endret. Personalet kunne nå bruke dette tilskuddet til å trene også andre steder.

Markedsdomstolen var enig i Konkurrentenes markedsavgrensning for treningssentervirksomheten, noe som innebar at Badanstalten ble ansett for å ha en markedsandel på 60 prosent. Konkurrentene tapte likevel saken ettersom Markedsdomstolen konkluderte med at Konkurrentene ikke hadde lyktes i å bevise at effekten til Badanstaltens treningssentervirksomhet var tilstrekkelig til å konkludere med at konkurransen ble vridd eller hemmet.

Med hensyn til spavirksomheten fant Markedsdomstolen at dette produktmarkedet kunne deles i to: dag-spa og spavirksomhet som også innbefatter overnatting. Manglende utredning av i hvilken grad disse to produktene ble betraktet som substitutter av kundene skapte usikkerhet, og påvirket muligheten til å bestemme det geografiske markedet. Når det gjelder dag-spa konkluderte domstolen med at dette geografisk kunne avgrenses basert på en reisetid på en time, noe som innebar at også sørlige deler av Norge ble omfattet. På hvilken måte dette påvirket markedet hadde Konkurrentene imidlertid ikke analysert.

Markedsdomstolen konkluderte således med at svakheter ved markedsavgrensningen innebar et manglet grunnlag for med tilstrekkelig sikkerhet å kunne konkludere med Badanstaltens spavirksomhet hadde noen påvirkning, eller var egnet til å påvirke konkurransen.

En sak der Konkurrentene fikk medhold, var *Skelleftebuss AB*. Dette er et kommunalt foretak

som opererte både innenfor kollektivtransport og bestillingstransport av busstjenester. Konkurrentverket mente at det kommunale foretaket Skelleftebuss AB opererte på en slik måte at det hindret andre foretak i å etablere seg og å ta markedsandeler i bestillingsmarkedet. Konkurrentverket fikk medhold i dette i Stockhoms tingsrätt, og dommen ble ikke anket.

Partene var enige om at det relevante markedet i dette tilfellet var bestillingsmarkedet for buss som i hovedsak omfattet Skellefteå kommune. Derimot var partene ikke enige om Skelleftebuss' virksomhet i bestillingsmarkedet var konkurransebegrensende på en slik måte at konkurransen i markedet ble, eller var egnet til å bli, hemmet, og i hvilken grad bestillingstrafikken ble drevet i overensstemmelse med kommunalrettslige regler.

Tingsrätten konkluderte med at Skelleftebuss' bestillingstrafikk ble drevet utenfor den kommunale kompetansen. Videre ble det pekt på at konsernbidraget over tid hadde innebåret et betydelig bidrag til, og sikkerhet for, foretakets virksomhet, selv om det ikke innebar likviditet i særlig omfang. Som offentlig eid aktør kunne Skelleftebuss drive sin virksomhet uten vesentlig risiko for selskapets eksistens. Kreditten innebar at foretaket fikk tilgang til kapital uten å måtte underlegges kredittvurdering på samme måte som private foretak, noe som forsterket bildet av at Skelleftebuss hadde økonomiske og finansielle fordeler i egenskap av det offentlige eierskapet. Tingsrätten konkluderte med at disse fordelene i det minste var egnet til å påvirke konkurransen negativt.

Hva gjelder det relevante markedet hadde Skelleftebuss en markedsandel opp mot 50 prosent. I kommunen var det kun en annen konkurrent av betydning. Dette ble sammenholdt med andre kommuner av om lag samme størrelse, og det viste seg at disse hadde mange flere konkurrerende selskaper. Ett eksempel var Umeå, som hadde 7-8 busselskaper i bestillingsmarkedet.

Tingsrätten konkluderte således med at Skelleftebuss sin sterke markedsposisjon i det relevante markedet hang sammen med det offentlige eierskapet, og at virksomheten i bestillingsmarkedet var av en slik karakter at den hemmet konkurransen på en måte som var i strid med kapittel 3 § 27 i konkurranseloven.

### Oppsummering

Som det fremgår av oversikten over, har utfallet av de ulike sakene som har vært prøvd i rettssystemet vært varierende. Konkurrentverket har utarbeidet en evaluering av erfaringene med håndhevelsen av kapittel 3 § 27 i konkurranseloven så langt. Noen hovedpoeng fra denne evalueringen er følgende:

For det første er dette et relativt nytt regelverk. Det innebærer at det har vært lite rettspraksis å legge til grunn i håndhevelsen av regelverket. Usikkerhet om hva slags type praksis lovgiver har ønsket å stoppe med lovparagrafen, hvordan virkningen skal vises i det enkelte tilfelle, samt hvordan domstolen vil vurdere saken, har skapt usikkerhet i saksbehandlingen.

Det som særlig har vist seg å være utfordrende, har vært rettens krav om å påvise en *konkurransebegrensende virkning* av den offentlige salgsvirksomheten. Domstolen har vært klar på at markedet må avgrenses, og har lagt seg på et høyt beviskrav med hensyn på å påvise en uheldig konkurransebegrensende virkning. Retten synes således å ha fokusert på annet ledd i kapittel 3 § 27, som fokuserer på utviklingen av konkurransen i markedet – til tross for at første ledd i lovparagrafen retter seg mot *forutsetningene* for konkurranse.

Det er også klart at det har vært utfordrende at bevisbyrden har ligget på Konkurrentverket, i den forstand at det her vært vanskelig å skaffe uavhengig datagrunnlag for å gjennomføre markedsavgrensingen og underbygge skadehypotesen. I flere tilfeller har det vært motparten som har fremskaffet datagrunnlaget. Videre har små foretak vært redde for å formidle informasjon til kommunens ulempe, siden dette kunne skade dem i neste omgang. Ikke minst har det også vært utfordrende å få ut informasjon fra den kommunale virksomheten, siden salgsvirksomheten ikke har vært regnskapsmessig skilt fra øvrig virksomhet.

På grunnlag av evalueringen har Konkurrentverket satt opp noen anbefalinger for sin egen håndhevelsespraksis. Det viktigste kriteriet for å prioritere en utredning om konkurransebegrensende offentlig virksomhet er at det finnes indikasjoner på at konkurransen faktisk hemmes eller vrís. Det legges også stor vekt på markedsavgrensingen. Videre må saker der den offentlige salgsvirksomheten har en lav markedsandel legges bort dersom det ikke finnes tydelige konkurransebegrensende effekter. Saker der bevisene for konkurransebegrensende virkning er svake, samt saker der

grunnlaget for saken med tiden er endret, for eksempel ved at aktørenes adferd er endret, anbefales det også at legges bort. Endelig pekes det på at kilder for Konkurrentvernets sak må ha samme krav på kildevern som i andre konkurransesaker.

Konkurrentverket har også noen anbefalinger som retter seg mot rammeverket for håndhevelse av regelverket. Dette gjelder først og fremst behovet for å ha et regnskapsmessig skille mellom den offentlige salgsvirksomheten og øvrig virksomhet, og at regnskapsføringen må preges av åpenhet og transparens. Det angis flere grunner til dette:

1. Offentlig salgsvirksomhet innebærer at det tas økonomisk risiko med offentlige midler. Regnskapsmessig skille legger grunnlag for at kommunens innbyggere og foretak kan følge med på kommunens risikoeksponering.
2. Ved mangel på regnskapsmessig skille er det en fare for at sammenblanding av myndighetsutøvelse og konkurranseeksponert salgsvirksomhet kan føre til priser som krysssubsidieres med offentlige midler.
3. I kommunens arbeid for god økonomisk styring er regnskapsmessig skille et viktig analyse- og styringsverktøy for en skape en økonomi i balanse.
4. Regnskapsmessig skille gir de private foretakene en mulighet til å vurdere om den kommunale salgsvirksomheten drives på konkurransenøytralt grunnlag når de analyserer sine forutsetninger for å konkurrere og fatte strategiske beslutninger.
5. Med regnskapsmessig skille får Konkurrentverket og domstolene grunnlag for en mer effektiv håndhevelse av regelverket.

#### 9.3.4.2 Skatteregler

I Sverige er staten, kommunene og landsting unntatt fra skatteplikt. Kommuner betaler på samme måte som andre arbeidsgiveravgift for sine ansatte, og statlig og kommunal eiendomsskatt som andre som eier eiendom. Selskap som eies av offentlige aktører er skattepliktige på lik linje med selskap som eies av private aktører.

Skattefritaket må sees i sammenheng med den svenske konkurranseloven kapittel 3 § 27. Med enkelte unntak uttrykker denne lovbestemmelsen et forbud mot at staten, en kommune eller et fylke driver virksomhet av økonomisk eller kommersiell natur (offentlig salgsvirksomhet) på en slik måte at dette virer eller kan skape konkurransevridninger, eller er egnet til å begrense utviklingen av effektiv konkurranse, jf. fremstillingen ovenfor. Generelt

sett må det antas at regulatoriske hindre for utøvelse av økonomisk aktivitet reduserer behovet for skatteplikt på de subjekter som er underlagt aktivitetssinnskrenkningen.

### 9.3.5 Danmark<sup>423</sup>

#### 9.3.5.1 Konkurrentseregler

I Danmark fastsetter den danske konkurranseloven et sett med prinsipper med sikte på å unngå at det forekommer konkurransevridninger som følge av offentlig støtte også i de tilfeller der det ikke foreligger samhandlingspåvirkning. De aktuelle lovparagrafene om konkurransevridende støtte finnes i kapittel 3 a<sup>424</sup> i den danske konkurranseloven. De viktigste delene i § 11a er gjengitt under:

«§ 11 a. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.

Stk. 2. Påbud efter stk. 1 kan udstedes, når støtten

1) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvråde konkurrencen og

2) ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering.

...»

I tillegg til konkurranselovens bestemmelser, reguleres statlige institusjoners adgang til, og prissetting av, inntektsgivende virksomhet av ulike lover og retningslinjer, for eksempel gjennom Finansministeriets «Budgetvejledning». Kommunenes inntektsvirksomhet er regulert både i lov og i den såkalte «kommunalfullmakten» samt i en ikke-bindende veiledning om kostnadsberegning i kommunenes budsjett- og regnskapssystem. I henhold til kommunalfullmakten er det for eksempel et krav om at når en kommune selger overskuddskapasitet skal det skje til markedspris.

I tillegg til konkurranseloven og EUs støtteregler er det mer spesifikke regler som skal sørge for at

<sup>423</sup> Kilde for dette avsnittet er i stor grad utredningen «Offentlige aktiviteter på kommersielle markeder», fra Konkurrenterådet, utgitt av Konkurrent- og Forbrugerstyrelsen i 2016.

<sup>424</sup> Se konkurranseceloven, [kapittel 3a](#).

Tabell 9.2 Saker om konkurransevidende offentlig støtte i Danmark

Sak	Påbud om opphør av støtte	Lovlig iht. annen regulering
Herning kommunes støtte til Herning Centralbibliotek (2001)	Nei	Nei
Offentlig støtte til Skolen for Luftfartsutdanning (2003)	Nei	Ja
Aalborg kommunes støtte til den kommunale hjemmepleie (2003)	Ja	Nei
Morsø kommunes støtte til praktisk hjelp (2006)	Ja	Nei
Nabokommuners støtte til Frederikssund Brand- og Redningsberedskab (2011)	Nei	Ja

Kilde: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (2016)

statlige og kommunale aktører ikke vrir konkurransen, der de statlige reglene er mer konkrete enn de kommunale.

Når Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen mottar en klage om konkurransevidende offentlig støtte, skal styrelsen i henhold til konkurranseloven først foreta en vurdering av om støtten er konkurransevidende.

I Konkurrencerådets rapport om «*Offentlige aktiviteter på kommersielle markeder*» fra 2016 pekes det på at det er flere utfordringer ved å ha flere komplekse regelsett både på nasjonalt og på EU-nivå. For det første blir de juridiske rammene mindre gjennomsiktlige. Videre pekes det på at arbeidsdelingen mellom styrelsen og relevant tilsynsmyndighet er uhensiktsmessig, da den fører til risiko for dobbel saksbehandling, og at det er en utfordring at flere forskjellige myndigheter håndhever regler som til en viss grad regulerer de samme forhold. Dette gjelder mellom ulike nasjonale myndigheter, men også mellom nasjonale myndigheter og EU-kommisjonen. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan kun utstede påbud om opphør eller kreve tilbakebetaling av konkurransevidende offentlig støtte.

Hvis støtten har hjemmel i annen lov, kan styrelsen imidlertid ikke utstede påbud om opphør eller tilbakebetaling, selv om støtten kan være konkurransevidende. Legalitetskontrollen, vurderingen av om støtten har hjemmel i annen lov, foretas av relevant tilsynsmyndighet, som kan la styrelsens vurdering inngå i legalitetsvurderingen, men den har ingen plikt til dette.

At flere forskjellige myndigheter håndhever regler som til en viss grad regulerer samme forhold innebærer usikkerhet med hensyn til hvem en klage skal rettes til.

Formålet med § 11 a i den danske konkurranseloven er blant annet å sikre at konkurransen mellom offentlig og privat kommersiell virksomhet skjer på like konkurransevilkår. Siden innføring av loven 1. oktober 2000 er det, ifølge Konkurrencerådets rapport, truffet avgjørelse i 12 saker om konkurransevidende offentlig støtte. Fem av disse sakene var relatert til støtte gitt til offentlig kommersiell virksomhet, mens de resterende syv vedrørte støtte til private. En oversikt over de sakene som var knyttet til offentlig kommersiell virksomhet er gitt i tabell 9.2.

I alle disse sakene ble det fastslått at støtten var konkurransevidende, og at det var snakk om indirekte støtte som innebar kryssubsidiering. I to av sakene hadde imidlertid ikke Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kompetanse til å gripe inn fordi støtten var lovlig i henhold til annen regulering. I en av sakene unnlot styrelsen å gripe inn fordi det ikke fantes alternative private tilbydere, og det således var en risiko for at et forbud ville innebære at tilbudet opphørte. I de to sakene der styrelsen grep inn, var problemstillingen mangelfull kostnadsallokering, noe som innebar at kommunen hadde gjort seg skyldig i ulovlig kryssubsidiering. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen påbød at kommunene skulle øke prisen for å bringe saken til en avslutning.

Av Konkurrencerådets rapport fremgår det at Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil avvise klagesaker om konkurransevidende offentlig støtte der det basert på en første vurdering kan påvises at støtten; 1) ikke er konkurransevidende, 2) er lovlig i henhold til annen lov, og 3) kan påvirke samhandelen i EU. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen vil heller ikke gå videre med en sak i de tilfeller der det vurderes at effekten ved å gripe inn ikke står i forhold til ressursbruken.

Samlet sett ser det ut til at det har vært relativt få saker om konkurransevridende offentlig støtte til offentlig kommersiell virksomhet etter at lovbestemmelsen ble innført i 2000. I Konkurrencerådets rapport pekes det således på at § 11a i praksis kun i begrenset grad har bidratt til å sikre at offentlig kommersiell virksomhet ikke gir opphav til konkurransevridninger på grunn av offentlig støtte. Det pekes på flere årsaker til dette. For det første mottas relativt få klager. Dette kan tyde på at problemet ikke er så stort for private foretak som helhet. En annen faktor kan være at styrelsen ikke har kompetanse til å behandle saker der støtten er lovlig i henhold til annen offentlig regulering. Endelig kan en medvirkende faktor være knyttet til styrelsens prioriteringsprinsipper, der saker med liten samfunnsøkonomisk betydning ikke vil prioriteres dersom de også vil innebære ressursbruk av betydning.

#### *Forslag fra den danske regjeringen om nye tiltak for likere konkurransevilkår*

Den danske regjeringen har i en pressemelding 7. september 2017<sup>425</sup> omtalt forslag til tiltak der siktemålet er å sikre «fair og like konkurranse» mellom offentlige og private aktører. Bakgrunnen er at næringslivet har påpekt at det kan skape konkurransevridninger når offentlige institusjoner beveger seg langt utover sine kjerneoppgaver og utfører oppgaver som private virksomheter også utfører. Det kan blant annet skyldes at det offentlige har fordelene av å ikke kunne gå konkurs og at det offentlige ikke alltid er underlagt inntjeningskrav. Derfor er det en risiko for at offentlige institusjoner prissetter produkter for billig, noe som i verste fall kan bety at private virksomheter blir utkonkurrert av det offentlige på grunn av ulike vilkår.

Forslaget fra den danske regjeringen inneholder tre overordnede temaer med en rekke initiativer som skal sikre likere konkurranse. For det første skal det etableres klarere regler og innføres begrensninger av offentlige «erhvervsaktiviteter». Kommunalfullmakten om næringsvirksomhet skal lovfestes og strammes inn. Dessuten vil den danske regjeringen begrense adgangen til næringsvirksomhet som følger av annen lovgiving, for eksempel finansloven og bibliotekloven. For det andre vil den danske regjeringen med bakgrunn i anbefalinger fra OECD sikre at priser fra offentlige aktører ikke er konkurransevridende. For det tredje skal det innføres bedre klagemuligheter

og styrket håndhevelse av reglene om offentlig «erhvervsvirksomhet». Ifølge forslaget skal det etableres en ny klagemyndighet, som på bakgrunn av klager skal ta stilling til om næringsvirksomhet i stat, regioner og kommuner er lovlig, og om prissettingen er riktig.

#### *9.3.5.2 Skatteregler*

Utgangspunktet i dansk skattelovgivning er at staten og dens institusjoner, regioner og kommuner samt regionale og kommunale virksomheter og institusjoner er fritatt fra skatteplikt. Skattefritaket gjelder også hvis staten eller kommunene deltar i enheter som er transparente for skatteformål, eksempelvis interessentselskaper.

Det er gjort unntak fra dette ved at kommuner er gjort skattepliktige for virksomhet i form av produksjon, handel eller levering av elektrisitet. Kommuner er også skattepliktige for virksomhet i form av vannforsyning og håndtering av avfallsvann.

Offentlig virksomhet kan skilles ut til aksjeselskap eller selvstendig offentlig virksomhet. I aksjeselskaper med statlig eierandel er det tillatt at en del av aksjekapitalen er eid av eksterne investorer. En selvstendig offentlig virksomhet skal være 100 prosent eid av staten.

En selvstendig offentlig virksomhet er en juridisk person som ivaretar en bestemt del av den statlige forvaltning, og som har selvstendige inntekter og formue og fungerer utenfor bevilgningssystemet.

Offentlig virksomhet som er skilt ut i form av en selvstendig offentlig virksomhet anses som en del av staten, og er dermed som utgangspunkt fritatt fra skatteplikt. I en rekke tilfeller er det imidlertid særskilt angitt at en selvstendig offentlig virksomhet ikke er fritatt fra skatteplikt. Dette gjelder for eksempel DSB, Energinet, Naviair og Danpilot.

Offentlig virksomhet utskilt i aksjeselskapsform anses ikke som en del av staten. Dette innebærer at slike selskaper vil være underlagt alminnelige skatteregler, på lik linje med privateide aksjeselskaper.

### **9.3.6 Finland**

#### *9.3.6.1 Konkurranseregler*

Den finske konkurranseloven fikk i 2013 et lovtillegg (Kapittel 4 a, §§ 30 a, 30 d) med sikte på å

<sup>425</sup> [Pressemeldelse 7. september 2017](#) fra Erhvervsministeriet.



sikre konkurransenøytralitet mellom offentlige og private foretak.<sup>426</sup>

De aktuelle lovparagrafene pålegger det finske Konkurs- og konsumentverket (KKV) å eliminere en praksis eller organisatorisk struktur som er konkurransevridende. Lovtillegget er inspirert av svenske erfaringer. Målsettingen er den samme, men tilnærmingen er litt forskjellig.<sup>427</sup>

Nærmere bestemt sier § 30 a i den finske konkurranseloven at dersom en kommune, en samkommune<sup>428</sup> eller staten sin økonomiske virksomhet, eller en enhet som de har bestemmende innflytelse over, har en slik praksis eller organisatorisk struktur at den:

«1) snedrunder eller kan bidra til å snedrunder forutsetningene for en sund og fungerende konkurranse på marknaden,

2) hindrer eller kan bidra til å hindre at en sund og fungerende økonomisk konkurranse oppstår eller utvecklas, eller

3) står i strid med kravet på marknadsmässig prissättning i 66 a § i kommunallagen (365/1995) ...»,

så skal KKV i første omgang forsøke å endre praksis eller organisatorisk struktur gjennom forhandlinger. Dersom forhandlinger ikke fører frem, skal KKV forby den aktuelle praksisen eller den organisatoriske strukturen, eventuelt stille krav som bringer aktiviteten i samsvar med prinsippet om konkurransenøytralitet (§ 30 c). KKV kan altså gripe inn mot en offentlig virksomhet hvis den har en forretningspraksis eller en organisatorisk struktur som er egnet til å hindre eller vri konkurransen.

Det er videre verdt å merke seg at de samme lovbestemmelsene om opplysningsplikt som gjelder for private foretak også gjelder for offentlige foretak når KKV håndhever de aktuelle lovbestemmelsene om konkurransenøytralitet (§ 30 d).

På samme måte som i Sverige, gjelder ikke lovbestemmelsen i § 30 a dersom praksis eller organisatorisk struktur følger av lovgivning, eller dersom

anvendelsen av lovparagrafen vil begrense mulighetene til å ivareta viktige samfunnsoppdrag, for eksempel innbyggernes velferd eller sikkerhet (§ 30b).

I Finland har kommunene en plikt til å skille ut økonomisk aktivitet i et konkurranseeksponert marked i et selvstendig selskap («bolagiserings-skyldighet»), jf. kommuneloven § 126. Denne utskillingplikten er gitt en nærmere omtale nedenfor under punkt 9.3.6.3.

Det er riktignok unntak fra denne plikten som fremgår av kommunelovens § 127, for eksempel dersom virksomheten er ubetydelig, eller hvis tjenesten uttrykkelig produseres i henhold til lov.<sup>429</sup> Imidlertid sier § 128 i den finske kommuneloven at i disse unntakstilfellene skal en kommune som driver virksomhet som er utsatt for konkurranse, «*tillämpa en marknadsmässig prissättning av verksamheten*».

Alle kan påklage brudd på § 30 a. Det finske Konkurs- og konsumentverket kan også selv initiere en sak mot en offentlig myndighet i tilfeller der de mener det foreligger et brudd på lovparagrafen.

KKV vurderer en gitt sak basert på en avveining mellom effekt og ressursforbruk. I de saker som prioriteres, vil KKV innlede forhandlinger med vedkommende myndighet. Som grunnlag for forhandlinger vil KKV utarbeide forslag til endringer som kommunen må iverksette for at virksomheten kan drives på en konkurransenøytral måte.

Tillegget trådte i kraft i begynnelsen av september 2013. Det finske Konkurs- og konsumentverket iverksatte i første omgang en «road trip» til finske kommuner for å informere om de nye reglene.

Den første saken der regelverket kom til anvendelse var knyttet til avfallsmarkedet. Pirkanmaan Jätehuolto Oy er et kommunalt eid foretak som i utgangspunktet var under etterforskning av KKV for misbruk av dominerende stilling. Selskapet krevde ulik prosesseringsavgift for avfall levert fra offentlige og private aktører. Da lovtillegget om konkurransenøytralitet ble innført i 2013 kunne KKV i stedet for å kjøre en sak om misbruk av dominerende stilling, bruke § 30 a i den finske konkurranseloven som tilnærming til å løse problemet. KKV pekte på at foretakets prisingspraksis

<sup>426</sup> Loven er [gjengitt på svensk](#) på Finlex' nettsider.

<sup>427</sup> Se det finske konkurranse- og forbrukerverkets (KKV) nettsider om [temaet konkurransenøytralitet](#).

<sup>428</sup> En samarbeidsform mellom kommuner.

<sup>429</sup> For lovteksten, se [kommunallagen av 10.4.2015/410](#).

var et konkurransenøytralitetsproblem gjennom å begrense private aktørers mulighet til å konkurrere om bedriftskunder i avfallsmarkedet. Etter KKV's intervensjon, endret Pirkanmaan Jätehuolto sin prisstruktur.

KKV har utarbeidet retningslinjer datert 5. mai 2017<sup>430</sup> for markedsmessig prising med praktiske eksempler. Formålet med retningslinjene er å beskrive KKV's overvåking av prissetting av økonomisk aktivitet i praksis, samt å hjelpe offentlige virksomheter til selv å kunne bedømme om egen økonomisk aktivitet utøves innenfor konkurransenøytrale rammer. Markedsmessig prissetting innebærer at prisene skal tilsvare det prisnivået en tilsvarende privat aktør ville hatt. Retningslinjene viser blant annet til at det i praksis må etableres separate regnskaper for den økonomiske aktiviteten og for øvrig offentlig virksomhet for å kunne sikre dette.

I vurderingen av om prisingen er markedsmessig gransker KKV som regel følgende delområder:

1. Den økonomiske virksomhetens avkastning og kostnader
  - a. den økonomiske virksomhetens direkte kostnader og andelen av den offentlige aktørens indirekte kostnader, kapitalkostnader og øvrige kalkulatoriske poster som allokeres til den økonomiske virksomheten
  - b. allokering av den offentlige aktørens kostnader mellom økonomisk og annen virksomhet, og særskilt fordelingsnøkler
  - c. den økonomiske virksomhetens kostnadsdekning
  - d. eventuell støtte og/eller kostnadsfordeler den offentlige aktøren har fått
  - e. ved behov også prissetting per aktivitet og kostnadsdekning
2. Avkastning på kapital bundet til den økonomiske virksomheten
  - a. rimelig avkastningskrav
  - b. realisert avkastning
  - c. realisert avkastning vurdert opp mot avkastningskravet i henhold til punkt a

Økonomisk virksomhet som utføres av en offentlig sammenslutning skal dekke alle kostnader som forårsakes av den økonomiske virksomheten og ikke bare de kostnadene som forårsakes av selve produksjonen.

I vurdering av avkastningskrav tar KKV utgangspunkt i obligasjonslån med lav risiko, for eksempel renten på finske statsobligasjoner med 10 års løpetid, tillagt en risikopremie. Størrelsen på risikopremien får en ved å vurdere risikonivået i det aktuelle markedet. Det er etablert tre risikoklasser (lav, mellomhøy og høy) med tilhørende passende risikopremier. Risikopremien i de ulike risikoklassene kan beregnes på bakgrunn av kapitalverdimodellen og gjennomsnittlig vektete avkastningskrav (WACC). Retningslinjene viser til at dette kan være en forenkling sammenlignet med individuelle avkastningskrav, og den ser bort fra forskjeller i kapitalstruktur. KKV legger likevel til grunn at metoden er tilstrekkelig for å avdekke om det er sannsynlig at negative markedskonsekvenser av ulikheter i avkastningskrav kan oppstå.

#### 9.3.6.2 Skatteregler

Stat, kommune og trossamfunn er skattepliktige for skatt på virksomhetsinntekt og inntekt fra fast eiendom som er benyttet til annet enn offentlig eller ikke-kommersielt formål. Inntekter fra passive kapitalplasseringer vil normalt ikke være skattepliktige ettersom de ikke anses som virksomhetsinntekt. Leieinntekt fra fast eiendom kan likevel være skattepliktig dersom de øvrige vilkårene for skatteplikt er til stede.

Ettersom verken staten, kommuner eller trossamfunn betaler skatt til seg selv eller til staten, er skattesatsen lavere for disse enn for andre aktører. I 2017 var skattesatsen for staten, kommuner og trossamfunn 6,07 prosent. Kommuner er ikke skattepliktige for inntekt som stammer fra virksomhet som utøves i hjemkommunen eller for fast eiendom innenfor kommunegrensen.

Dersom en offentlig aktør, som staten eller en kommune, eier et datterselskap som utøver økonomisk aktivitet, vil datterselskapet være skattepliktig på lik linje med andre aktører som utfører økonomisk aktivitet. Den alminnelige skattesatsen på 20 prosent kommer til anvendelse.

I 2007 konkluderte EU-kommisjonen med at det er i strid med reglene om offentlig støtte at et Finnish State utility (statlig affärsverk) er fritatt fra skatteplikt. Etter dette har EU-kommisjonen også lagt til grunn at skattefordeler for kommunale virksomheter (kommunala affärsverk) strider mot støtteregulverket.

<sup>430</sup> [KKV:s riktlinjer för marknadsmässig prissättning – praktiska bedömningsprinciper.](#)



### 9.3.6.3 Utskillingsplikt for kommunal markedsvirksomhet

I 2013 ble det vedtatt og innført en såkalt «*bolagiseringsskyldighet*» for kommunal markedsvirksomhet i den finske kommuneloven (kommunallagen). Finland fikk ny kommunelov i 2015, og bestemmelsen om bolagiseringsskyldighet ble i all hovedsak videreført som vedtatt i 2013.<sup>431</sup> Den aktuelle lovbestemmelsen<sup>432</sup> angir at når kommunene «[...] *sköter uppgifter [...] i ett konkurrensläge på marknaden[...]*», må denne aktiviteten skilles ut i et aksjeselskap, samvirkeforetak, forening eller stiftelse. Endringen innebærer blant annet at finske kommuner må skille ut energiverk og havner.<sup>433</sup>

Det følger av forarbeidene<sup>434</sup> at endringene hovedsakelig knytter seg til å fjerne ulike støtteformer som etter EU-kommisjonens synspunkt stred mot EUs regler om offentlig støtte. Det er pekt på at finske regler kunne medføre manglende konkurransenøytralitet ettersom finske kommuner ikke kunne gå konkurs (indirekte statsgaranti) og hadde skattefordeler.<sup>435</sup>

I forarbeidene fremkommer blant annet følgende om bakgrunnen for lovforslaget;

« I denna proposition föreslås det att kommunallagen ändras. De föreslagna ändringarna har huvudsakligen samband med undanröjande av stödformer som enligt Europeiska kommissionen strider mot EU:s regler om statligt stöd.»

Kommisjonens forslag til endringer er i forarbeidene beskrevet slik;

a) kommunala affärsverk, som fullgör en uppgift på en konkurrensutsatt marknad, bör inte längre beviljas obegränsad garanti och skatteförmåner, utan de ska verka på samma villkor som privata aktörer; detta kan uppnås genom att affärsverken ombildas till sedvanliga företag samt

b) den privilegierade ställningen med såväl garantier enligt lag som skatteförmåner kan bibehållas endast i fråga om sådana enheter

som utgör en del av kommunens interna funktioner och inte bedriver ekonomisk verksamhet.»

Den aktuelle lovbestemmelsen om utskillingsplikt angir ikke nærmere hva som anses som «*verksamhet i ett konkurrensläge*», men det er foretatt flere presiseringer knyttet til hvilke typer aktiviteter som ikke er å anse som «*verksamhet som bedrivs i en konkurrenssituation på marknaden*». Formålet er å tydeliggjøre grensen mellom «*bolagiseringsskyldigheten*» på den ene siden og kommunens ansvar for oppgaver i henhold til særlovgivningen og det lovfestede samarbeidet på den andre siden. Aktiviteter som ikke er å anse som «*verksamhet i ett konkurrensläge på marknaden*», og som således ikke skal skilles ut er:<sup>436</sup>

1) Tjenester som kommunen på grunnlag av lov utfører for sine egne innbyggere eller andre som kommunen ifølge lov skal yte tjenester til.

Av forarbeidene<sup>437</sup> følger det at det ikke holder at tjenesten er lovpålagt, men at det også kreves at kommunen bare produserer tjenestene for dem som kommunen i henhold til loven er pålagt å utføre tjenestene for. Spørsmålet er om det med dette menes at den enkelte kommune ikke kan (må leses ut av konteksten at det er et forbud) utføre/selge helsetjenester til andre enn innbyggerne (og eventuelle andre de er lovpålagt å utføre tjenestene for). Samtidig står det litt lenger ned på samme side at:

«I princip begränsar lagstiftningen kommunernas ansvar för att ordna service till kommuninvånarna, men i vissa fall ska kommunerna producera tjänster också för andra. Exempelvis är kommunen skyldig att i brådskande fall tillhandahålla hälso- och sjukvård oavsett patientens hemkommun. I ett sådant fall bedriver kommunen inte verksamheten på marknaden och är därmed inte skyldig att enligt lag bolagisera den. Om kommunen i övrigt producerar tjänster för t.ex. grannkommunens invånare eller andra kommuner, kan det vara fråga om verksamhet på marknaden, om verksamheten inte ligger utanför det lagstadgade samarbetet

<sup>431</sup> [Kommunallagen av 10.4.2015/410](#).

<sup>432</sup> I gammel kommunelov 2 a § og ny kommunelov 126 §.

<sup>433</sup> Jf. forarbeidene, [RP 32/2013 rd](#), punkt 4.1 s. 23.

<sup>434</sup> [RP 32/2013 rd](#).

<sup>435</sup> [RP 32/2013 rd](#) s. 4.

<sup>436</sup> Se 126 § i [ny kommunelov](#); og forslag til 2 a § i [gammel kommunelov](#).

<sup>437</sup> [RP 32/2013 rd](#) s. 34.

eller den lagstadgade konkurrensupphandlingen.»

Her legges det altså til grunn at dersom kommunen yter helsetjenester til andre enn egne innbyggere (og eventuelle andre den er lovpålagt å utføre tjenestene for), vil utskillingsplikten kunne inntre fordi det da kan bli spørsmål om kommunen anses for å drive «*verksamhet på marknaden*».

Eksempler det vises til under dette punktet er helsetjenester (sykepleie og helsevern) og sosialomsorgstjenester, og det uttales at kommunene har plikt til å sørge for at slike tjenester tilbys samt finansiere dem. Kommunene kan, på samme måte som i Norge, etter finske regler velge å produsere tjenestene selv, i samarbeid med andre kommuner, eller kjøpe tjenestene fra private. Videre kommer følgende presisering som er av interesse: «*Något konkurrensläge föreligger inte enbart till följd av att kommunen producerar tjänster som också privata aktörer producerar eller kan producera.*» Det ser dermed ut som finnene har sett behov for å presisere dette eksplisitt i forarbeidene.

Det er ikke vist til andre mulige lovpålagte tjenester utover helse- og omsorgstjenester, men lovbestemmelsen er generell, så det må antas at alle lovpålagte tjenester faller inn under dette dersom forutsetningene i forarbeidene slår til.

2) Når oppgaven inngår eller utføres i et interkommunalt samarbeid på grunnlag av en lovbestemt samarbeidsforpliktelse, og det samtidig er produksjon av tjenester for (samarbeids)områdets egne innbyggere eller andre som kommunene etter lov skal produsere tjenester for.

Dette gjelder altså bare der hvor kommunen har en lovbestemt plikt til å etablere samarbeid, jf. ordlyden «*lagstadgad samarbetsförpliktelse*». Eksempler som nevnes her er «*specialiserad sjukvård och vården av utvecklingsstörda [omsorg for psykisk utvicklingshemmede]*».<sup>438</sup>

3) Når en oppgave utføres i samarbeid etter kommuneloven og det er snakk om virksomhet som drives i såkalt tilknyttede enheter/foretak, det vil si egne rettssubjekter som kommunen alene eller sammen med andre

kontrollerer som sin egen virksomhet, og når denne enheten har hoveddelen av sin virksomhet rettet mot kommunen.

4) I tilfeller der kommunen driver undervisningstjenester som krever tillatelse ved lov, virksomhetstillatelse eller tillatelse til å drive utdanningsinstitusjon, utfører andre oppgaver som er spesifisert i tillatelsen eller produserer tjenester i form av elev- og studentarbeid som er en del av denne undervisningen.

5) Dersom virksomheten baserer seg på et lovbestemt monopol, er et naturlig monopol eller kommunen leverer tjenester i direkte tilknytning til dette.

Det følger av forarbeidene<sup>439</sup> at når det ikke finnes et konkurransemarked (jf. de ovennevnte situasjonene), vil ikke konkurransenøytraliteten settes på spill. Med «*naturligt monopol*» menes en situasjon hvor det bare er én produsent i bransjen, hvis posisjon ikke er basert på enerett i henhold til lov eller med støtte i lov. Ved et naturlig monopol gjelder det generelt at de faste kostnadene knyttet til produksjonen er høye mens de variable kostnadene er relativt lave.

6) Når kommunen kjøper, selger eller leier ut fast eiendom, og dette gjelder områdeplanlegging (bosted, kollektiv, næringsliv) som kommunen har hovedansvar for etter lov.

Det fremheves at kommunen driver virksomhet i «*konkurranzläge på marknaden*» om den deltar i en anbudsprosedyre (med enkelte unntak).<sup>440</sup>

Det er også gjort unntak i kommunaloven fra bolagiseringsplikten.<sup>441</sup> Dette gjelder kommunal virksomhet som i utgangspunktet består i virksomhet i et «*konkurranzläge på marknaden*», men som likevel unntas fra bolagiseringsplikten på grunn av virksomhetens natur. Det er understreket i forarbeidene<sup>442</sup> at for å unngå at slik aktivitet ikke vrir konkurransen, er det lovregulert<sup>443</sup> at kommunens tjenester i slike tilfeller prises i henhold til markedsmessig prisfastsettelse.

<sup>439</sup> RP 32/2013 rd s. 35.

<sup>440</sup> Se 126 § tredje ledd i [ny kommunelov](#).

<sup>441</sup> Se 127 § i [ny kommunelov](#) og forslag til 2 b § i [gammel kommunelov](#).

<sup>442</sup> RP 32/2013 rd s. 40.

<sup>443</sup> Se 128 § i [ny kommunelov](#); og forslag til 66 a § i gammel kommunelov samt [RP 32/2013 rd](#) s. 37.

<sup>438</sup> RP 32/2013 rd s. 34 og 35.

Unntaket gjelder:<sup>444</sup>

- 1) Når virksomheten anses å være «ubetydelig».

Hva som regnes som ubetydelig er nærmere presisert i lovforarbeidene<sup>445</sup>, men vurderingen er ikke knyttet opp mot en viss prosentandel av omsetningen. Det er omtalt som tilfeller hvor kommunens markedsnærvær er sporadisk. Det følger av dette at kommunen kan tilby overkapasitet på markedet uten å skille ut aktiviteten så lenge den aktuelle aktiviteten ikke er permanent eller dekker et permanent behov. For eksempel følger det at unntaket ikke gjelder dersom aktiviteten bygger på langvarige avtaler om omsetning av varer og tjenester. Videre følger det at aktiviteten kan anses som ubetydelig dersom den ikke har noen effekt på markedet eller aktiviteten er veldig liten. Endelig er det presisert at unntaket skal underlegges en streng fortolkning og med vekt på potensielle konkurransevirkninger, det vil si betydningen for etableringen av private aktører i den aktuelle bransjen.

- 2) Der særlov fastsetter at kommunen kan produsere tjenester for andre aktører, eller delta i en annen kommunens anbudskonkurranse, og når tilsvarende service ikke er tilgjengelig på markedet.

- 3) Salg av støttetjenester til «dottersammenslutninger» som inngår i kommunesubjektet («kommunkonsernen»).

- 4) Salg av tjenester til såkalte «anknutna enheter» eller «anknutna företag».

«Anknutna enheter» er separate juridiske enheter som kommunen alene og/eller sammen med andre kontrollerer på samme måte som egen virksomhet, og denne enheten samtidig driver hoveddelen av sin virksomhet sammen med eller rettet mot den anskaffende enheten (kommunen).<sup>446</sup> Denne begrensningen innebærer at det ikke er snakk om virksomhet som opererer i en konkurransesituasjon i et marked.

- 5) Utleie av lokaler til bruk i kommunens virksomhet, til «dottersamfund» som inngår i «kommunkonsernen», eller til bruk i tjenes-

teproduksjon som kommunen har satt ut på anbud.

- 6) Enkelte økonomiske tjenester til egne ansatte i kommunen eller de underliggende enheter som inngår i kommunekonsernet, som for eksempel kantine og tjenestebolig.

- 7) Virksomhet som direkte knytter seg til plikten til å forberede seg for unntakssituasjoner ifølge beredskapsplan som er utarbeidet i henhold til beredskapsloven.

Det følger også av loven at bestemmelsene over om tjenester skal gjelde tilsvarende for salg av varer.<sup>447</sup>

## 9.4 EU-land utenfor Norden

Det følger av mandatet at arbeidsgruppen skal innhente informasjon om hvordan problemstillingene gruppen arbeider med har vært løst i utvalgte EU-land. På denne bakgrunn har gruppen valgt å se nærmere på situasjonen i Nederland, Tyskland og Frankrike.

### 9.4.1 Nederland<sup>448</sup>

På 1980-tallet stod nederlandske myndigheter overfor økende budsjettunderskudd, noe som blant annet medførte kutt i kommunenes budsjetter. Som et tiltak for å kompensere for reduserte inntekter fra sentralt hold etablerte mange kommuner kommersiell virksomhet på områder der det allerede var, eller i prinsippet kunne være, et privat tilbud. Eksempler på områder der det ble etablert kommunale foretak var innen brannvernsopplæring og lokal passasjertransport. En studie gjennomført av nederlandske konkurransemyndigheter (Authority for Consumers and Markets – ACM) viste at 83 prosent av alle lokale myndigheter var engasjert i slik kommersiell virksomhet. I denne prosessen vokste det frem en økende konklusjon av at disse offentlige foretakene kunne ha urimelige konkurransefortrinn i forhold til private foretak, og at eksisterende sektorreguleringer så vel som EUs regler om offentlig støtte kun i begrenset grad var egnet til å håndtere de utfordringene som dette kunne innebære. Nederland-

<sup>444</sup> Se note 72.

<sup>445</sup> RP 32/2013 rd s. 37 og 38.

<sup>446</sup> RP 32/2013 rd s. 39.

<sup>447</sup> Se 127 siste ledd § i [ny kommunelov](#) og forslag til 2 b siste ledd § i [gammel kommunelov](#).

<sup>448</sup> Dette avsnittet er basert på OECD (2015), *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement – note by the Netherlands*.

ske myndigheter kom således til den konklusjon at et eget rettslig rammeverk var nødvendig for å hindre urimelige konkurransevilkår når offentlige foretak konkurrerte med private.

I 2012 ble loven *Government and Free Markets* innført som et supplement til den nederlandske konkurranseloven. Loven inneholder klare regler for offentlige foretaks adferd i markeder, og omfatter offentlige enheter som er engasjert i økonomisk virksomhet selv, eller offentlige foretak der foretakets markedsadferd bestemmes av en offentlig enhet (hvor «*the government competes with undertakings*»).<sup>449</sup> Loven er dermed et supplement til eksisterende generelle eller sektorspesifikke konkurranseregler, der grunnprinsippet er at offentlige enheter ikke skal hindres i å engasjere seg i kommersiell virksomhet, men heller ikke skal ha urimelige konkurransefortrinn. Loven håndheves av det nederlandske konkurransetilsynet, og gir ACM et rettslig grunnlag for å gripe inn i den grad så er tilfelle.

Mer konkret inneholder loven regler for finansiering av økonomisk aktivitet, deling av informasjon som er innsamlet gjennom utføring av offentlige oppgaver, skille mellom offentlig og kommersiell aktivitet, samt regler som går ut på å hindre fordele i behandling av offentlige foretak. Disse lovelementene vil bli kort beskrevet under.

*Forpliktelse til å inkludere alle kostnader.* Offentlige enheter («*Governments*») må fastsette prisene for varer og tjenester på en slik måte at de i det minste dekker kostnadene ved å tilby tjenesten. Denne forpliktelsen innebærer at både direkte og indirekte kostnader må inkluderes. Dette omfatter blant annet finansielle kostnader, kostnader knyttet til produksjonsfasiliteter, samt arbeidskostnader og andre personalkostnader.

*Bruk av offentlige data for andre formål.* Offentlige enheter («*Governments*») kan oppnå et urimelig konkurransefortrinn dersom de har tilgang til informasjon som er innsamlet av offentlige myndigheter i tilknytning til utførelse av andre myndighetsoppgaver. Private foretak må inkludere kostnadene ved å erverve slik informasjon i de prisene som de krever for sine varer og tjenester. Lovtillegget gjør det klart at informasjon som er innsamlet i kraft av å utføre myndighetsoppgaver

bare kan brukes i kommersiell sammenheng dersom samme informasjon gjøres tilgjengelig for tredjeparter på samme vilkår som for offentlige enheter.

*Separasjon av roller.* I den grad offentlige enheter («*Governments*») er engasjert i økonomisk aktivitet samtidig som de også er tillagt regulatoriske oppgaver kan dette innebære en konkurransevridning, for eksempel gjennom en mindre strikt håndhevelse av regelverket eller raskere saksbehandling. Lovtillegget inneholder bestemmelser som klargjør betydningen av å sikre et skille mellom økonomiske aktiviteter på den ene siden, og regulatoriske/administrative oppgaver som på noe vis er relatert til de kommersielle aktivitetene, på den andre siden.

*Forbud mot særbehandling.* En offentlig enhet står fritt til å etablere et eget foretak for å utføre visse økonomiske aktiviteter. Siden det kan være urimelig restriktivt å kreve at alle kostnader inkluderes av foretaket, forbyr loven i stedet at den offentlige enheten kan gi foretaket særbehandling. Det offentlige foretaket kan heller ikke trekke veksler på det forhold at det er knyttet til eller kontrollert av en offentlig enhet.

Tidvis vil offentlige myndigheter tilby tjenester på kommersiell basis innenfor rammen av sine offentlige oppgaver. Loven omfatter imidlertid ikke tjenester som utføres ut fra offentlige hensyn («*public interest*»). Det er tjenesteyter selv som foretar denne vurderingen, der sentrale elementer som inngår i vurderingen er om den offentlige enheten er pålagt å tilby tjenesten, og om offentlige midler er absolutt påkrevet for å tilby tjenesten. Beslutningen om den aktuelle økonomiske aktiviteten kvalifiserer som en aktivitet som utføres ut fra offentlige hensyn tas av relevant folkevalgt beslutningsenhet, for eksempel kommunestyret, der berørte parter gis anledning til å uttrykke sine synspunkter.

Loven gjelder ikke på utdanningsområdet (grunnskole), radio og TV, eller aktiviteter som er tillatt som offentlig støtte etter EUs støtteregulering.

Loven har bare vært i kraft i en begrenset tidsperiode. En tidlig erfaring var at det var manglende kunnskap om loven. I 2014 iverksatte ACM derfor en kampanje for å øke kunnskapen om regelverket. Ett element i dette var å etablere «*the Government and Free Markets Test*». Dette var en online tjeneste der lokale myndigheter, tjenesteytere,

<sup>449</sup> Det nederlandske konkurranse- og forbrukertilsynets kunngjøring av 2. juli 2012 («*NMa begins enforcement of Dutch Act on Government and Free Markets*»).



sentrale myndigheter mv. kunne ta en test for å se om de holdt seg innenfor rammeverket. Videre publiserte ACM en pamflett med tittelen *Når det offentlige blir entreprenør* med praktiske eksempler på økonomisk aktivitet og hvordan rammene for denne kunne tilpasses for å være innenfor loven. I følge ACM har denne kampanjen gitt gode resultater i form av økt bevissthet og etterlevelse: «... *most government organizations claim to have altered their behaviour in order to ensure continuing compliance with the new rules*».<sup>450</sup>

En evaluering som ACM fikk foretatt i 2013 viste at mange private foretak mente at offentlige foretaks urimelige konkurransefortrinn var et stort problem. ACM mottok i perioden 2012-2015 om lag 200 klager. Mange av klagene var dog ikke relatert til urimelige konkurransefortrinn, men heller at virksomhet som ble utført av offentlige enheter vel så gjerne kunne vært utført av private, for eksempel at kollisjonsskadde biler ble tauet vekk av politiets biler, eller at offentlige kontorer ble renholdt av offentlige ansatte. Denne type *insourcing* faller utenfor lovens virkeområde. De fleste klagene var reletart til treningsanlegg, marinaer, eiendomsforvaltning, opplærings- og utdanningsprogram, kommersielt avfall, parkeringsgarasjer samt parkeringsanlegg for bobiler.

ACM peker på at klagene i hovedsak riktig nok er knyttet til kommersiell aktivitet av relativt beskjedent omfang, men at konsekvensene av ulike konkurransevilkår likevel kan være betydelige for den enkelte private kommersielle aktør, og at «... *the collective impact in deterring innovation can be significant*».<sup>451</sup>

ACMs vurdering av loven er forsiktig positiv; den bidrar til å oppnå det som var siktemålet da den ble vedtatt, dog viser ACMs egen evaluering at loven bare i begrenset grad bidrar til å oppnå konkurransenøytralitet. En viktig grunn til dette er at myndighetene i mange tilfeller bestemmer at aktivitetene utføres ut fra offentlige hensyn, og at de således faller utenom lovens virkeområde.

Andre utfordringer er knyttet til å fastsette kostnader. Selv om bevisbyrden for at alle kostnader er inkludert i prisene påhviler kommunen, beregner ulike kommuner kostnader på ulike vis. Videre er det utfordrende å få kostnader spesifisert på et til-

strekkelig detaljert nivå som tillater allokering på de ulike aktivitetene.

På den annen side pekes det på at en viktig medvirkende årsak til at lovtillegget faktisk har hatt en effekt på de områdene det dekker, er at informasjonskampanjen om loven har bidratt til bevissthet og etterlevelse.

Et nylig eksempel på at ACM har anvendt loven, er knyttet til Heerhugowaards kommunalt eide havn. ACM ila kommunen en bot på 5000 EUR i juni 2017 fordi kommunen ikke hadde inkludert alle kostnader i beregningen av havnepriser. I pressemeldingen fra ACM fremgår det at «*As a result, the municipal marina competes unfairly with commercial marinas and berths*».<sup>452</sup>

#### 9.4.1.1 Skatteregler

Nederland hadde tidligere et fritak for selskapskatt for offentlige aktører, både for deler av forvaltningen og for offentlig eide selskaper. Skattefritaket var ikke begrenset til ikke-økonomisk aktivitet. Mesteparten av den økonomiske aktiviteten til offentlige organer, og til mange offentlig eide selskaper (for eksempel Rotterdam havn, Holland Casino og Maastricht flyplass) var fritatt for selskapskatt.

Etter en rekke klager initierte EU-kommisjonen en eksisterende støtte-prosedyre i juli 2008. I 2013 vedtok EU-kommisjonen formålstjenlige tiltak. Disse gikk ut på at skattefritaket skulle fjernes for offentligeide foretak. EU-kommisjonen mente at den ulike skattemessige behandlingen av offentlige og privateide aktører som driver økonomisk aktivitet, ga offentligeide aktører en selektiv fordel som ikke kunne rettferdiggjøres i henhold til EUs regler om offentlig støtte.<sup>453</sup>

Det nederlandske skattefritaket omfattet både aktiviteter innenfor offentlige rettssubjekter, og aktiviteter i separate juridiske enheter. EU-kommisjonen beskriver dette på følgende måte:

«(21) Public undertakings are subject to special corporate tax rules laid down in Articles 2(1), 2(3) and 2(7) of the Wet Vpb 1969. [selskapskatteloven]

<sup>450</sup> Se OECD (2015). *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement – note by the Netherlands*, s. 7.

<sup>451</sup> *Op. cit.*, s. 7.

<sup>452</sup> Se [pressemelding](#) av 27. juni 2017.

<sup>453</sup> Se Kommisjonens sak SA.25338 - Corporate tax exemption of Dutch public enterprises.

(22) The Wet Vpb 1969 distinguishes between direct and indirect public undertakings. A direct public undertaking (direct overheidsbedrijf) forms part of a legal person governed by public law (publiekrechtelijke rechtspersoon). Examples of direct public undertakings are a municipal property development agency or a municipal waste collection department.

(23) An indirect public undertaking is an organisation (usually a public or private limited company or a foundation) that is governed by private law but under the control of a public institution.»<sup>454</sup>

Den nederlandske saken gjaldt altså skattefritak til fordel for aktiviteter i markedet utøvet av offentlige aktører – enten som del av den offentlige administrasjonen, eller i egne selskaper.<sup>455</sup> EU-kommisjonen konkluderte i denne saken med at skattefritak til fordel for begge kategorier offentlig aktivitet utgjorde offentlig støtte.

Nederland vedtok i 2015 en lovendring som innebærer at aktiviteter i markedet som utøves av offentlige aktører og deres datterselskaper er underlagt selskapsskatt. Lovendringen gjelder for inntektsår som starter fra 1. januar 2016 eller senere.

Fra 2016 er det altså et grunnleggende prinsipp at alle offentlige enheter er skattepliktige for sine økonomiske aktiviteter. Datterselskaper eid av offentlige aktører er i prinsippet behandlet som tilsvarende selskaper eid av private aktører. Det er imidlertid introdusert visse spesifikke unntak fra hovedregelen for å sikre at offentlig myndighetsutøvelse mv. (for eksempel utstedelse av pass) ikke utløser skatteplikt. Det er også introdusert unntak for å unngå at aktiviteter utført mellom ulike deler av den samme offentlige enhet eller enheter under samme kontroll blir skattlagt, eksempelvis IKT-tjenester som ytes mellom ulike enheter innad i en kommune eller til datterselskaper.

Passive kapitalplasseringer foretatt av offentlige aktører (kapitalplasseringer der forvaltningen foretas av andre) er ikke skattepliktig.

#### 9.4.2 Tyskland, Frankrike og Belgia

Det følger av den tyske selskapsskatteloven at offentlige enheter som utøver økonomisk aktivitet som hovedregel er underlagt de generelle reglene for beskatning av selskaper, men det er gjort visse unntak fra dette.

Ifølge den franske skatteloven er offentlige enheter, finansielt uavhengige statlige organer, lokale myndigheter på avdelings- og kommunenivå og alle andre juridiske enheter som driver virksomhet eller utfører kommersiell aktivitet underlagt de alminnelige reglene om selskapsbeskatning. Det finnes imidlertid en rekke begrensninger og unntak fra dette utgangspunktet, og ett av dem har blitt undersøkt av EU-kommisjonen i en sak som dreide seg om havnebeskatning (sak SA 38398). EU-kommisjonen konstaterte at havner, eksempelvis Bordeaux, Dunkerque, Le Havre og Marseille, var fritatt fra skatt etter den franske skattelovgivningen. Det ble lagt til grunn at når slike aktører utfører økonomisk aktivitet, som for eksempel levering av havneinfrastruktur til rederier, skipsbyggere og andre selskaper mot betaling, anses disse som foretak i henhold til EUs regler om offentlig støtte. Som følge av skattefritaket disse aktørene nyter godt av reduseres kostnadene som normalt inngår i driftskostnadene til et foretak som utøver en økonomisk aktivitet. Dette utgjør en fordel i form av skattebesparelser som disse havnene kan bruke til å finansiere enhver type aktivitet eller subsidiere prisene til kunder, til skade for konkurrerende havner i andre EU-medlemsstater.

EU-kommisjonen kom til samme konklusjon for så vidt gjelder Belgia. Etter belgisk rett var en rekke belgiske havner, eksempelvis Antwerpen, Brugge og Brussel, unntatt fra de generelle skattereglene. Disse havneanleggene ble skattlagt etter et annet skatteregime der skattegrunnlaget og skattesatsene avvek fra det generelle skattesystemet. Totalt sett innebar dette en mer gunstig skattlegging av belgiske havneanleggs aktivitet enn annen skattepliktig aktivitet.

EU-kommisjonen la til grunn at dette var eksisterende støtteordninger. Som følge av dette må Frankrike og Belgia fjerne skattefritakene innen utgangen av 2017, slik at alle havner fra 1. januar 2018 blir underlagt samme selskapsskatteregime som andre selskaper.

<sup>454</sup> Se avsnitt 21-23 i Kommisjonens vedtak COM/167/2016 av 21. januar 2016, sak SA.25338.

<sup>455</sup> Se Kommisjons [pressemelding 13/395](#) av 2. mai 2013.

## 9.5 Land utenfor EØS-området – Australia

Australia regnes som et foregangsland i innføringen av prinsipper for konkurransenøytralitet.<sup>456</sup> Etter at den australske regjeringen i 1992 nedsatte et uavhengig utvalg som hadde som mandat å gjennomgå den nasjonale konkurransepolitikken, ble konkurransenøytralitet innført som ett av flere prinsipper i *Competition Principles Agreement* (CPA). Gjennom denne avtalen har myndighetene på nasjonalt og territorielt nivå forpliktet seg til å vurdere og tilpasse rammebetingelser og regulering med sikte på å fjerne konkurransevridninger. I CPA er målsettingen med dette uttrykt som:

«...the elimination of resource allocation distortions arising out of the public ownership entities engaged in significant business activities: Government businesses should not enjoy any net competitive advantage simply as a result of their public sector ownership».<sup>457</sup>

De ulike jurisdiksjoner i Australia har etter dette utviklet ulike retningslinjer og mekanismer for å håndtere klager, hvorav noen håndteres av regulator, mens i andre jurisdiksjoner er det uavhengige aktører som håndterer klager.<sup>458</sup>

Selv om implementeringen og rammene varierer, er det noen fellestrekk som går igjen, herunder krav om at priser skal reflektere kostnader fullt ut, og at offentlige selskap skal konkurrere på samme grunnlag som private med hensyn til skatt, gjeld, regulering og markedsbaserte avkastningskrav.

Prinsippene gjelder for øvrig alle offentlig foretak av en viss betydning («*significant government business*»), i den grad fordelene mer enn oppveier ulempene ved å anvende prinsippene. Prinsippene gjelder ikke for «non-profit, non-business» aktiviteter.

Et foretak finnes der:

- det skjer en betaling for varer og tjenester (ikke nødvendigvis til sluttforbruker). Formålet

<sup>456</sup> Dette avsnittet er basert på OECD (2015). *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement – note by Australia*, [http://competitionpolicyreview.gov.au/files/2015/03/Part3\\_final-report\\_online.pdf](http://competitionpolicyreview.gov.au/files/2015/03/Part3_final-report_online.pdf) samt Konkurrerådet's rapport om *Offentlig aktivitet på kommersielle markeder* fra 2016 som har et avsnitt om tilnærming og erfaringer fra Australia.

<sup>457</sup> Council of Australian Governments 1995 (med tillegg fra 13. April 2007), *Competition Principles Agreement*, s. 3.

<sup>458</sup> Se Victorian Competition and Efficiency Commission (2013). *Competitive Neutrality Inter-jurisdictional Comparison Paper*, Melbourne.

med dette kriteriet er å ekskludere aktiviteter som er finansiert over offentlige budsjetter/ved beskatning

- det finnes faktiske eller potensielle konkurrenter, enten i privat eller offentlig sektor (det vil si at kunder ikke er forhindret gjennom lov eller politikk fra å velge alternative forsyningskilder, for eksempel ved at en aktør har et rettslig monopol på området)
- ledelsen i angjeldende aktivitet har en grad av uavhengighet i forhold til beslutninger om produksjon av varer og tjenester og den prisen som de tilbys til

Terskelen for å definere om virksomheten er «*significant*» varierer mellom jurisdiksjoner, men markedsandel vil typisk inngå i vurderingen. For øvrig vil alle såkalte Government Business Enterprises og deres datterselskap, alle samveldeselskap, alle forretningsenheter med et styre, alle offentlige anbud over 10 millioner AUD samt andre offentlige forretningsaktiviteter ivaretatt av «*prescribed agencies or departments*» med en årlig omsetning på minst 10 millioner AUD automatisk bli betraktet som «*significant*».

De viktigste prinsippene er følgende:

**Skattenøytralitet.** Dette innebærer at offentlige foretak skal underlegges de samme skatter og avgifter som private. Om dette ikke er mulig, skal offentlige foretak innregne eventuelle skatter i sitt kostnadsgrunnlag.

**Lånenøytralitet.** Dette innebærer at det må sikres at offentlige foretak ikke får indirekte subsidier i form av billigere lån som følge av det offentlige eierskapet. Eksempelvis kan offentlig eierskap eller garantier ofte medføre lavere konkurrisiko, noe som kan redusere kostnadene ved lånekapital. I den grad det ytes lån på mer fordelaktige vilkår som følge av det offentlige eierskapet, skal prisingen av varer og tjenester avspeile lånekostnader til markedspris.

**Avkastningskrav på kommersielt grunnlag.** Prisene på varer og tjenester skal reflektere et avkastningskrav fastsatt på kommersielt grunnlag. Dette innebærer at offentlige foretak på årlig basis må fastsette en kommersiell avkastningsrate på de aktiva som disponeres. Avkastningen må være sammenlignbar med de fleste andre foretak i samme virksomhetskategori.



*Kostnadsfordeling.* Dette prinsippet innebærer at offentlige aktører i sin prising skal sikre at de kostnader som kan tilskrives aktiviteten dekkes fullt ut. Videre skal det være organisatorisk skille – enten juridisk eller regnskapsmessig – mellom kommersielle og ikke-kommersielle aktiviteter. Dette skal sikre at ikke offentlig finansierte aktiviteter kryssubsidierer kommersielle aktiviteter, noe som er viktig for å sikre transparens i anvendelsen av offentlige midler, samt å unngå at private aktører får en konkurransemessig ulempe.

*Reguleringsnøytralitet.* Offentlige foretak kan også få konkurransemessige regulatoriske fordeler. Dette kan dreie seg om unntak fra lokale plankrav, mer lempelig eller raskere behandling fra andre offentlige etater, eller mindre restriktive krav om revisjon eller løyver. Prinsippet om reguleringsnøytralitet sier at offentlige aktører så langt som mulig skal operere med de samme rammebetingelser som private aktører. I den grad offentlige aktører har regulatoriske fordeler som ikke kan nøytraliseres gjennom endret lovgivning, skal fordelene nøytraliseres i prisingen.<sup>459</sup>

*Ulemper som følge av offentlig eierskap.* Offentlige aktører kan også ha ulemper som følge av eierskapet. I den grad slike ulemper kan dokumenteres kan de motregnes mot eventuelle konkurransemessige fordeler – slik at det kun er nettoen som skal reflekteres i konkurransenøytralitetskorreksjonen av prisene.

Prinsippene gjelder som sagt i den grad fordelene mer enn oppveier ulempene. Bevisbyrden for det motsatte påligger den offentlige aktøren. Og selv om det kan påvises at det er krevende å implementere ett av prinsippene, for eksempel kostnadsallokering, fritas ikke aktøren fra å implementere de øvrige prinsippene. Det er videre verdt å merke seg at prinsippene om konkurransenøytralitet ikke innebærer at offentlige foretak ikke kan ivareta offentlige tjenesteforpliktelser, men kun begrenser muligheten for at ivaretagelse av disse innebærer kryssubsidiering innen virksomheten.

Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office (AGCNCO) er en autonom enhet innen rammen av Produktivitetskommissjonen som fungerer som regjeringens klageenhet

på konkurransenøytralitetsområdet.<sup>460</sup> Denne enheten mottar og vurderer klager, foretar nærmere undersøkelser i tilfeller der det er grunnlag for bekymring, og gir uavhengige råd til Finansdepartementet i hver konkrete sak. Klager kan være knyttet til at nøytralitetsprinsippene ikke er implementert i forhold til en gitt offentlig aktør, at aktøren ikke forholder seg til implementerte prinsipper, eller at implementerte prinsipper ikke er tilstrekkelige til å eliminere et nøytralitetsproblem. Myndighetene er imidlertid ikke forpliktet til å følge rådene.<sup>461</sup>

I sammenheng med utarbeidelsen av det danske Konkurrencerådets rapport om *Offentlig aktivitet på kommersielle markeder* fra 2016 var Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i kontakt med australske myndigheter, som påpekte at da prinsippene ble innført for 20 år siden, var det flere offentlige aktører som fant ut at deres kommersielle aktiviteter ikke var lønnsomme, slik at virksomheten ble avvirket eller privatisert. Videre ble det påpekt at i dag overholder offentlige aktører i høy grad prinsippene om konkurransenøytralitet. Arbeidet i klageinstansene handler i dag i stor grad om å veilede offentlige aktører om hvordan de kan overholde prinsippene.

I nyere tid har det blitt gjennomført en evaluering av australsk konkurransepolitikk. Rapporten «Competition Policy Review» ble publisert i 2015.<sup>462</sup> Det pekes blant annet på at selv om offentlige foretak ikke vurderes å være av betydning («*significant*») i henhold til retningslinjene, vil det likevel være slik at små foretak på mange områder konkurrerer med lokale offentlige foretak i lokale markeder, slik at det likevel kan være grunnlag for bekymring. Videre pekes det på at myndighetene på flere områder fungerer både som regulator og markedsaktør, og at det faktum at det ikke er noe krav om å svare på dokumenterte brudd på prinsippene klart underminerer systemets effektivitet.

Rapporten gir støtte for de eksisterende rammene for å sikre konkurransenøytralitet, men inneholder noen konkrete anbefalinger til forbedringer. På grunnlag av dette anbefales det i rapporten noen konkrete forbedringstiltak, herunder at:

<sup>460</sup> Se nettsidene til [The Australian Government Competitive Neutrality Complaints Office \(AGCNCO\)](#).

<sup>461</sup> AGCNCO foretar også forskning på spørsmål knyttet til implementering av nøytralitetsprinsippene.

<sup>462</sup> Se Harper, I.; P. Anderson; S. McCluskey; M. O'Bryan (2015): [Competition Policy Review, Final Report](#).

<sup>459</sup> Se OECD (2012): [Competitive Neutrality, Maintaining a level Playing Field between Public and Private Business](#) for eksempler på hvordan dette kan tilnærmes.

- ansvar for å undersøke klager legges til en autonom enhet;
- det skal være et krav om at myndighetene må gi et offentlig svar på dokumenterte funn i en undersøkelse; og
- offentlige foretak må i sin årsrapport inkludere en erklæring om etterlevelse av prinsippene for konkurransenøytralitet.

Videre anbefales det at myndighetene på nasjonalt og territorialt nivå gjennomgår sin politikk for konkurransenøytralitet, der konkrete tema som må vurderes er 1) retningslinjer for anvendelse av prinsippene i oppstartsfasen av offentlige foretak, 2) tidsperspektivet for når nystartede offentlige foretak skal gi en avkastning på kommersielt grunnlag, samt 3) terskelverdien for å identifisere signifikant kommersiell virksomhet.

I 2015 vurderte den australske regjeringen anbefalingene i rapporten, og ga i all hovedsak sin tilslutning til forslagene over.<sup>463</sup>

## 9.6 Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Reegård

*Arbeidsgruppens medlem Reegård* mener kapittel 9 gir mange interessante opplysninger om OECD, Australia og de nordiske land, men nesten ikke

noe om det som er mest relevant for saken: Hvordan «ESAs krav» til fjerning av konkursimmunitet og fritak for selskapskatt er håndtert i det området som er relevant for «ESA-landene»: Hva skjer i EU, som er Norges relevante marked å konkurrere i og med? Hvordan synes EUs konkurransemyndighet å ha stilt seg til de krav ESA retter til Norge. ESA er forpliktet til å utøve sin kontroll på en «homogen» måte, det vil si i hovedsak å følge EU-kommisjonen i både politikk og praksis. Det som fyller kapittelet er informasjon om nordiske land som, lite påvirket av EU, har foretatt endringer de selv mener er hensiktsmessige. Og de er i rekkevidde gjennomgående langt fra de endringer ESA har krevd for Norge.

Ved ikke å dekke dette på en seriøs måte, unngås eller omgås også grunnideen med det indre marked. Teksten nå antyder noen spredte og ulike enkeltsaker i noen få av medlemslandene, men uten å gi svar på spørsmålet om deres grad av «likebehandling» på disse to områdene er større enn for Norges del. Det gjøres ikke forsøk på å beskrive et samlet inntrykk av hverken tilstand, tendens eller ambisjon på EU-siden. Dette fravær av informasjon gir ikke grunnlag for å rokke noe av det som er hovedinntrykket: ESA mener i praksis at Norge skal gå i front, og utvalgets gjennomgående argumentasjon peker i retning av at det er greit.

<sup>463</sup> Se det australske Finansdepartementets [nettsider om temaet](#) for mer informasjon.

# 10 Tiltaksforslag

## 10.1 Innledning

Arbeidsgruppen er bedt om å presentere forslag under to forutsetninger. Under den første forutsetningen skal det være krav om at den offentlige virksomheten som er EØS-rettslig økonomisk aktivitet, skilles ut som et selvstendig rettssubjekt (utskillingsplikt), og under den andre forutsetningen er det ingen utskillingsplikt. Samtidig skal gruppen vurdere tiltak som er *nødvendige* for å tilpasse seg EØS-regelverket og tiltak som kan være *ønskelige* av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk eller andre relevante hensyn.

Drøftelsene i kapittel 7 viser etter flertallets (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*) mening at skattefritaket der det drives EØS-rettslig økonomisk aktivitet normalt vil innebære offentlig støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 når aktiviteten utøves av et subjekt som er omfattet av skattefritaket. Det kan imidlertid være stor variasjon mellom tilfellene med hensyn til påvirkning av samhandelen og vridning av konkurransen. Et mindretall (*medlemmene Hennyng og Reegård*) anser at selektivitetsvilkåret i flere tilfeller ikke vil være oppfylt, særlig fordi det offentlige og private ikke befinner seg i en tilsvarende rettslig og faktisk situasjon.

Konklusjonene vedrørende konkursimmunitet er mer nyanserte, og avhenger av hvorvidt det dreier seg om enheter som er utskilt som egne rettssubjekter eller ikke. Det kreves konkrete vurderinger av om det foreligger en økonomisk fordel eller ikke, siden fordelene ikke er knyttet til immuniteten som sådan, men til fordeler som enheten oppnår fra for eksempel långivere, leverandører og kunder. Samtidig vil spørsmålet om det foreligger en økonomisk fordel avhenge av etterlevelsen av markedsaktørprinsippet eller vilkårene for støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning. Også her vil det variere mellom tilfellene om vilkårene om samhandelspåvirkning og vridning av konkurransen er oppfylt.

I punkt 10.2 presiserer arbeidsgruppen hva den legger i henholdsvis *nødvendige* og *mulige* endringer. Deretter drøftes i punkt 10.3 tiltak som ikke forutsetter en utskilling av den EØS-rettslige øko-

nomiske aktiviteten i egne rettssubjekter underlagt skatteplikt og konkurslovgivning. I punkt 10.4 drøftes løsninger basert på utskillingsplikt, og i punkt 10.5 drøftes avgrensningskriterier for tiltak.

I punkt 10.6 drøftes hvilke tiltak som bør innføres for å bidra til etterlevelse av støttereglene i enheter som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet og som allerede er egne rettssubjekter (overholdelse av markedsaktørprinsippet og prinsipper om kryssubsidiering mellom ikke-økonomisk og økonomisk aktivitet). Disse problemstillingene oppstår uavhengig av om det dreier seg om eksisterende selvstendige enheter eller enheter som opprettes som ledd i en utskillingsløsning. I punkt 10.7 oppsummeres arbeidsgruppens anbefalinger.

I punkt 10.8 vurderes det om det bør innføres ytterligere tiltak for å bidra til likere konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører, og da i et bredere perspektiv enn spørsmålene om skattefritak, konkursimmunitet, markedsaktørprinsippet og kryssubsidiering, jf. gruppens mandat om at «[a]rbeidsgruppen skal vurdere hvilke tiltak som er *nødvendige etter EØS-avtalen, og hvilke som ikke er påkrevet, men som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn*».

Avslutningsvis vurderes i punkt 10.9 behovet for et eget tilsynsorgan med kompetanse til å føre tilsyn og håndheve de løsningene som foreslås.

## 10.2 Forutsetninger

Arbeidsgruppen har vurdert hva som må gjøres som et minimum for å tilpasse seg reglene om offentlig støtte. Gruppen har funnet denne problemstillingen vanskelig. For det første kan det være delte meninger om hva som utgjør minimumsløsninger i betydningen mer eller mindre tyngende alternativer dersom valget står mellom flere alternativer som alle vil adressere støtterettslige problemstillinger. For eksempel kan utskilling av virksomhet i noen sammenhenger være praktisk sett enkelt å gjennomføre, mens det i andre tilfeller kan by på omfattende problemer.

For det andre kan minimumsløsninger bety at endringer kun skal foretas for de spesifikke virksomhetene som omfattes av EØS-reglene. Dette byr særlig på problemer knyttet til spørsmålene om konkurransevidning og samhandelspåvirkning, siden disse vilkårene vil kreve en konkret vurdering av den enkelte aktiviteten. På dette punktet vil arbeidsgruppen vurdere ulike avgrensninger og begrensninger på tiltakene, herunder ulemper ved å gjøre tiltak avhengige av vilkår om konkurransevidning og samhandelspåvirkning.

For det tredje kan det knytte seg usikkerhet til forståelsen av støttereglene. Flere spørsmål er ikke endelig avklart i rettspraksis, verken fra EU- eller EFTA-domstolen. Arbeidsgruppen kan derfor ikke med full sikkerhet angi et objektivt handlingsrom etter EØS-retten. Det må derfor foretas en prosessrisikovurdering med hensyn til hvilken løsning og grad av tilpasning det er ønskelig å legge seg på. En slik vurdering anser arbeidsgruppen faller utenfor både dens kompetanse og mandat. Det er likevel gode grunner for å hevde at EØS-avtalen artikkel 125 om eiendomsretten vil være til hinder for en tolkning av regelverket om offentlig støtte som innebærer at EØS-rettslig økonomisk aktivitet ikke kan drives innenfor det offentlige som rettssubjekt.

I dette bildet vil arbeidsgruppen ikke gå inn på en vurdering av hvordan Norge bør håndtere den videre prosessen i ESA-saken. Derimot vil gruppen diskutere tiltak under forutsetning av at gjeldende situasjon representerer offentlig støtte. Gruppen vil også knytte sine vurderinger opp mot de enkelte problemstillingene som er påpekt av ESA, det vil si henholdsvis skattefritak og konkursimmunitet.

Under forutsetning av at skattefritak og konkursimmunitet utgjør offentlig støtte, vil arbeidsgruppen både peke på tiltak som anses som nødvendige for å etterleve støttereglene, og tiltak for å redusere risikoen for overtredelser. I forlengelsen av dette drøftes også mulige kontroll- og tilsynsordninger som kan bidra til å effektivisere støttereglene. Slike mekanismer vil supplere den håndhevelsen ESA er ansvarlig for.

## 10.3 Løsninger uten utskilling

### 10.3.1 Innledning

I dette punktet drøftes løsninger på de problemstillingene ESA har påpekt, men som ikke forut-

setter at det gjøres endringer i den EØS-rettslige økonomiske aktivitetens strukturelle tilhørighet. Det innebærer at virksomheten ikke skilles ut til selvstendige juridiske enheter som er underlagt alminnelig skatteplikt og konkurslovgivning. Dette betyr altså at virksomheten fortsetter å bli drevet innenfor en offentlig enhet (kommune eller statlig enhet) som omfattes av gjeldende skattefritak og konkursimmunitet. Fremstillingen her vil også være relevant for virksomhet i regi av kommunale og interkommunale selskaper som er underlagt tilsvarende regler om skattefritak og konkursimmunitet.<sup>464</sup>

### 10.3.2 Minimumskrav om separate regnskaper

Det er flertallet i arbeidsgruppens oppfatning at separate regnskaper i enheter som driver både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet er nødvendig for å kunne etterleve støttereglerverket. Dette er lagt til grunn av ESA i en rekke saker, og uttrykkelig uttalt av EU-domstolen:

«In that context, it is possible that a single establishment may carry on a number of activities, both economic and non-economic, provided that it keeps separate accounts for the different funds that it receives so as to exclude any risk of cross-subsidisation of its economic activities by means of public funds received for its non-economic activities.»<sup>465</sup>

Uten et slikt skille, vil det ikke være mulig å føre kontroll med at det ikke skjer kryssubsidiering fra ikke-økonomisk til økonomisk aktivitet, eller at markedsaktørprinsippet etterlevs innenfor den økonomiske aktiviteten. Det vil heller ikke være mulig å skatlegge overskudd eller utligne eventuelle fordeler som følge av konkursimmunitet. Med mindre det dreier seg om tilfeller hvor EØS-reglene ikke kommer til anvendelse, vil et regnskapsmessig skille derfor være en forutsetning for å kunne operere i samsvar med regelverket.<sup>466</sup>

<sup>464</sup> Reglene om statsforetak (SF) er allerede tilpasset støttereglene, jf. nedenfor.

<sup>465</sup> Sak C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, ECLI:EU:C:2017:496, avsnitt 51.

<sup>466</sup> I en artikkel i European State Aid Law Quarterly nr. 2/2017 heter det at «it would appear excessively difficult, if not impossible, for the municipality to ever document that costs are correctly allocated between the economic ... activity and the remaining (non-economic) activities if there are no separate accounts kept for the economic ... activity.» (Michael Honoré, Public Activities on Commercial Markets: The Issue of Cross-Subsidisation, EStAL 2/2017, 181-192, på s. 191.

EU-domstolen har i nyere praksis definert separate regnskaper som et krav for at én og samme enhet skal kunne drive både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet.<sup>467</sup>

Det må også foretas en kostnadsallokering mellom EØS-rettslig økonomisk og monopol/ikke-økonomisk aktivitet. For det siste punktet vil kravene tilsvare det som det blir redegjort for i fremstillingen om utskilte enheter i punkt 10.4.

Tilsvarende krav om separate regnskaper følger av retningslinjene om støttebegrepet, der det i punkt 212 om infrastruktur sies at:

«Cross-subsidization can be excluded by ensuring that the infrastructure owner does not engage in any other economic activity or — if the infrastructure owner is engaged in any other economic activity — by keeping separate accounts, allocating costs and revenues in an appropriate way and ensuring that any public funding does not benefit other activities.»

En plikt til å, i enkelte tilfeller, føre separate regnskaper følger allerede av transparensdirektivet, som er gjennomført i norsk rett som forskrift til regnskapsloven.<sup>468</sup> Denne forpliktelsen dekker imidlertid ikke alle tilfeller hvor det offentlige driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og er dessuten avhengig av at omsetningen når en viss størrelse (40 millioner euro i årlig salgsinntekt).<sup>469</sup> Dette må anses alt for høyt til å være treffsikkert for de problemstillingene gruppen er bedt om å vurdere.

Etter flertallet i arbeidsgruppens oppfatning bør det derfor innføres en generell plikt til å føre separate regnskaper for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det bør vurderes om en slik plikt skal avgrenses, for eksempel avhengig av påvirkning av samhandel eller andre kriterier, jf. nærmere drøftelse om ulike avgrensningsmuligheter nedenfor i punkt 10.5. En slik plikt fremstår imidlertid verken som spesielt byrdefull eller komplisert, og den vil sannsynligvis også bidra til økt bevissthet om konkurransevilkår og offentlig støtte. Videre vil et

krav om separate regnskaper for økonomisk aktivitet kunne bidra til å synliggjøre underskudd og kostnader som ellers kanskje ikke trer klart frem, hvilket også vil være i det offentliges interesse.

At det føres slike separate regnskaper, vil være en forutsetning for de tiltakene arbeidsgruppen foreslår som ikke innebærer en utskilling av virksomheten. En plikt til separate regnskaper etterlater likevel flere spørsmål, blant annet knyttet til valg av regnskapsprinsipper og verdsettelse av kapital. Gjennomføring av en plikt til regnskapsmessig skille drøftes videre nedenfor i punkt 10.9.3, der det også fremsettes et flertallsforslag.

### 10.3.3 Utforming av en skatteplikt

#### 10.3.3.1 Innledning

En skatteløsning innebærer at skatteloven endres slik at det innføres en delvis skatteplikt for offentlige aktører som (minimum) ivaretar våre EØS-forpliktelse for så vidt gjelder skattlegging av offentlige aktører. Begrepet offentlige aktører omfatter i dette kapitlet staten, kommuner, fylkeskommuner, regionale helseforetak og helseforetak. En slik endring medfører plikt for de offentlige aktørene til å foreta en vurdering av om aktiviteten som utøves er skattepliktig etter de nye reglene. Det må derfor etableres nye rutiner for å ivareta dette. I tillegg må regnskapene innrettes slik at korrekte beløp kan inntas i skattemeldingen som skal leveres til skattemyndighetene, enten direkte eller etter korreksjon mellom regnskapsmessige og skattemessige forskjeller.

Etter gjeldende lovteknikk i skatteloven er offentlige subjekter som sådan fritatt fra skatteplikt, men inntekt fra enkelte kilder er gjort skattepliktig. Ved en eventuell endring i skatteloven som skal sørge for at de offentlige aktørene skattlegges, bør det vurderes om gjeldende system med en delvis skatteplikt skal videreføres, eller om utgangspunktet bør snus. I så fall blir det offentlige subjektet som sådan skattepliktig, men det gis unntak for inntekt fra enkelte typer aktiviteter.

Basert på gjennomgangen i foregående kapitler legger arbeidsgruppen til grunn at det vesentligste av det offentliges aktiviteter i dag ikke utgjør økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, og at disse fortsatt kan utøves skattefritt. De aktiviteter det her siktes til omfatter (i det minste) myndighetsutøvelse og -oppgaver, en rekke tilknyttede tjenester samt de lovpålagte tjenesteområdene innenfor utdanning og grunnleggende helsetje-

<sup>467</sup> Sak C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe (ECLI:EU:C:2017:496), avsnitt 51.

<sup>468</sup> Jf. lov 17. juli 1998 nr. 56 om årsregnskap m.v. (regnskapsloven) § 9-1 og forskrift 7. september 2006 nr. 1062 til utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56, utfyllende bestemmelser til § 9-1.

<sup>469</sup> Hvis aktiviteten er begrenset til tjenester av allmenn økonomisk betydning og det ikke utøves økonomisk aktivitet, så gjelder ikke plikten til å føre separate regnskaper.

nester mv. Dette kan tilsi at utgangspunktet ved en eventuell endring av skatteloven bør være at gjeldende system i skatteloven beholdes, men at den begrensede skatteplikten utvides.

En utvidet skatteplikt for offentlige aktiviteter bør som et minimum utformes slik at den bidrar til å sikre at EØS-avtalens regler om offentlig støtte overholdes. Hensynet til forutberegnelighet for de offentlige aktørene, samt praktikabilitet for Skatteetaten og aktørene, tilsier at virkeområdet for skatteplikten bør utformes så klart som mulig. Hensynet til konkurransenøytralitet kan tilsi at all aktivitet som for private aktører er skattepliktig, også blir skattepliktig når det offentlige utøver tilsvarende aktivitet. Dette går imidlertid utover det som er nødvendig for å etterleve EØS-artikkel 61(1), fordi rent lokale aktiviteter neppe påvirker samhandelen mellom medlemsstatene.

Etter gjeldende rett kan både stat og kommuner utøve alle typer tjenester og aktiviteter, og EØS-spørsmål kan potensielt reises på mange ulike sektorområder. Det kan derfor bli vanskelig å utforme et klart og eksplisitt virkeområde for skatteplikten.

Arbeidsgruppen har vurdert flere alternativer for utforming av en delvis skatteplikt. Den ene er å benytte vilkårene som er utledet av EØS-avtalens artikkel 61(1) for å avgrense skatteplikten. En annen mulighet er å benytte etablerte begreper innenfor skatteretten, slik som det alminnelige *virksomhetsbegrepet* eller uttrykket *økonomisk virksomhet*, som angir begrenset skatteplikt for skattefrie innretninger, jf. skatteloven § 2-32. Disse alternativene er drøftet i punkt 10.3.3.2.

Innføring av en delvis skatteplikt reiser spørsmål knyttet til skattefrihet for kapitalinntekter. Særlig gjelder dette muligheten for rentefradrag hos den offentlige aktøren som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og manglende skattlegging av renteinntekter, leieinntekter og utbytte hos den offentlige aktørens ikke-økonomiske del. For å legge til rette for en effektiv og korrekt beskatning av de offentlige aktørenes aktiviteter som må skattlegges etter EØS-avtalen, samt bidra til nøytralitet i beskatningen, bør det derfor vurderes nærmere om det er behov for ytterligere skattereguleringer av kapitalinntekter i den offentlige aktørens ikke-økonomiske del. Disse spørsmålene oppstår også ved en utskillingsløsning. Dette og andre relevante spørsmål vurderes nærmere i punktene 10.3.3.3 til 10.3.3.5. I punkt 10.3.3.6 følger en oppsummerende vurdering av skatteløsningene.

### 10.3.3.2 Mulige utforminger av en begrenset skatteplikt i skatteloven

#### *Bruk av EØS-avtalens vilkår*

Ett alternativ for innføring av begrenset skatteplikt for offentlige aktører er å etablere en lovbestemmelse som inneholder alle de seks vilkårene som er utledet av EØS-avtalen artikkel 61(1). Med en slik løsning må det antas at Norges forpliktelser etter EØS-avtalen overholdes når det gjelder skattlegging av offentlige aktører. Dette vil innebære at det innføres skatteplikt når de offentlige aktørene utøver *økonomisk aktivitet* i EØS-avtalens forstand (foretaksvilkåret) og skattefritaket vrir eller truer med å vri konkurransen i et marked (konkurransvilkåret) og er egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området (samhandelsvilkåret).

Når en offentlig aktør først anses for å utøve økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand vil som oftest også flere av de øvrige vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) være oppfylt. Dette gjelder kravet om at støtten utgjør en fordel (skattefritak) og at støtten må være gitt av statsmidler (skattefritak gitt ved lov). I tillegg vil støtten ofte være selektiv, fordi når aktøren utøver EØS-rettslig økonomisk aktivitet forutsetter det at den *tilbyr varer og tjenester i konkurranse med private*. Dermed er det nærliggende å tro at den offentlige aktøren i slike tilfeller befinner seg i et marked med andre skattepliktige aktører. Det er derfor trolig ikke behov for å bygge ut skatteregelen med vilkårene nevnt over, da disse som oftest vil være oppfylt når det utøves økonomisk aktivitet.

Ved en slik lovteknikk bør det imidlertid vurderes om *alle* vilkårene som er utledet av EØS-avtalen artikkel 61(1) bør tas inn i den nye lovbestemmelsen. Hensynet til praktikabilitet og likhet i skattleggingen kan tilsi at ikke alle momentene bør tas med. Det er også andre ulemper ved å benytte vilkårene utledet av EØS-avtalen artikkel 61(1) som grunnlag for skatteplikt for offentlige aktører. Spørsmålet er særlig om konkurranse- og samhandelsvilkåret bør oppstilles som vilkår for skatteplikt. Bruk av konkurranse- og samhandelsvilkåret kan for eksempel føre til at samme type aktivitet må skattlegges når den er utført i én kommune, men ikke i en annen, avhengig av kommunens beliggenhet. Hensynet til likebehandling og praktiske regler for offentlige aktører og Skatteetaten kan tale for at konkurranse- og samhandelsvilkåret ikke bør inngå som vilkår for skatteplikt ved utforming av en regel om delvis skatteplikt for offentlige aktører. Hensynet til å likebehandle skatty-

ere står sentralt i den norske skattelovgivningen, og det bør bestrebes å videreføre dette. Å innføre en skatteplikt for all type aktivitet, uten hensyn til om samhandelskriteriet er oppfylt, går imidlertid utover det som er nødvendig for å etterleve EØS-avtalen artikkel 61(1).

En direkte bruk av EØS-avtalens vilkår i lovbestemmelsen om skatteplikt vil innebære at det er den enkelte offentlige aktøren og Skatteetaten som må fortolke et konkurranserettslig regelverk, anvendt på offentlige aktørers aktiviteter, noe de ikke nødvendigvis har spesiell kompetanse til. En slik løsning fremstår som uheldig, men utfordringene med et slikt regelverk kan i noen grad avhjelpes med en utfyllende omtale av skattepliktens virkeområde i forarbeider og rettleddninger mv. I tillegg kan det gis forskrift som presiserer bestemmelsens nærmere innhold. Eventuell innføring av regnskapsplikt for offentlige aktørers EØS-rettslige økonomiske aktivitet vil innebære at denne vurderingen uansett må foretas. Under forutsetning av at kravene til regnskapsplikt og skatteplikt blir sammenfallende, vil trolig merarbeidet og de administrative kostnadene knyttet til innføring av skatteplikt for offentlige aktører isolert sett være relativt begrenset.

Selv om den enkelte offentlige aktør har et selvstendig ansvar for å etterleve det til enhver tid gjeldende regelverk, vil det være Skatteetaten som blir organet med avgjørende kompetanse med hensyn til beskatningen, og som kan overprøve aktørenes vurderinger av hvilke offentlige aktiviteter som utgjør skattepliktig økonomisk aktivitet. Skatteetaten vil være det overordnede organet med hensyn til beskatningen, uavhengig av om det eventuelt opprettes et eget tilsynsorgan som skal påse etterlevelse av nye regnskapsregler mv. Dette kan få betydning og legge føringer for forståelsen av støttebegrepet også for andre formål, for eksempel ved vurderingen av om det er mulig å gi støtte i andre former enn skattefritak til den aktuelle offentlige aktiviteten.

Det skal likevel nevnes at Skatteetaten ikke er helt ukjent med denne typen vurderinger, jf. blant annet unntaket i merverdiavgiftskompensasjonsloven som er beskrevet i punkt 3.4.4.1. Vurderingene i merverdiavgiftskompensasjonsloven er imidlertid begrenset til tilfeller hvor kommunene tilbyr sine tjenester på *ikke-avgiftspliktige* virksomhetsområder. En eventuell innføring av skatteplikt for offentlige aktørers EØS-rettslige økonomiske aktiviteter vil innebære at problemstillinger knyt-

et til økonomisk aktivitet i prinsippet kan oppstå for alle typer aktiviteter som utøves av offentlige aktører. Vurderingene i en ny lovbestemmelse vil derfor antakelig bli mer omfattende og varierte enn under unntaket i merverdiavgiftskompensasjonsloven.

En alternativ lovteknikk er at det i loven også direkte angis nærmere hvilke kategorier eller oppgaver som skal unntas skatteplikt. Innføring av en begrenset skatteplikt skjer da ved at en har en generell skatteplikt basert på EØS-vilkår (foretaksbegrepet), men at det også tas inn unntak fra dette som eksplisitt presiserer at enkelte kategorier eller oppgaver likevel er skattefrie. Håndhevelsen og etterlevelsen av regelverket vil da kunne bli enklere å forholde seg til for Skatteetaten og for skattyterne. Selv om EØS-retten ligger i bunnen, vil rettsåndhevelsen ta utgangspunkt i fortolkning av konkrete vilkår i skatteloven. En kan da delvis unngå at Skatteetaten er i første linje ved forvaltningen av regelverket om offentlig støtte. Man unngår også til en viss grad at usikkerhet ved fortolkning av EØS-regelverket overlates til Skatteetaten, fordi det på en klarere måte kan tas stilling til slike tvilsspørsmål ved utforming av unntakene i skatteloven. For Skatteetaten og den skattepliktige vil dette trolig være den enkleste løsningen å forvalte og etterleve. Denne løsningen er imidlertid mindre dynamisk ettersom det kan være behov for lovendringer når det har skjedd en rettsutvikling i EØS-retten eller nasjonale forhold som ikke kan harmoniseres med lovbestemmelsen i skatteloven.

#### *Virksomhetsbegrepet i skatteloven*

Et annet alternativ er å bruke *virksomhetsbegrepet* i skatteretten som grunnlag for innføring av delvis skatteplikt for offentlige aktører. Virksomhetsbegrepet i skatteloven er sentralt for definisjonen av skatteplikt og fradragsrett. Skatteloven § 5-1 slår blant annet fast at inntekt vunnet ved virksomhet er skattepliktig (virksomhetsinntekter). Det er ingen definisjon av begrepet virksomhet i skatteloven. Det rettslige utgangspunkt for vurderingen er gitt av Høyesterett gjennom «Ringnes-dommen» (Rt. 1985, s. 319). Her uttales det at:

«Det sentrale i virksomhetsbegrepet [...] er at virksomheten objektivt sett må være egnet til å gi overskudd, om ikke i det år ligningen gjelder, så i hvert fall på noe lengre sikt. Det er ikke tilstrekkelig at driften isolert sett gir inntekter, hvis de utgifter som pådras ved den aktivitet som utøves, overstiger inntektene.»



Sentrale vilkår ved vurderingen av om det foreligger en virksomhet er dermed at:

- Det er utøvet aktivitet av et visst omfang og en viss varighet. Også aktivitet av kortere varighet vil kunne regnes som virksomhet. Enkeltstående transaksjoner vil i alminnelighet ikke kunne anses som virksomhet. Forretningsforetak som tilfredsstillende de øvrige kriteriene for virksomhet, vil imidlertid falle inn under begrepet selv om det dreier seg om en mer kortvarig og avgrenset aktivitet.
- Aktiviteten må være utøvet for skattyters regning og risiko. Dette innebærer at skattyteren må være ansvarlig for det økonomiske resultatet av aktiviteten (rett til overskudd og plikt til å dekke underskudd).
- Aktiviteten må ha økonomisk karakter og må objektivt sett (etter sin art) være egnet til å gi overskudd. Det er ikke tilstrekkelig at aktiviteten skaper bruttoinntekter hvis de tilknyttede omkostninger overstiger disse.

Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om en aktivitet utgjør virksomhet. Spørsmålet er om bruk av virksomhetsbegrepet i skatteloven er egnet som kriterium for å regulere offentlige aktørers skatteplikt. Dette er i første omgang et spørsmål om en slik regulering vil sikre at de norske skattereglene er i overensstemmelse med EØS-retten og om det er problematisk at EØS-rettens begrep *økonomisk aktivitet* har et videre omfang enn det skatterettslige virksomhetsbegrepet.

Virksomhetsbegrepet stiller krav om at aktiviteten har en viss varighet og et visst omfang. Det er en skjønsmessig grense. Det skal mindre til for å oppfylle disse kravene når det dreier seg om typiske «forretninger» enn for tilfeller som er i gråsonen. Dette gjelder tilsvarende for de andre kriteriene.

Ved utleie av fast eiendom har det i praksis dannet seg noen mer eksakte kriterier vedrørende omfang. Som hovedregel anses utleie som virksomhet når mer enn 500 kvm leies ut til forretningsformål, eller når fem eller flere boenheter leies ut til bolig. Denne avgrensningen knytter seg til hvorvidt inntekter fra utleieaktiviteten skal regnes som virksomhets- eller kapitalinntekt. Uten nærmere regulering for kommuner mv. vil denne grensen få betydning for om aktiviteten skal skattlegges som virksomhetsinntekt eller være skattefri, ettersom kommunene mv. ellers er skattefrie subjekter.

EØS-retten inneholder ikke en tilsvarende nedre grense, slik at virksomhetsbegrepet i skatteloven i utgangspunktet ikke nødvendigvis vil ha sammenfallende innhold med foretaksbegrepet i EØS-retten på dette punktet.

Det antas at kravet om at aktiviteten må ha økonomisk karakter, gjør at det må trekkes en grense mot aktivitet som utelukkende, eller hovedsakelig, innebærer oppfyllelse av den offentlige aktørens formål som samfunnsinstitusjon. Dette har en parallell til grensene for foretaksbegrepets kriterium «økonomisk aktivitet» når det gjelder blant annet myndighetsutøvelse, grunnutdanning, sosiale sikringsordninger og grunnleggende helsetjenester. Det er imidlertid ikke opplagt at grensen skal trekkes nøyaktig på samme måte etter skattelovens virksomhetsbegrep.

Skattelovens virksomhetsbegrep har en annen bakgrunn og opptrer i en annen sammenheng enn EØS-rettens regler om offentlig støtte. Som følge av at offentlige instanser i Norge i liten grad har vært skattepliktige, er det heller ikke noen direkte relevant praksis som kan gi veiledning. Det nærmeste i gjeldende rett er virksomhetskravet for skattefrie innretninger i skatteloven § 2-32. Etter denne bestemmelsen er selskap eller innretning mv. som *ikke har erverv til formål* fritatt fra skatteplikt. Skattefriheten begrenses dersom den skattefrie institusjonen driver økonomisk virksomhet. Formue i og inntekt av økonomisk virksomhet er skattepliktig, med mindre den økonomiske virksomheten realiserer institusjonens ikke-erhvervsmessige formål. Det er antatt at terskelen for skatteplikt etter denne bestemmelsen er noe høyere enn etter den alminnelige virksomhetsregelen.

Skatteloven § 2-32 er først og fremst en bestemmelse som fritar virksomhet av allmenntilgjengelig karakter fra skattlegging. Det offentliges forvaltningsoppgaver vil være et typisk eksempel på aktivitet som kvalifiserer for skattefrihet etter bestemmelsen. Etter arbeidsgruppens skjønn vil bestemmelsen gi gode holdepunkter for hvilke tolkningsmomenter som skal legges til grunn ved vurderingen av hvilke av det offentliges økonomiske oppgaver som må anses som ervervsmessige.

I rettspraksis til denne bestemmelsen er det lagt til grunn at aktivitet som virkeliggjør organisasjonens ikke-erhvervsmessige formål, ikke er økonomisk virksomhet. Aktivitet som kun finansierer det ikke-erhvervsmessige formålet er derimot skattepliktig økonomisk virksomhet. Et typisk eksempel som

viser forskjellen, er studentsamskipnadens utleie av studentboliger. Det er lagt til grunn at utleie til studenter er en aktivitet som virkeliggjør samskipnadens formål, mens utleie til turister (hotell drift) i sommerferien kun bidrar til finansiering av formålet.

Det er noe uklart om og i hvilken utstrekning virksomhetsbegrepet kan sies å inneholde de samme begrensningene for oppfyllelse av ikke-økonomiske formål som skatteloven § 2-32. Det er også usikkert om grensedragningen etter skatteloven § 2-32 eller skattelovens alminnelige virksomhetsbegrep gir samme resultat som EØS-rettens foretaksbegrep. Uten at det EØS-rettslige foretaksbegrepet på en eller annen måte bringes inn som et avgrensningskriterium for skatteplikt, vil det antakelig være vanskelig å etablere en retts-tilstand som med en viss sikkerhet sørger for at uoverensstemmelsen med EØS-avtalen løses.

Forutsatt at EØS-avtalen artikkel 61(1) innebærer beskatning av EØS-rettslig økonomisk aktivitet som etter skattelovens virksomhetsbegrep er skattefrie, kan det stilles spørsmål ved om innføring av skatteplikt for offentlige aktører basert på en fortolkning av vilkårene i artikkel 61(1) går lenger enn det som er nødvendig for å etterleve forpliktelsene etter EØS-avtalen. Med en slik løsning kunne det tenkes at man risikerer å skattlegge inntekt hos offentlige aktører som er skattefrie hos private aktører fordi aktiviteten ikke anses som virksomhet i skatterettslig forstand. Økonomiske fordeler hos de private aktørene som ikke anses som virksomhetsinntekter etter skatteloven vil imidlertid trolig bli ansett som skattepliktige kapitalinntekter. Det er derfor lite sannsynlig at en skatteregel bygget opp etter EØS-avtalen artikkel 61(1) vil gi en skatteplikt som går lenger enn skatteloven når en ser skattelovens regler om skatt på virksomhet og kapital under ett.

På bakgrunn av ovenstående er arbeidsgruppen kommet til at det er usikkert om en regulering av kommuner og andre offentlige aktørers skatteplikt basert på skattelovens alminnelige virksomhetsbegrep, vil gi en regel som med sikkerhet sikrer overholdelse av EØS-avtalen. I tillegg er det grunn til å anta at skattelovens generelle virksomhetsbegrep har et snevrere anvendelsesområde enn det EØS-rettslige foretaksbegrepet. Blant annet på denne bakgrunn mener arbeidsgruppen at en løsning for offentlige aktørers skatteplikt som baserer seg på skattelovens eksisterende virksomhetsbegrep,

ikke er best egnet til å sikre overensstemmelse med EØS-retten.

Det bør vurderes om det skal innføres en nedre grense for hvilke offentlige aktiviteter som skal anses skattepliktige etter de nye reglene, se punkt 10.5 om avgrensningskriterier.

### *10.3.3.3 Problemstillinger knyttet til en delvis skatteplikt*

#### **Hensyn ved utforming av regler om skatteplikt**

Innføring av skatteplikt for en del av de offentlige aktørenes aktiviteter reiser flere skatterettslige spørsmål. Blant annet gjelder dette om det skal åpnes for generelt gjeldsrentefradrag for alle renter uavhengig av tilknytning til skattepliktig inntekt, og hvordan inntekter og kostnader skal fordeles mellom skattefrie og skattepliktig aktivitet. Det reiser også spørsmål knyttet til andre inntekter hos det offentlige og dermed den samlede skattemessige behandlingen. Skatteplikt på EØS-rettslig økonomisk aktivitet (eller virksomhet) innebærer at en innfører et element i den samlede kapitalbeskatningen, det vil si beskatning av egenkapitalfinansierte investeringer. Et konsistent og ikke-vridende skattesystem må ta inn over seg alle deler av kapitalbeskatningen.

Et hovedhensyn i utformingen av bedrifts- og kapitalbeskatningen er at den bør innrettes slik at den virker mest mulig nøytralt på skattyternes disposisjoner. Dette innebærer blant annet at ulike næringer, investeringsobjekter, virksomhetsformer og finansieringsmåter bør behandles likt. At næringer og investeringsobjekter behandles mest mulig likt, bidrar til at investeringene skjer der den samfunnsmessige avkastningen er høyest. Det bør også være et mål at skattleggingen i liten grad påvirker skattyternes valg av finansieringsmåte. Skattesystemet bør heller ikke virke vridende mellom ulike måter å organisere virksomheten på.

En delvis skatteplikt for offentlige aktører medfører at EØS-rettslig økonomisk aktivitet som i dag utføres av offentlige aktører og er skattefri, blir skattepliktig. Det blir likevel ikke full likbehandling av offentlige og private aktører. I motsetning til private aktører vil stat, kommuner, fylkeskommuner mv. fortsatt være skattefrie for rene kapitalinntekter med mindre inntektene knytter seg til eiendeler som er eid i skattepliktig virksomhet. Nedenfor drøftes tiltak som kan iverksettes for å oppnå større grad av likebehandling.

Offentlige aktører (rettssubjektet) er som nevnt generelt skattefrie, jf. skatteloven § 2-30 første ledd. Dersom det innføres skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet (virksomhet) som utføres av den offentlige aktøren, vil skattefritaket i § 2-30 fortsatt stort sett gjelde for rene kapitalinntekter, med mindre kapitalinntektene knytter seg til eiendeler i skattepliktig virksomhet. Dette betyr at kapitalinntekter som ytes fra for eksempel en enhet i kommunen som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, til kommunens ikke-økonomiske del, blir skattefrie. Dette omfatter for eksempel renteinntekter, enkelte leieinntekter mv. Tilsvarende problemstilling oppstår ved en utskillingsløsning.

I utgangspunktet bør den samlede beskatningen av offentlige og private investorer være lik. Nedenfor vurderes den skattemessige nøytraliteten mellom offentlige og private investorer i tilfellet med gjeldsfinansiering og egenkapitalfinansiering når den offentlige aktøren får begrenset skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

#### **Gjeldsfinansiering**

Etter gjeldende skatteregler gis det fradrag for kostnader som er «*pådratt for å erverve, vedlikeholde eller sikre skattepliktig inntekt*», jf. skatteloven § 6-1. Dette gjelder også kostnader i form av gjeldsrenter, som i mange tilfeller utgjør en kostnad til inntekts ervervelse. I tillegg bestemmer skatteloven § 6-40 første ledd at «*renter av skattytters gjeld*» alltid fradras. Renteregelen i § 6-40 gir fradragsrett for alle typer renter av gjeld, uavhengig om gjelden har tilknytning til skattepliktige inntekter. Bestemmelsen har dermed selvstendig betydning for rentekostnader som *ikke* har karakter av å være kostnad til erverv av inntekt (typisk boliglån).

Om begrunnelsen for renteregelen uttaler Fredrik Zimmer i Lærebok i skatterett på side 210 at:

«Begrunnelsen for at gjeldsrenter alltid er fradragsberettiget, ligger nok dels i symmetrihensyn (renteinntekter er alltid skattepliktige) og dels i de praktiske problemene forbundet med å bestemme hva slags gjeldsrenter det dreier seg om i det enkelte tilfelle.»

Når offentlige aktører, som blant annet stat og kommuner, blir skattepliktig for konkrete aktiviteter, vil det innebære at aktørene (rettssubjektet) dels driver skattepliktig virksomhet og dels skattefri aktivitet. Gjeldsrenter som for eksempel en kommune har tatt opp kan knytte seg til begge

delene. Det må derfor tas stilling til *om* det skal gis et fradrag for gjeldsrenter som knytter seg til den skattepliktige aktiviteten, og i så fall *hvordan* dette kan gjennomføres.

Det er generelt problematisk å foreta en faktisk tilordning av gjeldsrenter til ulike aktiviteter som utøves innenfor samme rettssubjekt. For eksempel er all aktivitet organisert i kommunen, herunder i form av et kommunalt foretak, juridisk sett gjennomført i ett og samme rettssubjekt, nemlig kommunen. Kommunen har ikke et særskilt skille mellom egenkapital og fremmedkapital, men dette er en del av kommunens økonomi. Gjeldende kommuneregler angir ikke at kommunene skal sørge for et eget gjeldsopptak knyttet til den økonomiske aktiviteten.

Det foreligger heller ikke etter gjeldende rett generelle kommunale regnskapsregler med plikt til å føre separate regnskaper som kan påvise gjeld og betalte gjeldsrenter knyttet til EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Dette medfører at det etter dagens regelverk ikke ligger til rette for å foreta en faktisk tilordning av rentekostnader til den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten i kommunen.

Skattelovens løsning på spørsmålet om tilordning av rentefradrag for offentlige skattesubjekter med begrenset skatteplikt, er at det ikke gis fradrag for gjeldsrenter i større utstrekning enn gjeld er fradragsberettiget i brutto formue ved formuesfastsettelsen, jf. skatteloven § 6-40 fjerde ledd.

Etter skatteloven § 4-53 gis stat, helseforetak, fylkeskommune og kommune et sjablongmessig fradrag for gjeld ved formuesfastsettelsen. Nevnte offentlige aktører gis etter denne regelen fradrag for gjeld med et beløp tilsvarende halvparten av den skattepliktige bruttoformuen. I inntekten gis det fradrag bare for renter av den gjeld som kommer til fradrag ved formuesfastsettelsen, jf. skatteloven § 6-40 fjerde ledd. Ettersom kommuner vil være fritatt fra formuesskatt på eiendom innen egen kommune, jf. skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav b, vil det etter gjeldende rett ikke gis fradrag for gjeldsrenter i inntekt fra slik virksomhet i egen kommune.

Ved innføring av skatteplikt for konkurranseutsatt kommunal avfallshåndtering, uttalte Finansdepartementet i Prop. 1 LS (2013–2014) på side 201:

«Symmetrisk behandling av renteinntekter og rentekostnader tilsier at det ikke gis fradrag

for gjeldsrenter når skattepliktig virksomhet utføres innenfor kommunen som skattesubjekt. Dersom det ble åpnet for gjeldsrentefradrag uten en motsvarende skatteplikt på renteinntekter for kommunen, ville kommunen ha sterke incentiver til å finansiere den konkurranseutsatte avfallsvirksomheten ved å henvise gjeld til virksomhet i stedet for egenkapital. Full gjeldsfinansiering ville ført til at normalavkastningen på den konkurranseutsatte avfallsvirksomheten ikke blir beskattet, i strid med intensjonen bak forslaget om likebehandling av alle avfallsaktører. I motsetning til for kommuner motsvares fradragsretten for renteinntekter på selskapsnivå av en tilsvarende skatteplikt av renteinntekter på personlig hånd for norske private investorer. Dette sikrer at normalavkastningen blir beskattet for norske private investorer. Samlet tilsier derfor likebehandling av norske private investorer og en kommunal investor at gjeldsrenter ikke blir fradragsberettiget så lenge renteinntekter ikke beskattes på kommunal hånd. Alternativt kunne det innføres skatteplikt for renteinntekter for kommuner. Departementet mener imidlertid at dette er et spørsmål som eventuelt må vurderes i en bredere sammenheng enn innføring av skatteplikt for konkurranseutsatt kommunal avfallsvirksomhet. Departementet foreslår derfor at det ikke gis fradrag for gjeldsrenter for konkurranseutsatt avfallsvirksomhet innenfor det kommunale skattesubjektet. Via reglene for formuesskatteplikt har en kommune etter gjeldende rett ikke fradragsrett for gjeldsrenter knyttet til avfallsvirksomhet i egen kommune, jf. ovenfor. Departementet mener regelen bør være den samme uavhengig av om virksomheten drives i egen eller fremmed kommune, og foreslår at departementet gis fullmakt til å gi nærmere regler om dette i forskrift.»

Et alternativ til den gjeldende regelen, som ikke gir fradragsrett for gjeldsrenter på grunn av manglende formuesskatteplikt, kan være å innføre formuesskatteplikt for kommunale eiendeler som er knyttet til den skattepliktige virksomheten. I kombinasjon med den gjeldende fordelingsregelen vil dette gi fradragsrett for en sjablongmessig del av kommunens gjeldsrenter forutsatt at kommunen har eiendom, løsbare mv. som i det vesentlige brukes i de skattepliktige virksomhetene. Innføring av begrenset formuesskatteplikt for kommuner vil komplisere reglene for skatteplikt på offentlige

subjekter som driver økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand, men det vil ikke gi mer kompliserte regler enn det som gjelder for andre aktører med begrenset skatteplikt, herunder allmenntilgjengelige institusjoner. Det vil heller ikke gi mer kompliserte regler enn det som vil være nødvendig hvis det skal lages mer treffsikre regler for tilordning av gjeldsrenter, jf. nedenfor.

En generell fradragsrett for gjeldsrenter vil som nevnt gi kommunene og andre offentlige aktører med begrenset skatteplikt incentiver til å flytte så mye gjeld og gjeldsrenter som mulig i den skattepliktige delen for å redusere skattepliktig overskudd. Et alternativ er derfor å videreføre et forbud mot fradrag for gjeldsrenter. Dette kan gi kommuner og andre offentlige aktører incentiver til å skille ut EØS-rettslig økonomisk aktivitet i egne selskaper, siden skattepliktige selskaper vil kunne trekke fra gjeldsrenter.

Dersom en alternativt skal åpne for fradragsrett for gjeldsrenter som er knyttet til den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten bør adgangen i det minste, for å motvirke incentivet til å tilordne gjeld til den økonomiske aktiviteten, bygges ut med et krav om at kommunen må kunne dokumentere eller sannsynliggjøre at gjeldsoptaket er knyttet til den økonomiske aktiviteten. Det bør ikke åpnes for at kommunen mv. kan flytte gjeld mellom skattefrie og skattepliktige virksomhet, men gjelden bør for eksempel eksplisitt tas opp i den skattepliktige virksomheten. Selv om det innføres et slikt krav, vil dette trolig være relativt lett å omgå. Kommunen kan sørge for at den økonomiske aktiviteten blir høyt belånt i stedet for å finansiere virksomheten med egenkapital.

For å bidra til at den offentlige aktøren ikke tilordner eller tar opp mer gjeld i den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten enn en uavhengig part ville ha gjort, bør en eventuell åpning for gjeldsrentefradrag også suppleres med en form for rentebegrensningsregel. Et alternativ er å la rentebegrensningsregelen i skatteloven § 6-41 i en justert versjon gjelde generelt for økonomisk aktivitet organisert i kommunen.

#### **Egenkapitalfinansiering**

I motsetning til norske, private investorer betaler ikke offentlige aktører skatt ved utbytte fra selskaper eller realisasjon av aksjer. Som omtalt i kapittel 3 kan det i noen grad oppstå konkurransevridninger mellom prosjekter eid av offentlige aktører og norske, personlige investorer når de offentlige aktø-

rene ikke blir beskattet for gevinst og utbytte fra selskaper. Videre innebærer unntaket at offentlige investorer beholder en større andel av overskudd i prosjekter enn private aktører. For å utligne denne forskjellen kan offentlige aktører også omfattes av gevinst- og utbyttebeskatningen.<sup>470</sup> Det vises også til nærmere omtale i punkt 10.4.6 om skattemessige sider ved en utskillingsplikt.

En tilsvarende problemstilling oppstår ved utøvelse av EØS-rettslig økonomisk aktivitet som en integrert del av et offentlig rettssubjekt. For å bidra til likebehandling mellom norske, private investorer og offentlige aktører kan også disse omfattes av utbytteskatt ved utøvelse av økonomisk aktivitet i en del av virksomheten som kommer virksomhetens ikke-økonomiske del til gode. For slik virksomhet vil det imidlertid ikke nødvendigvis være en direkte utbytteutdeling fra den økonomiske aktiviteten til øvrig kommunal virksomhet. Det er derfor usikkert om det på en tilfredsstillende måte lar seg gjøre å identifisere og kontrollere uttak fra næringsvirksomheten siden næringsvirksomheten og aktørens øvrige økonomi ikke er tilstrekkelig adskilt. Problemstillingen kan muligens begrenses med et klarere regnskapsmessig skille mellom den økonomiske aktiviteten og den øvrige virksomheten.

Et alternativ er å beskatte EØS-rettslig økonomisk aktivitet organisert som en del av et offentlig rettssubjekt, gjennom en tilpasset utbytteskatt, for eksempel en variant av modellen som enkeltpersonforetak beskattes etter (foretaksmodellen). Dette vil innebære at en beskatter inntekten fra den økonomiske aktiviteten først med ordinær selskapsskattesats, og deretter beskatter inntekten, eventuelt med et skjermingsfradrag, på nytt. For enkeltpersonforetak blir virksomhetsinntekt utover et skjermingsfradrag tillagt personinntekten og beskattet med trygdeavgift og trinnskatt. For offentlige aktører kan et alternativ være å beskatte inntekt fra økonomisk aktivitet, eventuelt utover et skjermingsfradrag, med samme effektive skattesats som under utbytteskatten for selskaper (aksjonærmodellen).

#### **Leiebetalinger mv.**

Offentlige aktører som har virksomhet som er skattepliktig, kan også ha forvaltningsvirksomhet som ikke er skattepliktig. Det oppstår da et

insentiv til å leie ut bygninger, ansatte og løsøre fra den skattefrie offentlige delen til den skattepliktige virksomheten. Leiekostnaden vil være fradragsberettiget i den skattepliktige virksomheten, men tilhørende leieinntekt kan være skattefri på mottakers hånd. For å hindre muligheten til å redusere den samlede skatten ved å leie ut driftsmidler mv. kan det vurderes om alle leiebetalinger fra EØS-rettslig økonomisk aktivitet til den skattefrie delen hos den offentlige aktøren likevel skal være skattepliktig på mottakers hånd. Innføring av skatteplikt kan også være aktuelt for renter ved lån fra den offentlige aktørens ikke skattepliktige del til den skattepliktige delen. Tilsvarende problemstilling oppstår ved en utskillingsløsning.

#### *10.3.3.4 Regnskapsmessige og ligningsmessige forhold*

##### **Skattemelding og næringsoppgave**

Alle skattepliktige har plikt til å levere skattemelding, jf. lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven) § 8-2 første ledd. Dette vil også gjelde statlige enheter, fylkeskommuner, kommuner og regionale helseforetak dersom det innføres skatteplikt for deres EØS-rettslige økonomiske aktiviteter. Som utgangspunkt skal skattemeldingen inneholde opplysninger om den skattepliktiges formue og inntekt, fradragsposter og andre opplysninger som har betydning for fastsettelse av skattegrunnlaget.

For næringsdrivende skattytere skal skattemeldingen suppleres av en næringsoppgave. Til dette benyttes ulike næringsoppgaver utarbeidet av Skattedirektoratet. En skattepliktig som driver flere virksomheter, skal bare levere én næringsoppgave og én skattemelding. Det er imidlertid normalt plikt til å levere flere skjemaer i tillegg til næringsoppgaven, blant annet skjema for avskrivninger og forskjell mellom skattemessig og regnskapsmessig verdi på driftsmidler.

Til grunn for næringsoppgaven ligger enten regnskapsplikt etter regnskapsloven eller bokføringsplikt etter lov 19. november 2004 nr. 73 om bokføring (bokføringsloven). Kommuner har ikke regnskapsplikt etter regnskapsloven, men etter kommuneloven med forskrifter. Staten og regionale helseforetak har heller ikke regnskapsplikt etter regnskapsloven. Enhver som har plikt til å levere skattemelding etter skatteforvaltningsloven § 8-2, har imidlertid bokføringsplikt etter bokføringsloven § 2 annet ledd. Bokføringsplikten

<sup>470</sup> For gevinst og utbytte fra aksjeselskaper o.l. eid av staten direkte, vil det være uhensiktsmessig å innføre utbytteskatt siden staten både er mottaker og skattyter.

innebærer en plikt til bokføring, spesifikasjon, dokumentasjon og oppbevaring av regnskapsopplysninger. Tilsvarende krav gjelder for kommuner. Etter forskrift om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner)<sup>471</sup> skal bokføring, spesifikasjon, dokumentasjon og oppbevaring av regnskapsopplysninger foretas i tråd med bokføringsloven §§ 3 til 14 med tilhørende forskrift kapittel 2 til 7. Arbeidsgruppen legger til grunn at bokføringslovens krav til bokføring og dokumentasjon mv. er tilfredsstillende ivaretatt for kommunal virksomhet.

Av de eksisterende skjemaene til bruk for skattefastsettingen er «*Næringsoppgave 1*» spesielt tilpasset de næringsdrivende som ikke har årsregnskapsplikt etter regnskapsloven. Dersom et foretak frivillig utarbeider fullt årsoppgjør, selv om det ikke har årsregnskapsplikt i henhold til regnskapslovens bestemmelser, kan «*Næringsoppgave 2*» benyttes. Det følger av dette at dersom det innføres begrenset skatteplikt for kommuner, må kommunene levere «*Næringsoppgave 1*» når kommunen følger kommunale prinsipper for utarbeidelse av årsregnskap. I tilfeller der et kommunalt foretak frivillig utarbeider fullt årsoppgjør etter regnskapsloven, kan foretaket i stedet levere «*Næringsoppgave 2*».

#### **Regnskapsføring for kommuner og kommunale foretak som grunnlag for skatteoppgjør**

Kommuner skal føre regnskap etter forskrift fastsatt av Kommunal- og moderniseringsdepartementet, jf. kommuneloven § 48. Det er fastsatt nærmere regler for kommunen i forskrift 15. desember 2000 nr. 1424 om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner). For kommunale foretak etter kommuneloven kapittel 11 er nærmere regler fastsatt med hjemmel i kommuneloven §§ 48 og 75 i forskrift 24. august 2006 nr. 1033 om særbudsjett, særregnskap og årsberetning for kommunale og fylkeskommunale foretak. Et kommunalt foretak som driver næringsvirksomhet, kan føre årsregnskapet etter regnskapsloven, jf. sistnevnte forskrift § 19.

Periodisering av inntekter og kostnader kan være forskjellig etter kommuneloven og skatteloven. Kommuneloven § 48 nr. 2 sier at «*alle kjente utgifter og inntekter i året skal tas med i årsregnskapet for vedkommende år, enten de er betalt eller ikke når årsregnskapet avsluttes.*» At en utgift eller inntekt

er kjent, innebærer normalt at varen eller tjenesten må være levert eller utført innen utgangen av året, jf. Ot.prp. nr. 43 (1999-2000). Skattemessig skal inntekter og kostnader fra næringsvirksomhet føres etter realisasjonsprinsippet, jf. skatteloven § 14-2. Det vi si at inntekter skal inntektsføres når skattyter får en ubetinget rett til ytelsen. Kostnader skal på sin side fradragsføres når det oppstår en ubetinget plikt til å dekke ytelsen.

Arbeidsgruppen legger til grunn at det i hovedsak vil være samsvar mellom tidfesting av løpende inntekter og kostnader etter henholdsvis kommunelovens regnskapsprinsipper og etter skatteloven. Visse forskjeller kan forekomme, men det er heller ikke fullstendig samsvar mellom periodisering etter regnskapsloven og skatteloven. Et regnskap etter kommunale regnskapsprinsipper kan derfor danne utgangspunkt for utfylling av næringsoppgave for den skattepliktige aktiviteten. For andre offentlige aktører, eller dersom de offentlige aktørene pålegges regnskapsplikt for økonomisk aktivitet etter andre regnskapsprinsipper, må det foretas en vurdering av behovet for korreksjoner for å fastsette skattepliktig inntekt. I den grad det er forskjeller mellom tidfesting og fradragsrett etter kommunale regnskapsprinsipper og skattelovens tidfestings- og fradragsregler, er det skattelovens regler som går foran. Dette innebærer blant annet at det ikke kan foretas avsetning til fremtidige kostnader i regnskapet med skattemessig virkning, jf. skatteloven § 14-2 annet ledd, som avskjærer fradrag for regnskapsmessige avsetninger.

#### **Skattemessig og regnskapsmessig fordeling av inntekter og kostnader**

Ved innføring av skatteplikt for offentlige aktørers EØS-rettslige økonomiske aktivitet er det bare inntekter og kostnader knyttet til *denne* aktiviteten som skal inngå i et skattemessig oppgjør. Den offentlige aktøren må dermed henføre relevante inntekter og kostnader til den skattepliktige delen på alle de områder hvor den etter lovbestemmelsen blir skattepliktig.

Det må sørges for at det etableres rutiner som skiller de skattepliktige aktivitetene i separate regnskaper (regnskapsenheter). I dette ligger det også at variable og faste kostnader fordeles korrekt og i samsvar med god regnskapsskikk mellom skattepliktig og ikke skattepliktig del av den offentlige aktørens aktiviteter. Rutinene knyttet til å ha egne separate regnskapsenheter samt riktig kostnadsallokering av variable og faste kostnader mellom henholdsvis EØS-rettslig økonomisk og ikke-øko-

<sup>471</sup> Forskrift 15. desember 2000 nr. 1424 om årsregnskap og årsberetning (for kommuner og fylkeskommuner).

nomisk aktivitet, kan danne utgangspunkt for den skattemessige fordelingen. Denne fordelingen kan være krevende, men den er uansett nødvendig for at økonomisk aktivitet ikke kryssubsidieres. Av hensyn til å motvirke kryssubsidiering av offentlige midler generelt bør det uansett vurderes å innføre kommunale regnskapsregler som skiller mellom inntekter og kostnader knyttet til henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet i kommunene. Etter flertallet i arbeidsgruppens mening vil forslag om innføring av regnskapsplikt for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet bidra til riktig fordeling av inntekter og kostnader mellom henholdsvis skattefri og skattepliktig aktivitet.

Skattemessig er fordelingen ikke prinsipielt annerledes enn den fordeling av inntekter og kostnader som også enkelte andre skattepliktige må foreta, herunder blant annet allmenntilgjengelige organisasjoner og utenlandske næringsdrivende med begrenset skatteplikt.

Som utgangspunkt må skattelovens alminnelige tilordningsprinsipper anvendes ved henføring av inntekter og kostnader til den skattepliktige delen av den offentlige aktørens aktiviteter. Det innebærer at bare inntekter som er vunnet ved den skattepliktige aktivitet, er skattepliktige, og bare kostnader som er pådratt for å erverve disse inntektene, er fradragsberettigede. I utgangspunktet mener arbeidsgruppen at det ikke er nødvendig å gi skattemessige særregler for denne fordelingen. En kan likevel gi Finansdepartementet fullmakt til å fastsette nærmere regler om fordelingen i forskrift for det tilfelle at det er behov for dette.

#### **Nærmere om enkelte særlige poster i regnskapet for kommuner**

##### *Pensjonskostnader*

I kommuneregnskapet er det pensjonskostnaden (og ikke pensjonspremien) som påvirker resultatet, i likhet med i resultatregnskapet. Den konkrete føringen i regnskapet skjer ved at en utgiftsfører pensjonspremien og inntekts-/utgiftsfører avviket mellom årets pensjonspremie og den beregnede pensjonskostnaden (premieavviket). Nettoeffekten på resultatet blir da den beregnede pensjonskostnaden (samt amortiseringen av det utestående premieavviket). I rapporteringen av regnskapet (KOSTRA) fordeles imidlertid ikke premieavviket på de ulike virksomhetene. Det innebærer at det i praksis kun er pensjonspremien som synliggjøres i (de aller fleste) kommunene på virksomhetsnivå. Det er imidlertid ingenting i veien for at også

premieavviket kan fordeles, slik at et eventuelt regnskap for en markedsrettet virksomhet vil vise pensjonskostnaden (og ikke pensjonspremien). Imidlertid er det kun pensjonspremien som er relevant i utregningen av skattemessig resultat, jf. skatteloven § 6-45.

##### *Avkastning på finansielle instrumenter*

Verdivurderingsreglene for finansielle instrumenter er i all hovedsak de samme i kommuneregnskapet som i resultatregnskapet (for ikke-finansielle institusjoner). For eksempel skal markedsbaserte finansielle omløpsmidler (finansielle instrumenter som inngår i en handelsportefølje med henblikk på videresalg, omsettes på børs eller regulert marked og har god eierspredning og likviditet) føres til virkelig verdi. I skatteregnskapet er det kun realisert tap/gevinst som skal påvirke beskatningen. Problemstillingen for kommunene er her den samme som for private.

##### *Felleskostnader*

For at en offentlig aktør skal kunne vise utgiftene og inntektene knyttet til de enkelte EØS-rettslige økonomiske aktivitetene, må den være i stand til å beregne de fulle kostnadene for den enkelte virksomhet. I tillegg til å fordele den enkelte virksomhets ressursbruk på henholdsvis kommersielle og ikke-kommersielle aktiviteter blir det et spørsmål om også virksomhetens bruk av sentraladministrative tjenester og andre fellestjenester (for eksempel IKT, arkiv, trykkeri, regnskap) må synliggjøres ved hjelp av fordelingsnøkler, internpriser eller liknende.

Med hensyn til forbruk av innsatsfaktorer (pensjon, overheadkostnader og liknende) vil det ved bruk av relevante fordelingsnøkler være mulig å foreta en korrekt skattemessig allokering av inntekter og kostnader mellom henholdsvis skattepliktig virksomhet og den øvrige aktivitet. Det kommunale årsregnskapet har ikke som formål å angi fulle kostnader og inntekter for enkeltvirksomheter, og heller ikke i den mer detaljerte innrapporteringen av regnskapsdata (KOSTRA) er dette forutsatt. Disse innsatsfaktorene vil normalt ikke være fordelt på virksomhetene. Enkelte kommuner kan imidlertid velge å synliggjøre dette i internregnskapet sitt, avhengig av den enkelte kommunes valgte organisering.

I praksis må det utarbeides kalkyler der en synliggjør den EØS-rettslige økonomiske aktivitetens bruk av disse fellestjenestene. Dette kan gjøres gjennom å etablere fordelingsnøkler for allokering



av felleskostnadene. Det er intet hinder i regelverket for at den enkelte kommunene kan vise fulle kostnader på virksomhetsnivå i internregnskapet. Regnskapsarbeidet blir imidlertid betydelig mer ressurskrevende som følge av dette, men det vil være mulig å forenkle arbeidet med kalkyler noe gjennom regnskapssystemer der felles administrasjonskostnader og andre felleskostnader fordeles på de ulike tjenesteområdene.

#### *Renteinntekter og -utgifter*

Regnskapsføringen av renteinntekter og -utgifter i kommuneregnskapet er den samme som i et resultatregnskap. Allokering mellom EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet av kommunens likviditet og gjeld kan imidlertid bli komplisert. Det følger av kommuneloven at opptatt lån skal finansiere kommunens investeringsportefølje, og ikke spesifiseres på det enkelte prosjekt. Det vil altså ikke være mulig å henføre det enkelte lån til det enkelte investeringsprosjekt eller avlede hvor mye av kommunens gjeld som knytter seg til for eksempel det enkelte bygg. Det innebærer at en ikke kan spesifisere renteutgiftene på det enkelte anleggsmiddel eller den enkelte virksomhet i kommuneregnskapet.

Tilsvarende er det heller ikke mulig etter gjeldende regelverk å henføre likviditeten til de ulike virksomhetene. Kommunen har anledning til å forvalte likviditeten gjennom konsernkontoavtaler med felles kapitaldisponering. Slike avtaler innebærer at man betrakter kommunens økonomiske forhold til banken som en helhet. Det skilles ikke mellom innskuddsforpliktelser for banken og kort-siktige gjeldsforpliktelser for kommunen. Det blir opprettet en hovedkonto (juridisk konto) for kommunen, og en eller flere hjelpekontoer for hver av enhetene i kommunen. Transaksjoner som blir gjort på hjelpekontoene, blir samtidig registrert på hovedkontoen. Det er hovedkontoen alene som gir uttrykk for fordringsforholdet mellom banken og kommunen, og det er bare saldoen på denne kontoen banken beregner renter på. Saldoen på hovedkontoen er summen av saldoene på hjelpekontoene. Tilsvarende vil det også i de tilfellene der deler av likviditeten er plassert i verdipapirer, og ikke på en bankkonto, i utgangspunktet ikke la seg gjøre å henføre (den realiserte) avkastningen på likviditetsporteføljen til den økonomiske aktiviteten.

Ut fra dagens regelverk vil det by på særskilte utfordringer å på en tilfredsstillende måte, foreta allokering av renteinntekter og -utgifter og reali-

sert avkastning på finansielle instrumenter, mellom EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Dette vil eventuelt kreve ytterligere regulering. For likviditeten kan det eksempelvis gjøres ved å sette krav til at enkelte midler skal stå på egen juridisk konto, selv om de tilhører kommunen som juridisk person. Disse midlene vil da ikke kunne inngå i en konsernkontoavtale med felles kapitaldisponering. Det vises også til omtale av gjeldsrenter under punkt 10.3.3.3.

#### *10.3.3.5 Særlig om avskrivninger ved delvis skatteplikt*

Etter skatteloven er utgangspunktet at det kun gis fradrag for kostnader som har tilknytning til skattepliktige inntekter, jf. skatteloven § 6-1. Dette gjelder også fradrag for slit og elde på driftsmidler i form av avskrivninger. Et driftsmiddel er et formuesobjekt som hovedsakelig er anskaffet til eller faktisk benyttet i skattepliktig aktivitet. Driftsmidler som kommuner utelukkende bruker i den skattepliktige virksomheten, kan følgelig avskrives på vanlig måte.

Når en kommune eller andre offentlige aktører driver skattepliktig aktivitet på et område, kan det forekomme at visse eiendeler benyttes både i den skattepliktige og skattefrie delen.

For eiendeler som ikke er driftsmidler, men som ville blitt behandlet som driftsmidler dersom de hovedsakelig var anskaffet til eller faktisk brukt i skattyters skattepliktige aktivitet, kan det likevel være grunnlag for fradrag for verdiforringelse, jf. Skatte-ABC 2017 under stikkordet «*Driftsmiddel – avskrivning på/inntektsføring av saldo*». Dette innebærer at også eiendeler som bare for en mindre del benyttes i inntektsgivende aktivitet kan gi grunnlag for fradrag for verdiforringelse som faller på bruken i den skattepliktige aktiviteten.

Fordelingen skal foretas på grunnlag av bruken av eiendelen. Der det ikke finnes noen klare holdpunkter for bruksfordeling, må denne fastlegges ved skjønn. Bruken av en eiendel (et driftsmiddel) kan gjerne variere fra år til år. Konsekvensen av dette skulle bli at grunnlaget for avskrivninger (saldogrunnlaget) også endres årlig. Som Finansdepartementet har lagt til grunn for avskrivning av driftsmidler som brukes i konkurranseutsatt avfallhåndtering i Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 11.5.3, vil dette gi en uforholdsmessig komplisert kontroll av innsendte skattemeldinger for offentlige aktører med delvis skatteplikt. Så lenge vilkårene for fradrag er oppfylt i henhold til skatteloven § 6-1 og

§ 6-10, bør fordelingen derfor som utgangspunkt bestemmes ut fra bruken av driftsmidlet i det året driftsmidlet erverves. Senere påkostninger på et driftsmiddel (sammen med det opprinnelige saldogrunnlag for driftsmiddelet) bør avskrives etter fordelingen i det året påkostningen foretas. Ved overgangen til skatteplikt bør fordelingen tilsvarende fastlegges på grunnlag av bruken av driftsmidlene i det inntektsåret skatteplikten inntrer. Dette er i samsvar med løsningen som er valgt ved innføring av skatteplikt for kommunal avfallshåndtering, jf. skatteloven § 2-5 annet ledd bokstav c, jf. Prop. 1 LS (2013–2014).

Denne fordelingsmetoden kan gi offentlige aktører insentiver til å bruke nyervervede driftsmidler i skattepliktig virksomhet i anskaffelsesåret, som senere delvis tas i bruk i ikke-skattepliktig virksomhet. Tilsvarende vil de offentlige aktørene ha insentiver til å benytte en større andel av driftsmidlene enn normalt i skattepliktig virksomhet ved overgang til skatteplikt. Det er derfor behov for nærmere regulering av fordelingsmetoden i enkelte situasjoner, for eksempel dersom bruken av et driftsmiddel endres i stor grad fra år til år.

#### 10.3.3.6 Oppsummering

Innføring av begrenset skatteplikt for offentlige aktører kan gjøres på flere måter. Ett alternativ er bruk av vilkårene som er utledet av EØS-avtalen artikkel 61(1). En direkte bruk av EØS-avtalens vilkår i lovbestemmelsen vil innebære at det er Skatteetaten som kontrollmyndighet som må forvalte og fortolke et konkurranserettslig regelverk overfor offentlige aktørers aktiviteter, som den ikke nødvendigvis har spesiell kompetanse til. Ulempene dette kan innebære kan avhjelpes ved utfyllende forskrifter, rettleiding i brosjyrer mv. En annen mulighet er en løsning der en i lovbestemmelsen nærmere definerer hva som ikke skal utgjøre EØS-rettslig økonomiske aktiviteter (unntak fra skatteplikten). Denne løsningen er imidlertid mindre dynamisk ettersom det kan være behov for lovendringer når det har skjedd rettsutvikling i EØS-retten eller endringer i nasjonale forhold som ikke kan harmoniseres med bestemmelsen i skatteloven. Nok et annet alternativ er å benytte det skatterettslige virksomhetsbegrepet.

Hensynet til likebehandling, å legge til rette for like konkurransevilkår over hele landet og å gjøre regelverket praktikabelt for offentlige aktører og Skatteetaten, taler for at konkurranse- og samhandelsvilkåret ikke anvendes i utformingen av en skatteplikt, se anbefalingene i punkt 10.5. Det

er også mulig å utforme en skatteløsning slik at flere aktiviteter enn det foretaksvilkåret tilsier, blir skattepliktige i den grad lovgiver av andre hensyn ønsker dette.

En skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet vil innebære at de offentlige aktørene på flere områder må skille mellom inntekter og kostnader fra henholdsvis skattepliktige og skattefrie aktiviteter. Det må antagelig opprettes nye rutiner og systemer hos den enkelte aktør som tilrettelegger for håndtering av skatteplikten på en effektiv måte. Innføring av regnskapsplikt vil uansett nødvendigvis gjøre dette.

Det bør vurderes om det skal innføres en nedre grense, for eksempel basert på omsetning, for hvilke offentlige aktiviteter som skal anses skattepliktige etter de nye reglene.

Ved innføring av en skatteplikt for offentlige aktørers EØS-rettslige økonomiske aktivitet bør det også vurderes hvordan beskatningen av kapitalinntekt, herunder gevinst og utbytte fra kommunal økonomisk aktivitet, skal tilpasses. Skattefritak for kapitalinntekt, herunder renteinntekter og leieinntekter, gjør at skatteplikten på økonomisk aktivitet potensielt kan omgås ved å tilordne gjeld eller leie ut lokaler, ansatte og løsnere til den økonomiske aktiviteten.

### 10.3.4 Løsninger for konkursimmunitet og garantier

#### 10.3.4.1 Løsningsmodeller

Eventuelle fordeler av konkursimmunitet er en iboende egenskap ved det offentlige som juridisk person. Selv om det kan ses på som en slags ubegrenset garanti at offentlige enheter ikke kan gå konkurs, er det ikke slik at garantien er spesifikt gitt ved en avtale eller myndighetshandling. Det står i motsetning til garantier som er stilt ved låneopptak eller lignende til fordel for bestemte fysiske eller juridiske personer. Dette skaper utfordringer ved vurderingen av løsninger. Spørsmålene er ulike, avhengig av om den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten drives gjennom blant annet interkommunale selskaper i regi av kommunene selv eller det er tale om statlig aktivitet. Helseforetak behandles til slutt i punktet.

Dersom det er tale om virksomhet som allerede drives i selvstendige enheter som nyter godt av konkursimmunitet (interkommunale selskaper, som utleder sin immunitet av lov om interkommunale

selskap § 23), vil problemstillingen kunne løses ved at konkursimmuniteten oppheves. I dette tilfellet representerer ikke konkursimmuniteten en iboende egenskap ved enheten, men den er spesifikt tillagt denne juridiske personen ved lov. Interkommunale selskap er selvstendige juridiske personer, og det vil være mulig å la konkurslovgivningen komme til anvendelse på slike enheter.<sup>472</sup>

Konkursimmuniteten for kommuner som rettssubjekter, herunder kommunale foretak etter kommuneloven kapittel 11, følger av kommuneloven, jf. § 55 andre ledd som sier at «*En kommune eller fylkeskommune kan ikke tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling etter lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs.*»

Dersom kommuner får betalingsproblemer, gjelder isteden reglene om såkalt betalingsinnstilling, som innebærer at det fattes vedtak om at det ikke skal foretas utbetalinger uten etter godkjenning fra en tilsynsmyndighet (kommuneloven §§ 56-58). Loven prioriterer da typisk lønnskrav. Dette betyr likevel ikke at fordringer opphører, men innebærer at det består en betalingsrisiko også der kontraktsparten er en kommune. Denne ordningen kan således ikke likestilles med konkurs, og vil derfor heller ikke avhjelpe støtteproblematikken.

Selv om det i og for seg er mulig, vurderer arbeidsgruppen det ikke som aktuelt å foreslå at konkurslovgivningen bør komme til anvendelse på kommuner.

Derimot kunne en vurdert mer begrensede løsninger for EØS-rettslig økonomisk aktivitet, der den økonomiske aktiviteten ble avvirket, og det ble foretatt en likvidasjon av kapital investert i den økonomiske aktiviteten, slik at kreditorer (typisk leverandører til den økonomiske aktiviteten eller kunder som måtte ha forskuddsbetalt) ville fått utbetalt dividende i henhold til prinsippene i konkurs- og dekningslov. Med separat regnskapsføring og etterlevelse av markedsaktørprinsippet må det antas at en slik avvikling ville ha vært mulig. Denne løsningen kunne vært implementert også for kommunale foretak og interkommunale selskap.

Det er imidlertid en betydelig risiko for at betalingsproblemer omgås gjennom overføringer fra

kommunekassen eller fra staten, slik at dette ikke ville representert en løsning, men tvert om lagt til rette for brudd på støttereglene. Et eget håndhevelsesorgan for støttesaker, jf. punkt 10.9, kan bidra til å redusere en slik risiko. Der det dreier seg om delt bruk, av for eksempel av infrastruktur som havner, ville en likvidasjon vært mindre egnet, med mindre infrastrukturen også kunne vært delt. I tilfelle kunne det vært funnet løsninger ved verdsettelse av markedsverdien av den delen som benyttes til EØS-rettslig økonomisk aktivitet, og dividende vært utbetalt i henhold til denne. Løsningen skaper imidlertid også andre utfordringer, for eksempel der leveranser benyttes i både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet.

Et annet mulig tiltak vil være å påføre den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten en byrde for å kompensere for den mulige fordel i form av en garantipremie. Dersom konkursimmunitet anses som en generell støtteordning som automatisk gir en fordel, kunne en slik premie vært kalkulert og lagt til som en kostnad ved den økonomiske aktiviteten. Utfordringen er at konkursimmunitet ikke representerer en fordel i seg selv, men eventuelt vil kunne føre til fordeler i markedet gjennom for eksempel låneopptak. I så fall kreves det at konkrete fordeler påvises og nøytraliseres i det enkelte tilfelle. En slik løsning vil dermed ikke avhjelpe det egentlige problemet, men bidra til etterfølgende nøytralisering der støtte først er påvist. Dette er for det første ikke en god løsning for å unngå at støtte tilføres (det kan i alle fall delvis sammenlignes med en automatisk tilbakeføring av ulovlig tilført støtte). For det andre vil det kreve en konkret overvåkning av en rekke transaksjoner. Dersom konkursimmuniteten anses som en generell støtteordning, vil en etterfølgende utlikning av fordeler i enkelttilfeller ikke reparere en eventuell overtredelse.

Innføring av en garantipremie ble også vurdert i forbindelse med forslaget til endring i lov om interkommunale selskap. Her heter det:

«Et tredje alternativ til å endre IKS-lovens ansvarsregler, er å innføre en ordning med markedsmessige garantipremier. Dette innebærer at de interkommunale selskapene som driver økonomisk aktivitet i et marked, må betale et vederlag for den økonomiske fordel de får på grunn av det ubegrensede ansvaret i IKS-loven. Dersom det betales markedsmessig vederlag for et formuesgode, vil dette utelukke at det foreligger en

<sup>472</sup> Det foreligger et forslag om å innføre begrenset ansvar for IKS-er, se høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper, 5. november 2014.

fordel som kan utgjøre statsstøtte, jf. prinsippet om ytelse mot ytelse. Dette gjelder også for garantiordninger.

For IKS-loven er det imidlertid ikke snakk om ordinære garantistillelser, men en indirekte garanti som verken er omfangs- eller tidsbegrenset (såkalt globalgaranti). Departementet legger til grunn at det vil være vanskelig teknisk sett å prise slike garantier (det vil si beregne vederlaget for den mottatte fordel), særlig fordi det ikke finnes tilsvarende garantier på markedet å sammenligne med. En verdsettelse vil måtte gjøres for hvert enkelt interkommunalt selskap, og en feilvurdering vil fort utgjøre offentlig støtte. Prisen på garantiene må også justeres regelmessig, og alt i alt må det antas at dette vil innebære et omfattende og kostbart arbeid som selskapene/kommunene selv må ta.

Fordi en slik ordning vil være komplisert, kostbar og usikker, vurderer departementet den som vanskelig å gjennomføre, og dessuten med betydelig risiko for feil. En tilsvarende løsning ble valgt for statsforetakene som en overgangsordning for eksisterende avtaler, se Ot.prp. nr. 101 (2002-2003). Det var da imidlertid snakk om et meget begrenset antall selskaper og avtaler som det ville være svært ressurskrevende å reforhandle. Alternativet med garantipremier for de interkommunale selskapene kan således etter departementets syn ikke anses som mer hensiktsmessig enn innføring av begrenset ansvar, når målet er å fjerne den statsstøtterettslige usikkerheten som foreligger.»<sup>473</sup>

Den rettslige vurderingen i kapittel 7 viser at det går en grense mellom fordeler i form av gunstige vilkår i kontrakter inngått i markedet (om kjøp eller salg) og finansieringsvilkår. Så lenge den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten drives innenfor kommune eller fylkeskommune som rettssubjekt, vil eventuelle låneopptak ikke være direkte knyttet til den økonomiske aktiviteten (siden denne ikke er utskilt i et eget rettssubjekt), men til selve kommunen. Støtterettslig blir spørsmålet derfor *hvilke eventuelle fordeler som tilflyter den økonomiske aktiviteten*. Selv om kommunen skulle ha oppnådd gunstige vilkår ved låneopptak, vil ikke denne fordelene nødvendigvis kanaliseres til

den økonomiske aktiviteten. At fordeler tilflyter den økonomiske aktiviteten, kan unngås gjennom overholdelse av markedsaktørprinsippet, forutsatt at det som et minimum innføres et regnskapsmessig skille. Dermed vil også arbeidsgruppens forslag på dette punktet være å øke etterlevelsen av markedsaktørprinsippet.

Statlig virksomhet står med hensyn til konkursimmunitet i en annen stilling enn kommuner. Her følger ikke konkursimmuniteten av lovgivning, men av selve statsformen som offentlig myndighet.

Når det gjelder *statsforetak*, ble det 2003 gjennomført endringer for å tilpasse statsforetaksloven til reglene om offentlig støtte. Dette innebar blant annet at konkursimmuniteten ble opphevet. I forarbeidene heter det:

«I proposisjonen foreslår departementet å endre statsforetaksloven §§ 51 og 53, slik at staten ikke lenger har noe generelt ansvar for kreditorenes forpliktelser ved oppløsningen av et statsforetak. Departementet foreslår videre at statsforetak skal kunne være gjenstand for gjeldsforhandlinger og konkurs ved å oppheve statsforetaksloven § 4 annet ledd. Forslagene fjerner den antatte fordelene og konkurransefortrinnet som statsforetakene har gjennom statsgarantien i statsforetaksloven i dag. Derved antas at norsk rett bringes i samsvar med EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 om statsstøtte, i tråd med ESAs oppfatning av loven. Departementet foreslår at det innføres et begrenset deltakeransvar for staten for statsforetakenes forpliktelser på samme måte som når staten utøver sitt eierskap gjennom statsaksjeselskaper, det vil si at statens svarer for innskutt kapital.»<sup>474</sup>

Å utvide anvendelsen av konkurslovgivningen til etater og direktorater fremstår etter arbeidsgruppens oppfatning ikke som en farbar vei. En løsning som beskrevet ovenfor, der den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten avvikles og dividende utbetales i henhold til det som måtte være igjen av kapital som må anses som investert i den økonomiske aktiviteten, vil imidlertid kunne implementeres også innenfor rammene av det offentlige som stat. Dette betyr at «konkursen» begrenses til den økonomiske aktiviteten. Løsningen fordrer som

<sup>473</sup> Høringsnotat om endringer i lov om interkommunale selskaper, 5. november 2014, s. 25-26.

<sup>474</sup> Ot.prp. nr. 13 (2002-2003), s. 7. Jf. også NOU 2003: 34 *Mellom stat og marknad*, kapittel 5.

påpekt etterlevelse av markedsaktørprinsippet og ingen krysssubsidierting.

En annen løsning kunne, i likhet med ovenfor om kommuner, vært å belaste den økonomiske aktiviteten med en garantipremie. En slik løsning vil imidlertid ha betydelige svakheter, både med hensyn til praktisk gjennomføring og for å avhjelpe støtterettslige problemer, jf. ovenfor.

Løsningsalternativene for regionale helseforetak og helseforetak vil være de samme som for kommuner. Vurderingene av om det for helseforetak bør innføres regler om avvikling og likvidasjon, garantipremie eller som bedre ivaretar markedsaktørprinsippet, sammenfaller med vurderingen for kommuner.

En eventuell opphevelse av konkursimmunitet må vurderes særskilt for regionale helseforetak og helseforetak, ettersom dette er selvstendige rettssubjekter som eies direkte og indirekte av staten. Helseforetak nyter godt av konkursimmunitet etter helseforetaksloven § 5 tredje ledd. Ved en eventuell avvikling svarer staten i regionalt helseforetak og eiende foretak overfor kreditorer som ikke har fått dekning i helseforetak, jf. helseforetaksloven § 48 første ledd.

I forarbeidene til helseforetaksloven, se Ot.prp. nr. 66 (2000-2001), begrunnes konkursimmuniteten med spesialisthelsetjenestens grunnleggende posisjon i helse- og velferdspolitikken og at staten bør sikres kontroll med situasjonen dersom et foretak kommer i økonomisk uføre. Muligheten for at det kan åpnes konkurs og gjeldsforhandling i foretakene bør derfor avskjæres. Videre markerer konkursimmuniteten samfunnets overordnede ansvar for virksomheten. Den markerer også avstand fra «en utvikling i retning av marked, privatisering, omfattende «outsourcing» og med muligheter for risiko». Departementet uttaler også at «det er nærmest utelukket at staten som eier kan la virksomheter som yter et grunnleggende velferdsgode som helsetjenester gå konkurs», og at det derfor ikke ville «være noen realitet knyttet til en ansvarsformen med begrenset ansvar i disse tilfellene».<sup>475</sup>

Arbeidsgruppen mener at det ikke vil være hensiktsmessig å foreslå opphevelse av konkursimmuniteten for helseforetakene som sådan, fordi disse er så tett knyttet til det offentliges ansvar

for å yte velferdstjenester. Et helseforetak som yter spesialisthelsetjenester vil uansett ikke drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet i en slik skala at det er aktuelt å vurdere oppheving av konkursimmuniteten.

Virksomhet (støttetjenester til sykehus og annen spesialisthelsetjeneste) som er en nødvendig og sentral forutsetning for at det kan ytes spesialisthelsetjenester, kan organiseres som helseforetak eller selskap med begrenset ansvar. Annen virksomhet skal organiseres som selskaper med begrenset ansvar. Dette fremgår av helseforetaksloven § 42 tredje ledd. Departementets vurderinger av konkursimmuniteten er derfor ikke i like sterk grad knyttet til støttetjenester. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det bør vurderes om slike støttetjenester kun bør organiseres som selskap med begrenset ansvar.

#### 10.3.4.2 Oppsummering

Arbeidsgruppen har drøftet fire løsningsmodeller:

1. Innføre regler om konkurs for kommuner
2. Innføre regler om en avvikling og likvidasjon av den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten
3. Innføre en garantipremie for å utlikne eventuelle fordeler
4. Sørge for at fordeler ikke tilflyter EØS-rettslig økonomisk aktivitet gjennom økt fokus på markedsaktørprinsippet

I tråd med vurderingen i punkt 7.3 mener arbeidsgruppen at et krav om etterlevelse av markedsaktørprinsippet (og håndhevelse av dette), noe som innebærer at det ikke tilflyter den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten fordeler vunnet ved at rettssubjektet den økonomiske aktiviteten er en del av er omfattet av konkursimmunitet (for eksempel gunstige låneopptak i markedet eller andre kontraktsmessige forbindelser), vil være tilstrekkelig til å avhjelpe eventuelle støtterettslige problemstillinger. Se også flertallets forslag om en internrettslig regel om drift på markedsmessige vilkår i punkt 10.8.

<sup>475</sup> Ot.prp. nr. 66 (200-2001) s. 149.

## 10.4 Løsninger basert på utskilling av offentlig økonomisk aktivitet

### 10.4.1 Innledning

Gjennomgangen ovenfor viser at det er mulig å etterleve EØS-reglene uten at det kreves en utskilling av EØS-rettslig økonomisk aktivitet. EØS-avtalen *krever* dermed ikke at økonomisk aktivitet skilles ut i egne rettssubjekter.

Derimot kan det være *fordeler* med utskilling knyttet til etterlevelse av EØS-regelverket, siden det automatisk vil inntre skatteplikt og mulighet for konkurs/fravær av garantier. Utskilling vil også føre til at det vil være lettere å avgjøre hva som er reell og riktig kapitalmengde (anleggsmidler og arbeidskapital) for virksomheten. Dersom anleggsmidler ligger utenfor balansen, vil det være lettere å kontrollere at det betales markedsleie for disse. Utskilling vil også gjøre det enklere å stille avkastningskrav til virksomheten og vurdere om virksomheten oppnår dette avkastningskravet. Virksomheten vil også måtte følge private regnskaps- og revisjonsregler, noe som vil føre til større transparens.

Utskilling representerer imidlertid ikke i seg selv en garanti mot overtredelser av støtteregelverket, siden muligheten for brudd både på markedsaktørprinsippet og prinsipper om kryssubsidiering består, jf. drøftelsen i punkt 4.2.<sup>476</sup> Formålet med en utskillelse vil således være å avhjelpe støtterettslige problemer ved skattefritak og konkursimmunitet. Utover dette vil en utskilling også kunne lette kontrollen med etterlevelse av markedsaktørprinsippet og motvirke kryssubsidiering, jf. punkt 4.2.5.

Utskilling vil også kunne ha kostnader. I noen tilfeller kan utskilling være svært vanskelig å få til på grunn av manglende separabilitet (delbarhet). For eksempel vil et laboratorium der utstyret både benyttes til å analysere egne prøver og prøver for kommersielle kunder, vanskelig kunne deles fysisk, og separabilitetsproblemet blir ikke løst ved å skille ut den økonomiske aktiviteten i eget selskap. Utskilling kan også redusere effektiviteten på grunn av økte administrative kostnader og lavere kapasitetsutnyttelse.

<sup>476</sup> Se også punkt 10.4 om tiltak for å sikre etterlevelse innenfor utskilte enheter og punkt 10.9.4 om kontroll- og tilsynsordninger.

I dette kapitlet diskuteres det først i punkt 10.4.2 hva utskilling kan bestå i og hvilke selskapsformer som kan være aktuelle. I punkt 10.4.3 drøftes støtterettslige krav ved en utskillingsløsning. Et eget punkt 10.4.4 drøfter arbeidstakerrettigheter og pensjonsforpliktelser ved utskilling. I punkt 10.4.5 vurderes hvordan en utskillingsplikt kan gjennomføres, mens punkt 10.4.6 vurderer skattemessige tilpasninger ved en utskillingsløsning. Endelig oppsummeres fordeler og ulemper ved en utskillingsplikt i punkt 10.4.7.

### 10.4.2 Aktuelle former for utskilling

En utskilling av virksomhet for å avhjelpe støtterettslige problemer ved skattefritak og konkursimmunitet vil innebære at den aktuelle EØS-rettslige økonomiske aktiviteten legges over i en selvstendig juridisk enhet, som er fullt ut underlagt de alminnelige skatte- og konkursreglene.

I foretak med såkalt begrenset ansvar har eiere ikke ansvar for kreditorene for foretakets forpliktelser. Aksjeselskap, samvirkeforetak, forening og statsforetak er eksempler på slike foretak. Begrensningen viser seg tydeligst i konkurs. Foretaket opphører da å eksistere. Kreditorene må dele det som er igjen av verdier i konkursboet. De kan ikke gjøre gjeldende krav mot eierne. Se for øvrig oversikten over virksomhetsformer inntatt i vedlegg 8.

I foretak med såkalt ubegrenset ansvar har eiere ansvar overfor kreditorene for foretakets forpliktelser. Ansvarlig selskap og interkommunalt selskap er eksempler på slike foretak. Ansvarer viser seg tydeligst i konkurs. Selv om foretaket opphører å eksistere, kan kreditorene kreve eierne for det de har utestående.

At et foretaks kreditorer kan gå på eierne, betyr likevel ikke at de er sikret dekning. Eierne kan selv være foretak som kan gå konkurs. Kreditorenes dekningsmuligheter beror derfor i realiteten på søkegodheten hos skyldners eiere. Hvis det er et ansvarlig selskap som er skyldner, og det er aksjeselskaper som er deltakere i det ansvarlige selskapet, vil derfor økonomien hos disse eierne – aksjeselskapene – være sentral for kreditorenes mulighet til å få dekning.

Skal kreditorene løpe risiko som overfor privat eide selskaper, må skyldner være et foretak med begrenset ansvar. Som nevnt er aksjeselskap, samvirkeforetak, forening og statsforetak eksempler på foretak med begrenset ansvar. Arbeidsgruppen tar

ikke stilling til hvilken foretaksform som vil være best egnet i det enkelte tilfelle. Arbeidsgruppen har heller ikke vurdert om det er hensiktsmessig å innføre en egen foretaksform, for eksempel etter mønster av statsforetak, til bruk for kommuner.

For at en utskillingsløsning skal avhjelpe støtteproblematikken vil foretaket måtte være fullt ut underlagt alminnelig skatte- og konkurslovgivning. Enkelte offentlige foretak vil stå i en slik særstilling at dette kravet neppe vil være oppfylt. Dette gjelder interkommunale selskap. Kommunale foretak er en del av kommunen som rettssubjekt<sup>477</sup> og er derfor ikke en aktuell organisasjonsform ved utskilling. For aksjeselskap, allmennaksjeselskap og kommandittselskap vil disse kravene være innfridd, men kommuner kan ikke delta i kommandittselskap (jf. selskapsloven § 1-1 femte ledd).

Også samvirkeforetak vil kunne representere en aktuell organisasjonsform, dersom den aktuelle økonomiske aktiviteten har til hovedformål å fremme de økonomiske interesse til medlemmene gjennom deres deltagelse i virksomheten som kjøpere, leverandører eller lignende.<sup>478</sup>

Verken samvirkeoven eller kommuneloven synes å legge begrensninger på kommuners adgang til å etablere samvirkeforetak. I en utredning i regi av KS Bedrift fremgår det at:

«Kommuneloven har riktignok ingen uttrykkelig hjemmel for at kommuner kan organisere virksomhet etter den alminnelige selskapslovgivningen, men det er etter gjeldende rett på det rene at kommunene og fylkeskommunene kan organisere virksomhet på annen måte enn gjennom det regelverk som er nedfelt i kommuneloven.»<sup>479</sup>

Arbeidsgruppen går ikke nærmere inn på praktiske og rettslige spørsmål knyttet til etablering av nye selskaper. For statlig virksomhet kan veiledning hentes i DIFIs veileder «Fra stat til marked – veileder om utskilling av virksomhet fra staten».<sup>480</sup>

<sup>477</sup> Jf. kommuneloven § 61.

<sup>478</sup> Jf. samvirkelova § 1.

<sup>479</sup> Se KS Advokatene (2014): *Samvirkeforetak for kommuner. En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre.*

<sup>480</sup> DIFI veileder 2014:1 [Fra stat til marked. Veileder om utskilling av virksomhet fra staten](#), særlig punkt 2.3 og kapittel 4.

### 10.4.3 Støtterettslige krav ved utskilling

Der det foretas en utskilling, vil det stilles krav til den nyetablerte enheten eller eventuelt til overdragelse av virksomhet til en eksisterende selvstendig enhet. En utskilling av virksomhet til et nytt eller eksisterende foretak vil innebære en investering fra det offentliges side, der markedsaktørprinsippet krever at det etableres en forretningsplan med utsikter til avkastning som også en privat investor kunne ha gått inn på. På dette punktet vil det også stilles krav til en reell vurdering av kapitalen, slik at enheten ikke tilføres fordeler.

I DIFIs veileder om utskilling av statlig virksomhet er de støtterettslige problemstillingene omtalt som følger:

«I forbindelse med omgjøring av offentlige virksomheter til selskaper er det særlig viktig å være oppmerksom på eventuell ulovlig offentlig støtte i forbindelse med fastsetting av åpningsbalanse, valg av selskapsform og bruk av omstillingsmidler. Ytterligere et forhold som det er viktig å vurdere er faren for krysssubsidiering i selskaper som både tillegges forvaltningsoppgaver og driver kommersiell virksomhet. Det er også viktig å være oppmerksom på at direktekjøp av tjenester knyttet til utførelse av forvaltningsoppgaver, og avtaler om kompensasjon for utførelsen av tjenester av allmenn økonomisk betydning kan reise støtterettslige problemstillinger.

- Åpningsbalanse, egenkapital og avkastning

Åpningsbalansen må gjenspeile de reelle verdiene i selskapet. I forbindelse med verdifastsettelsen må også verdien av løpende kontrakter inngå. Når det gjelder forholdet til regelverket om offentlig støtte er dette av betydning for å kunne vurdere om selskapets avkastning på egenkapitalen er i tråd med hva en tilsvarende privat investor ville ha krevd (markedsaktørprinsippet).

- Valg av selskapsform og øvrige rammebetingelser

I en del tilfeller vil det være behov for å opprette særlovselskaper. I denne sammenheng er det viktig å være oppmerksom på at offentlige garantiordninger som innebærer at det stilles sikkerhet for et selskaps forpliktelser, kan være konkurransevridende og i strid



med støtteregeleverket. Det vil derfor kunne være problematisk å velge en selskapsform der det offentlige har ubegrenset ansvar for selskapets forpliktelser. I tillegg er det viktig at de offentlige selskaperes rammebetingelser ikke er gunstigere enn konkurrentenes. Således kan det være problematisk i forholdet til støtteregelelene dersom selskapene får fritak for dokumentavgift, tinglysningsgebyr eller andre avgifter.

- Omstrukturering

Overføringer til omstrukturering må være øremerket til og rent faktisk anvendes til omstrukturingsformål. Kapital som er bevilget til omstrukturering, men som ikke blir brukt til slike formål, skal tilbakebetales til staten. Omstrukturingsmidler må ellers vurderes på samme måte som annen offentlig støtte. Det vil si at støtten normalt vil være ulovlig dersom det er lite sannsynlig at en rasjonell privat investor ville ha foretatt en tilsvarende omstrukturering. Dersom overføringen omfattes av vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) er den i utgangspunktet notifikasjonspliktig.

- Forvaltningsoppgaver og kommersiell virksomhet – krysssubsidiering

Offentlig eide foretak kan være tiltenkt en rolle som aktør både i konkurransemarkedet og innenfor områder som ikke er utsatt for konkurranse, for eksempel i en overgangsfase. For å unngå krysssubsidiering må det allerede ved opprettelsen av selskapene være foretatt en grundig vurdering av om selskapet kun skal forestå forvaltningsoppgaver eller om det også skal være en kommersiell aktør. Det er viktig at det ved opprettelsen av selskapet er lagt til rette for tiltak som hindrer krysssubsidiering fra den delen av driften som ikke er konkurranseutsatt til den konkurranseutsatte delen av selskapet. Primært bør slik rolleblanding, blant annet med risiko for krysssubsidiering, unngås ved å organisere oppgavene i separate juridiske enheter.»<sup>481</sup>

Arbeidsgruppen slutter seg til disse vurderingene.

<sup>481</sup> DIFI veileder 2014:1 [Fra stat til marked. Veileder om utskilling av virksomhet fra staten](#), s. 21-22.

#### 10.4.4 Arbeidstakerrettigheter og pensjon<sup>482</sup>

Oppdeling og utskilling av deler av offentlig virksomhet i egne enheter vil kunne ha konsekvenser for den enkelte arbeidstaker, spesielt for pensjonsordninger, men kan også påvirke arbeidsmarkedet og dets virkemåte i en bredere forstand, alt etter hvilket omfang som er aktuelt.

Fordi arbeidslivssystemet i Norge er sterkt koordinert på tvers av sektorer, er det ikke mange individuelle rettigheter som skiller mellom sektorene. Men på to områder er skillet markert: privat sektor er omtrent dobbelt så stor som offentlig og har mye lavere organisasjonsgrad og avtaledekning.

De fleste ansatte i privat sektor er med i en innskuddspensjonsordning. Nivået på innskuddspensjonen varierer fra det lovpålagte minstekravet på 2 prosent til de øvre rammene på 7 prosent, med mulighet for ytterligere tilleggssparing for den andelen av lønnen som er mellom 7,1 og 12 ganger grunnbeløpet i folketrygden («G» – per 1. mai 2017 er dette 93 634 kroner).

Det er også forskjeller mellom pensjonssystemene i offentlig og privat sektor. Offentlig sektor har i stor grad ytelsesbaserte ordninger, mens privat sektor ofte har innskuddsbaserte ordninger. Pensjonsordningen i offentlig sektor er som oftest offentlig tjenstepensjonsordning der pensjonsytelsene er på et bestemt nivå, og der pensjonsleverandørene samarbeider om hvem som utbetaler samlet offentlig tjenstepensjon for den enkelte arbeidstaker gjennom en egen overføringsavtale. I privat sektor er det forskjeller mellom de ulike ordningene, noe som gjør ordningene i privat sektor mer oppstykkede og variable.

Arbeidsmiljølovens formål er å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet, samt sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon, og bidra til et inkluderende arbeidsliv. Loven gjelder for de fleste arbeidsforhold i private og offentlige virksomheter. Ansettelsesforholdet til embetsmenn og tjenestemenn i staten er i tillegg regulert i statsansatteloven.<sup>483</sup>

<sup>482</sup> Kilder: NOU 2016: 15 *Lønnsdannelsen i lys av nye økonomiske utviklingstrekk*, Geir Veland og Jon M. Hippe «[Utviklingstrekk, utfordringer og mulige utviklingsveier for det norske pensjonssystemet](#)» Fafo-rapport 2014:11, Inger Marie Hagen, Kristine Nergaard og Dag Olberg «Offentlige tariffområder – endring og praktisering» Fafo-rapport 2017:15.

<sup>483</sup> Lov om statens ansatte mv. 16. juni 2017 nr. 67.

Det at ansettelsesforhold er regulert i egen lov gir det formelt sett en annen status enn det som følger av tariffavtale. De formelle forskjellene behøver imidlertid ikke alltid å reflekteres like sterkt i praktisk gjennomføring. På flere områder går det et skille mellom stat og kommune på den ene side og privat sektor på den andre hva gjelder lønnsdannelse og tjenestepensjonsordning. Tjenestepensjonsordningen er lovfestet i staten, avtalebasert i KS-området og vedtektsfestet i Oslo kommune. Utvikling i lønn og pensjon i stat og kommune følger i hovedsak samme logikk og prosess, mens privat sektors utvikling styres gjennom annet avtaleverk og med større internt mangfold.

#### 10.4.4.1 Utskillingsplikt som virksomhetsoverdragelse

Spørsmålet om konsekvenser for arbeidstakerrettigheter og pensjon er først og fremst knyttet til om utskillingen defineres som en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand, eller ikke (jf. arbeidsmiljøloven kapittel 16).<sup>484</sup>

Arbeidsmiljøloven definerer virksomhetsoverdragelse som overføring av en selvstendig enhet som beholder sin identitet etter overføringen (§ 16-1 første ledd). Om en enhet har bevart sin identitet, beror på en avveining av en rekke momenter, herunder om det overføres utstyr og lokaler, immaterielle rettigheter, ansatte og kunder, og må vurderes konkret.

Forutsatt at en utskillingsplikt vil bli definert som en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven, kommer en rekke regler som har til hensikt å verne arbeidstakeren i den konkrete situasjon, til anvendelse.

For det første overføres den tidligere arbeidsgivers rettigheter og plikter som følger av arbeidsavtale eller arbeidsforhold til den nye arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 første ledd. Det er ikke bare rettigheter og plikter som følger direkte av arbeidsavtalen som overføres, men også rettigheter som er opparbeidet gjennom praksis hos den tidligere arbeidsgiveren. Dette kan eksempelvis være godtgjørelse med hensyn til telefon, helse, opptjent krav på lønn samt den tidligere arbeidsgivers plikt til å gi feriefritid og betale feriepenger, jf. ferieloven § 12.

For det andre blir ny arbeidsgiver bundet av tariffavtale som tidligere arbeidsgiver var bundet av. Dette gjelder ikke hvis ny arbeidsgiver senest innen tre uker etter overdragelsestidspunktet skriftlig erklærer overfor fagforeningen at ny arbeidsgiver ikke ønsker å bli bundet, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 annet ledd. Av bestemmelsen fremgår dessuten at arbeidstakeren også beholder sine individuelle arbeidsvilkår som følge av tariffavtale som den tidligere arbeidsgiveren var bundet av, for eksempel rettigheter knyttet til lønn, ferie, permisjon, utdanning mv. Dette gjelder inntil denne tariffavtalen utløper eller til det inngås ny tariffavtale som er bindende for den nye arbeidsgiveren og de overførte arbeidstakerne.

Endelig overføres arbeidstakernes rett til opptjening av alders-, etterlatte- og uførepensjon etter kollektiv tjenestepensjon til den nye arbeidsgiveren, jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd. Her er det imidlertid et viktig unntak. Dersom virksomheten overføres til en ny arbeidsgiver som allerede har en kollektiv pensjonsordning fra før, er hovedregelen at denne kan gjøres gjeldende også for de overførte arbeidstakerne (jf. arbeidsmiljøloven § 16-2 tredje ledd andre punktum). Dette gjelder selv om pensjonsordningen er mindre gunstig for arbeidstakerne enn ordningen de opprinnelig hadde. Dette unntaket gjelder ikke for individuelt avtalte pensjonsordninger med den enkelte arbeidstaker, som overføres til ny arbeidsgiver som en del av arbeidsavtalen.

Avtalefestet pensjon (AFP) følger av tariffavtale. En videreføring av ordningen forutsetter at tariffavtalen overføres til ny arbeidsgiver eller at ny arbeidsgiver hadde tariffavtaledekning med AFP fra før.

Arbeidstaker har også mulighet til å motsette seg at arbeidsforholdet overføres til ny arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 16-3. Arbeidstaker som har vært ansatt i virksomheten i til sammen minst 12 måneder de siste to år før overdragelsestidspunktet, og som gjør gjeldende reservasjonsrett etter bestemmelsen, har fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver i ett år fra overdragelsestidspunktet, med mindre det gjelder en stilling arbeidstaker ikke er kvalifisert for.

Dersom overdragelsen ikke anses som virksomhetsoverdragelse, gjelder andre regler. Arbeidsavtalene er da ikke beskyttet av arbeidsmiljøloven kapittel 16. Ved behov for oppsigelser, vil den enkelte arbeidsavtale vurderes opp mot arbeids-

<sup>484</sup> Utskilling av statlig virksomhet er vurdert opp mot arbeidsmiljølovens virksomhetsoverdragelsesbegrep i DIFIs veileder 2014:1 [Fra stat til marked. Veileder om utskilling av virksomhet fra staten](#), punkt 3.4.2.

miljølovens alminnelige stillingsvernsregler, det vil si at en oppsigelse må ha saklig grunn i virksomhetens forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.

En utskilling av virksomhet for å avhjelpe støtte-rettslige problemer knyttet til skattefritak og konkursimmunitet vil som hovedregel være virksomhet som er en del av kjerneoppgavene til enheten som virksomheten skilles ut ifra. Som det fremgår av kapittel 7, er mye av den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten offentlig sektor utfører knyttet til salg av varer og tjenester som følge av ledig kapasitet på ulike områder. Det er etter dette arbeidsgruppens oppfatning at utskilling av virksomhet til en separat juridisk enhet som hovedregel må anses som en virksomhetsoverdragelse etter arbeidsmiljøloven.

#### 10.4.4.2 *Tariffavtalene og arbeidsgiverorganisasjonene*

Det norske arbeidsmarkedet er preget av høy organisasjonsgrad i det offentlige, men lavere i privat sektor. Det er også generell lovgivning som dominerer, med lite innslag av lovgivning som gjør forskjell mellom arbeidstakerne. Den viktigste kilden til ulikhet ligger trolig i at organisasjonsgraden varierer betydelig etter bransje.

Offentlig sektor dekkes av et stort antall tariffavtaler hvorav de viktigste er: hovedtariffavtalen i staten, hovedtariffavtalen i KS-område, avtaleområdet til KS-bedrift og Oslo kommunes overenskomster. I tillegg kommer avtalene innen Spekter Helse som omfatter alle de statlige helseforetakene, og som i Nasjonalregnskapet regnes som del av statlig sektor. Spekter har i dag 10 avtaleområder, hvorav området med helseforetakene er størst.

Offentlig sektor kan dermed i utgangspunktet sies å være en gjennomregulert del av arbeidsmarkedet, der både hovedorganisasjoner, forbund og lokale parter spiller viktige roller.

Et sentralt utviklingstrekk er at antall offentlige foretak har økt betraktelig. Dette gjelder både stat og kommune. Sysselsettingen økte i denne typen selskaper på 1990-tallet, men fra 2000 og frem til i dag har det vært et ganske stabilt sysselsettings-tall. I kommunal sektor har det blitt flere aksjeselskaper og interkommunale selskaper. Disse står også for en noe større andel av de sysselsatte i kommunal sektor.

Som en konsekvens av utskilling og annen omorganisering er det utviklet en rekke tariff-

avtaler eller overenskomster i det som kan betegnes som randsonen for offentlig sektor. I tillegg til de offentlige foretak kommer kommunale stiftelser. Man vil også finne en god del private virksomheter som helt eller delvis har likelydende tariffbestemmelser som i deler av offentlig sektor. Dette gjelder deler av det området som betegnes som ideell sektor og frivillige organisasjoner. Eksempler er ideelle organisasjoner innen helse og omsorg, men også folkehøgskoler, museer og andre kulturinstitusjoner og organisasjoner med et allmenntilgitt/ideelt formål. Det som kjenner dette området er gjerne at store deler av finansieringen skjer over offentlige budsjetter og at tjenestene er et supplement til de tjenestene det offentlige tilbyr på området.

Det er i dag to tariffområder som særlig fanger opp virksomheter i randsonen til offentlig sektor: Spekterområdet og overenskomstene i HUK-området<sup>485</sup> i Virke.

Spekter ble opprettet som NAVO i 1993, og begrunnelsen var at frittstående statlige virksomheter trengte en arbeidsgiversammenslutning. HUK-området i Virke ble opprettet i forbindelse med at APO i 1999 fusjonerte inn i Virke, som den gang het HSH. APO var opprinnelig forkortelse for Arbeidsgiverforeningen for private virksomheter i offentlig sektor, og het tidligere PHL (Private Helseinstitusjoners Landsforening).

#### 10.4.4.3 *Konsekvenser av utskilling for lønnsdannelse og avtaleverk*

Det er opp til de involverte parter å ta beslutning om virksomhetens institusjonelle tilknytning til det organiserte arbeidsliv etter et eventuelt skifte av tilknytningsform. Det er strukturer i arbeidsmarkedet som påvirker hvordan utfallet blir. Kommer man «nærmere» bransjer som har lav organisasjonsgrad, trekker det i retning av svakere tilknytning. Forblir man nær områder med høy organisasjonsgrad, videreføres denne lettere.

Tariffavtalenes varighet avtales mellom partene, og har i Norge i all hovedsak vært toårig. Det betyr at det ikke alltid tar lang tid å bytte eller å gå ut av avtaledekket område. Avtalene utløper normalt om våren. I NHO, Virke og i Spekter med unntak av helseforetakene, utløper de fleste tariffavtalene 31. mars. I de øvrige tariffområdene er utløp gjerne

<sup>485</sup> Helse, utdanning, kultur og frivillighet.

Tabell 10.1 Avtaledekning 2008 og 2016

Avtaledekning (målt ved AKU, SSB)	2008	2016
Offentlig sektor	100 %	100 %
Privat vareproduksjon	65 %	55 %
Privat tjenesteyting	55 %	53 %

Kilde: FAFO

tidligst 30. april. Tariffavtalene i HUK-området i Virke har utløpsdato 30. april.

Tariffavtalene omfatter flere enn de arbeidstakerne som er organiserte. Det skyldes blant annet at arbeidsgivere som er tariffbundet gjennom avtale- og rettspraksis, forpliktet å legge til grunn tariffavtalens vilkår også for ansatte i bedriften som ikke er organisert, hvis de faller inn under tariffavtalens virkeområde. Det anslås at drøyt halvparten av de ansatte i privat sektor befinner seg i en virksomhet som omfattes av tariffavtale, mens det er full avtaledekning i offentlig sektor.

Prosesser med utskilling og omorganisering er dynamiske og kan gå i flere ledd. Det kan starte med utskilling i eget selskap eller foretak med arbeidsbetingelser og pensjonsordninger for de ansatte som ligger nært det ansatte i offentlig sektor har. KS Bedrift er en slik organisasjon. Den omfatter blant annet utskilte kommunale virksomheter. I et slikt område i arbeidslivet kan flere arbeidsgiverorganisasjoner ønske at virksomhetene tilknyttes deres tariffområde. Et siste skritt for virksomheten kan være eierskifte.

Over de senere årene er det vokst frem tariffavtaler og tariffområder i randsonen til offentlig sektor. Noen av disse er nydannelser, andre er tariffavtaler eller tariffområder som har fått større betydning grunnet endringer i hvordan offentlig virksomhet organiseres.

I forbindelse med lønnsoppgjør og tariffpolitikk snakkes det ofte om samordning eller koordinering av forhandlingene. Erfaringsmessig har det vært stor grad av parallellitet i lønnsutviklingen mellom de brede delene av norsk økonomi. Dette gjelder selve lønnsveksten for etablerte virksomheter.

Et annet spørsmål er lønnsfordelingen mellom ulike grupper. Der er det en tendens til større ulikheter i privat enn offentlig sektor. Det er uklart i hvilken grad dette kan tilskrives ulik type verdi-

skapning og i hvilken grad det skyldes institusjonell løsning. Det som nok har sikrest betydning er i hvilken grad man er dekket av organiserte avtaleforhold. Derfor vil nok det viktigste spørsmålet være ulikheter i organisasjonsgrad. Da er det en problemstilling, i hvert fall for partene, at organisasjonsgraden er lav i store deler av privat sektor.

#### 10.4.4.4 Spesielt om statsansatte

Det viktigste lovmessige særtrekket i arbeidslivsreguleringen gjelder statlig ansatte. For ansatte i staten (med unntak av foretakene) er det statsansatteloven som i hovedsak regulerer forholdene, og ikke arbeidsmiljøloven som i kommunene. Antallet som omfattes har gått betydelig ned over tid. I tillegg gjelder forvaltningslovens regler for enkelte arbeidsrettslige vedtak som for eksempel tilsetninger, oppsigelse og avskjed.

Statsansatteloven regulerer forhold som ellers delvis er dekket av tariffavtaler mellom partene. En har blant annet egne regler for ansettelse og opphør av arbeidsforhold, vilkår for ulike tilknytninger til arbeidsplassene, samt regler for avskjedigelse. Det kan være ulikheter både hva gjelder regler for ansettelse og opphør av arbeidsforhold sammenlignet med andre sektorer. Statsansatte har flere rettigheter i spørsmål om nedbemanning. De har også sterkere medbestemmelse når det gjelder ansettelse og personalreglement. På den annen side har arbeidsgiver større adgang til midlertidige ansettelse enn det som gjelder ellers. Flytteleplikt for ansatte er også noe som er mer regulert.

Det at forhold er regulert i egen lov gir formelt en annen status enn det som følger av tariffavtale. De formelle forskjellene behøver imidlertid ikke alltid å reflekteres like sterkt i praktisk gjennomføring. På flere områder går nemlig skillet mellom stat og kommune på den ene side og privat sektor på den annen. Det gjelder lønnsdannelsen, herunder pensjon, som i staten er lovregulert, mens det er avta-

lebasert i KS-området.<sup>486</sup> Disse følger i hovedsak samme logikk og prosess selv om dette følger av lov i staten og avtale i KS-området. Privat sektors utvikling styres gjennom annet avtaleverk og med mye større internt mangfold.

I DIFIs veileder om utskilling av virksomhet fra staten er det gitt en fremstilling av «Personalpolitiske rammebetingelser og konsekvenser», som også kan legges til grunn for de utskillingsløsninger som drøftes i denne rapporten.<sup>487</sup>

#### 10.4.4.5 Nærmere om pensjon

Spørsmålet om omorganisering og mobilitet er et helt sentralt perspektiv for pensjonssystemers virkemåte. Fordi opptjening av pensjon skjer over tid, ofte hos flere arbeidsgivere, får det betydning for den enkeltes ytelse når den tid kommer, men også for hva arbeidsgiver får av forpliktelser og kostnader.

Bildet kompliseres også av at pensjon inngår som ledd i valget av arbeidsgiverorganisasjon og kan gi ulik pensjonsordning avhengig av hvilken tariffavtale bedriftene velger, selv om det vanligste i privat sektor er at tjenestepensjoner ikke er regulert i tariffavtaler. Pensjonsordningen kan også endres dersom bedriftene endrer arbeidsgivertilknytning og dermed tariffavtale. Mangfoldet kommer også til uttrykk ved at tariffavtaler kan åpne for skifte av pensjonsordning når virksomhetens konkurransesituasjon endres. Mangfoldet blir lett særlig stort for virksomheter i grenseflaten mellom offentlig og privat sektor.

Som følge av historisk bakgrunn og tradisjon er det således for lønn og pensjon de viktigste endringene kan komme ved utskilling av offentlig virksomhet. Hvilket avtaleområde og pensjonssystem som skal gjelde, avhenger blant annet av hvilken arbeidsgiverorganisasjonstilknytning de aktuelle utskilte virksomhetene velger (med mindre det blir bestemt av myndighetene ved utskillingen, slik det ble ved etablering av helseforetakene). Denne skillelinjen forsterkes også av forhold vi omtaler i kapittel 3 om økonomisk struktur. Det er ikke bare eierskapet som skiller; offentlig og privat sektor har stått for helt ulike deler av verdiskapingen i økonomien. Selv om det på store områder skjer en

form for konvergens, gjør det likevel overgangen markert for dem som blir berørt.

Hovedtyngden av pensjonene for vanlige arbeidstakere vil i overskuelig fremtid komme fra Folketrygden. Der oppstår ingen problemer ved omorganisering og mobilitet. Det bygges opp en pensjonsbeholdning på bakgrunn av all pensjonsgivende inntekt fra første krone til 7,1 G i perioden fra man fyller 13 år til man fyller 75 år. Opptjeningen utgjør 18,1 prosent av den pensjonsgivende inntekt i dette inntektsintervallet. I tillegg til dette kommer tjenestepensjon.

Offentlig og privat sektor har ulike systemer og hjemmelsgrunnlag for tjenestepensjon. Hovedregelen er at når du bytter arbeidsgiver, opphører medlemskapet i tjenestepensjonsordningen og det etableres et nytt rettsforhold. Innen offentlig sektor gir overføringsavtalen samling og samordning av opptjening i stat, kommuner og helseforetak under ett. I privat sektor er det ingen slik samordning ved bytte av jobb, men en individuell mulighet til å samle pensjonskapital fra ulike arbeidsforhold hos en finansinstitusjon.

De offentlige pensjonsordningene er foreløpig ikke fullt tilpasset pensjonsreformen. Dette gjelder både tjenestepensjon og AFP-ordningene. Det pågår et arbeid fra regjeringens side for å tilpasse disse ordningene, og det er dialog med partene i arbeidslivet.

I tillegg til tjenestepensjon har offentlig sektor og en del private virksomheter AFP-ordning. Ved jobbskifte sent i livet, er det fare for tap av muligheten til å ta ut AFP. Dette kan oppstå ved overgang fra avtaledekket bedrift i privat sektor til arbeidsgiver enten i offentlig sektor eller privat virksomhet som ikke er avtaledekket. Ved utskilling av offentlig virksomhet til ny privat virksomhet vil heller ikke eldre arbeidstagerne rekke å opptjene AFP i den nye virksomheten.

#### 10.4.4.6 Overgangsordninger for pensjon og reglene om offentlig støtte

Ved utskilling av offentlig virksomhet fra staten har det ved flere anledninger vært laget overgangsordninger for berørte ansatte, spesielt eldre ansatte som ikke vil rekke å opptjene AFP i privat sektor.

Slike overgangsordninger vil imidlertid være å anse som offentlig støtte etter regelverket for offentlig støtte. Selv om overgangsordningene innrettes slik at ytelsen går til arbeidstageren og ikke

<sup>486</sup> Se også forskrift 22. april 1997 nr. 374 om pensjonsordninger for kommunalt eller fylkeskommunalt ansatte.

<sup>487</sup> DIFI veileder 2014:1 [Fra stat til marked. Veileder om utskilling av virksomhet fra staten](#), punkt 3.4.

virksomheten, vil det som regel anses for å utgjøre en indirekte fordel for virksomheten. Begrepet offentlig støtte omfatter ikke bare «positive ydelser, men likeledes de inngrepp, der under forskjellige former letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget, og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger».<sup>488</sup> Spørsmålet er altså om foretaket oppnår en fordel som det ikke ville fått under normale markedsvilkår. Overgangsordninger for pensjon i forbindelse med konkurranseutsetting eller privatisering, notifiseres normalt til henholdsvis EU-kommisjonen eller ESA som så godkjenner ordningen før den iverksettes. Ordningen vil da være offentlig støtte, men godkjent.

Dersom støtteordningen har et legitimt formål, kan den godkjennes av henholdsvis EU-kommisjonen og ESA. Det er flere eksempler på dette, spesielt i tele- og postsektoren. I 2012 godkjente EU-kommisjonen en støtteordning for å dekke pensjonskostnader i Royal Mail (Storbritannia) som hadde oppstått fordi de tidligere var statsansatte. I 2011 godkjente EU-kommisjonen, på visse vilkår, en støtteordning for å tilsvarende pensjonskostnader til France Télécom fordi støtteordningen ville bidra til utvikling i telekommunikasjonsmarkedet på sikt.<sup>489</sup>

«An aid measure which aims to reduce the current social security costs of France Télécom, assumed at a time when the bulk of its activities were covered by a monopoly and the provision of a service did not require efficient economic behaviour, may contribute, in a different competitive environment, to improving the way in which the services formerly covered by the monopoly are supplied, provided that the allocation of the financial resources by the competing undertakings to their respective social security costs does not introduce any bias in a merit-based competition process. Admittedly, reservations are expressed below on the appropriateness of certain provisions of the Law to achieve the objective it sets. However, neither its legitimacy nor its conformity with the common interest objective of developing competitive electronic communications services mar-

kets, thereby contributing to technological progress and rapid economic growth in this activity, could be doubted.»

Det foreligger imidlertid noe praksis på at i visse tilfeller kan tilføring av ressurser som tar sikte på å utlikne tidligere monopolbedrifters konkurranseulempe i markedet, anses for ikke å være offentlig støtte. Dette gjelder der foretaket har en «strukturell ulempe» i forhold til sine konkurrenter. I 2016 kom Underretten til at lettelser i pensjonsforpliktelser for Deutsche Post ikke utgjorde en økonomisk fordel i henhold til støtteregele, fordi den bare tok sikte på å avhjelpe en «strukturell ulempe».<sup>490</sup> Underretten trakk en parallell til prinsippene om kompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning, der det i fravær av «overkompensasjon» heller ikke anses å foreligge ulovlig støtte. Retten kom til at dette heller ikke gjelder der et tiltak er begrenset til det som er nødvendig for å eliminere en strukturell ulempe.<sup>491</sup> De prinsippene som Underretten her ga uttrykk for, må anses som usikre, og har ikke blitt bekreftet av Domstolen. I Deutsche Post-vedtaket, som Underretten opphevet, trakk EU-kommisjonen også i tvil hvorvidt Combis-dommen er korrekt.<sup>492</sup>

Det er viktig å understreke at praksis på området hovedsakelig gjelder tidligere statlige monopolvirksomheter som privatiseres eller konkurranseutsettes i forbindelse med at tidligere monopolområder omdannes til markeder. I vedtakene som godkjenner støtteordningene, legges det stor vekt på at ordningene er en viktig faktor i å få åpnet opp tidligere monopolområder og skape markeder for aktiviteten.

Et mulig unntak her er EU-kommisjonens avgjørelse om å tillate en støtteordning for å dekke særlige pensjonsutgifter for Artica Shipping Oy.<sup>493</sup> Saken gjaldt omdanning av et selskap som tidligere hadde vært en del av staten til et statselskap som skulle konkurrere i markeder der det allerede var konkurranse internasjonalt, som isbryting, opprydding etter oljesøl, fergedrift i Finskebukta, samt noe internasjonal skipstransport. Omdanningen var med på å åpne disse markedene i Finland for konkurranse.

<sup>488</sup> Sak C-81/10 P France Télécom v Kommisjonen, ECLI:EU:C:2011:811, avsnitt 16. Se videre Kommisjonens kunngjøring om støttebegrepet, EUT 2016 C 262/1, avsnitt 66 ff.

<sup>489</sup> EU-kommisjonens vedtak nr. 2012/540/EU av 20. desember 2011. Se også EU-domstolens dom i BT Pension Scheme, sak T-230/09, ECLI:EU:T:2013:466, avsnitt 71.

<sup>490</sup> Sak T-143/12 Tyskland v Kommisjonen, ECLI:EU:T:2016:406, jf. særlig avsnitt 132 og 144.

<sup>491</sup> Sak T-143/12 Tyskland v Kommisjonen, ECLI:EU:T:2016:406, avsnitt 132.

<sup>492</sup> Vedtak 2012/636/EU av 25. januar 2012, EUT 2012 L 289/1, avsnitt 262.

<sup>493</sup> Vedtak 20104502/EU av 6. juli 2010 i saksnr N152/2010.



Det er derfor vanskelig å si noe sikkert om overføringsverdien til tilfeller der virksomheter skilles ut fordi de driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. I disse tilfellene vil det allerede eksistere et marked, i motsetning til de sakene som har vært behandlet av henholdsvis EU-kommisjonen og ESA.

#### 10.4.5 Gjennomføring av en utskillingsplikt

En plikt til utskilling innebærer en plikt til å overføre den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten til et selvstendig rettssubjekt som har skatteplikt og kan gå konkurs.

Hva gjelder en utskilling til interkommunale selskap, vil hver enkelt deltager fortsatt hefte ubegrenset for en andel av selskapets forpliktelser. Spørsmålet om konkursimmunitet står i en annen stilling ved utskilte enheter enn for virksomhet som drives integrert i offentlige enheter, som for eksempel kommuner. Arbeidsgruppen har i kapittel 1 kommentert at denne problemstillingen ligger utenfor mandatet, dog vil konkursimmunitet for selvstendige rettssubjekter måtte vurderes i henhold til de reglene som er utkrystallisert gjennom avgjørelsene i sakene La Poste og IFPEN.

I OECD (2012)<sup>494</sup> på side 31 pekes det på utskilling som et tiltak for å oppnå konkurransenøytralitet når dette er «*feasible and efficient*». Et krav om utskillingsplikt bør således utformes slik at det ikke pålegges med mindre gevinsten er høyere enn kostnaden, og at det er praktisk mulig å gjennomføre.

Gjennomføring av en utskillingsplikt vil i praksis innebære flere utfordringer og alternativer, herunder:

- identifisering og avgrensning av aktivitet som skal skilles ut
- praktisk gjennomføring av utskillingen (etablering av foretak, overføring av aktiva og ansatte, verdsettelse mv.)
- kompetanse til å beslutte utskilling eventuelt plikt til å foreta utskilling
- håndhevelse og tilsyn med utskilling

Hva gjelder første kulepunkt, er hovedregelen at forretningsmessig virksomhet organiseres som et eget rettssubjekt.

Identifisering og avgrensning av aktivitet må likevel ta hensyn til at virksomhetens karakter kan være mer nyansert. I DIFIs veileder «*Fra stat til marked*» pekes det på at blant de virksomhetene det kan være aktuelt å organisere som egne rettssubjekter, finnes: i) virksomheter som drives helt ut etter bedriftsøkonomiske kriterier, ii) virksomheter som samtidig skal ta visse samfunnsmessige hensyn eller ivareta bestemte samfunnsmessige oppgaver, og iii) virksomheter som primært skal levere bestemte samfunnspålagte oppgaver og derfor må etterleve nærmere bestemte krav til kvalitet. En utskillingsplikt bør utformes slik at den først og fremst retter seg mot å identifisere virksomhet i den første kategorien, mens unntak og særlige bestemmelser for å ivareta støtterettslige krav bør vurderes for de to andre kategoriene.

Hva gjelder praktisk gjennomføring av utskilling, slik som økonomiske og personalmessige rammebetingelser og konsekvenser, gir DIFIs veileder *Fra stat til marked* et godt utgangspunkt for en veileder som også kan benyttes som grunnlag ved en utskillingsplikt.

Hva gjelder kompetanse til å beslutte eventuelt plikt til å foreta utskilling, er det naturlig at denne ligger innenfor det rettssubjekt den forretningsmessige virksomheten utøves innenfor. Manglende etterlevelse av plikten til utskilling kan suppleres med kompetanse til å pålegge utskilling, jf. diskusjonen i punkt 10.4.5.1.

Fjerde kulepunkt om håndhevelse og tilsyn med utskilling er omtalt i punkt 10.4.5.2.

##### 10.4.5.1 Beslutningsmyndighet/lovkrav

Et grunnleggende spørsmål er på hvilket grunnlag utskilling skal besluttes, og hvem som skal ha slik kompetanse, herunder om utskilling skal være frivillig (som et alternativ til andre tiltak beskrevet ovenfor). I sistnevnte tilfelle må de støtterettslige problemstillingene anses som løst, slik at det ikke vil være behov for tvingende regler om utskilling (med mindre dette anses som ønskelig av andre årsaker). Det følgende tar derfor sikte på en situasjon der utskilling helt eller delvis gjøres obligatorisk. Dersom det velges en løsning hvor det gjennomføres tiltak uten utskilling, som beskrevet ovenfor i punkt 10.3, og disse løser de støtterettslige problemstillingene, vil det ikke være nødvendig å gi regler som krever utskilling.

En utskillingsplikt innebærer at det ikke vil være opp til den enkelte kommune eller fylkeskommune

<sup>494</sup> OECD (2012), *Competitive Neutrality. Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business*.



å foreta et valg mellom utskilling eller ikke-utskilling for å etterleve støtteregelverket, siden de tiltakene som kan avhjelpe støtteproblematikken uten utskilling dels vil måtte iverksettes fra sentralt hold (skatteplikt/likvidasjonsprosedyre), alternativt slik at det for konkursimmunitet vil være opp til kommunen å etterleve markedsaktørprinsippet, eventuelt supplert med et nasjonal kontrollregime. At kommuner av andre grunner kan velge å skille ut aktiviteten på frivillig basis, er en annen sak.

Det følger av dette at dersom støtteproblemet skal løses gjennom utskilling, i stedet for at det løses innenfor den bestående strukturen, bør utskilling gjennomføres som en plikt for den enkelte kommunen. En slik plikt kan etableres på flere måter.

Ett alternativ er å legge kompetansen til å pålegge utskilling i enkelttilfeller til et sentralt organ, enten på nasjonalt nivå eller til fylkesmannsembetene. Arbeidsgruppen anser en slik løsning for å være lite effektiv, og den vil innebære betydelig ressursbruk til kartlegging av virksomhet, oppfølging mv. Det er også på det rene at dersom det tas et valg om tvungen utskilling av EØS-rettslig økonomisk aktivitet, eventuelt underlagt visse begrensninger, vil dette sannsynligvis gjelde for aktivitetstyper som forekommer med betydelig likhet i ulike kommuner. Også av denne grunn fremstår en påbudshjemmel kombinert med konkrete vurderinger som lite hensiktsmessig. Dette utelukker likevel ikke at en slik hjemmel vil kunne ha en funksjon som supplement til en mer eller mindre generell utskillingsplikt.

En plikt til utskilling bør således følge direkte av lovgivning relatert til det respektive forvaltningsnivå, for eksempel som et forbud mot å utføre visse aktiviteter i egen regi (det vil si uten at den er skilt ut i et eget rettssubjekt som er underlagt skatteplikt og konkurslovgivning) i kommuneloven. Alternativt kan det formuleres en positivrettslig plikt til at virksomhet som er økonomisk og som eventuelt tilfredsstillende visse andre krav skal skilles ut i egne selvstendige rettssubjekter. En slik plikt bør suppleres med en tidsfrist. Et ytterligere alternativ er å utpeke et organ som vil kunne pålegge utskilling i enkeltsaker.

I Finland er den såkalte bolagiseringsskyldigheten inntatt i kommunallagen.<sup>495</sup> Hovedbestemmelsen lyder: «*När en kommun sköter uppgifter enligt 2 § i*

*ett konkurrensläge på marknaden ska den överföra skötseln av uppgifterna till ett aktiebolag, ett andelslag, en förening eller en stiftelse.*» Videre er det gitt bestemmelser som presiserer når det ikke foreligger et såkalt «*konkurrensläge*» på markedet. Det viktigste gjelder der «*kommunen på basis av lag som egen verksamhet producerar tjänster för kommuninvånarna och andra som kommunen enligt lag ska ordna tjänster för*». Videre er det gitt særlig unntak fra «*bolagiseringsskyldigheten*», som er omtalt nærmere ovenfor.

#### 10.4.5.2 Håndhevelse av en utskillingsplikt

En utskillingsplikt skaper utvilsomt både et behov for oppfølging og veiledning overfor den enkelte kommune/fylkeskommune og statlige enheter, samt håndhevelse dersom plikten ikke etterleves.

I valget av modell for håndhevelse og tilsyn med en utskillingsplikt kan det for eksempel sees hen til Finland. I Finland gjennomførte de finske konkurransemyndigheter sammen med regionforvaltningsmyndighetene i 2015 en kartlegging av kommunenes overholdelse av bolagiseringsplikten.<sup>496</sup> I 2017 ble det av de samme enheter gjennomført en kartlegging spesifikt rettet mot «*samkommuner*», der konklusjonen var at «*samkommuner har brister når det gäller iakttagandet av bolagiseringsskyldigheten, beaktandet av kraven på marknadsmässig prissättning och tolkningen av verksamhetens obetydlighet*».<sup>497</sup>

Den finske kommuneloven håndheves til dels av Finansministeriet og Regionförvaltningsverket. Sistnevnte kan på grunnlag av klager undersøke om kommunene har overholdt kommuneloven. I situasjoner som kan innebære et brudd på den finske konkurranselovens bestemmelser om konkurransemyndighetene, vil det være de finske konkurransemyndighetene som har kompetanse å håndheve dette.

Modellen synes med andre ord å basere seg på en kombinasjon av plikt, klager og aktivt tilsyn, der tilsyn gjennomføres i samarbeid mellom konkurransemyndighetene og regionforvaltningsmyndighetene. Modellen gir et godt grunnlag for å utnytte og utveksle informasjon mellom relevante myndigheter og tilsynsorganer, som også kan vur-

<sup>495</sup> Lag om ändring av kommunallagen, 626/2013.

<sup>496</sup> Se det finske konkurranse- og forbrukertilsynets pressemelding av 17. desember 2017 («*Brister i iakttagandet av kommunernas bolagiseringsskyldighet*»).

<sup>497</sup> Se det finske konkurranse- og forbrukertilsynets pressemelding av 4. januar 2017 («*Samkommunernas verksamhet kan medföra skadliga konsekvenser på marknaden*»).

deres tilpasset for de ulike forvaltningsnivåene og et tilsynsorgan ved en utskillingsplikt i Norge.

#### *10.4.5.3 Nærmere om den praktiske gjennomføringen*

Den praktiske gjennomføring av en utskilling bør ikke reguleres i detalj. I stedet bør det gis retningslinjer for praktisk gjennomføring tilpasset de ulike forvaltningsnivåene. DIFIs veileder om utskilling av virksomhet fra staten kan fungere som en modell for dette. Veilederen må innrettes slik at det klart fremgår hvilke krav som må ivaretas for at de løsningene som etableres er tilstrekkelig støtterettslig robuste med hensyn til verdsettelse av kapital, krav til realistisk avkastning med videre, med andre ord at markedsaktørprinsippet etterlevs i forbindelse med opprettelsen av den nye virksomheten.

#### **10.4.6 Vurdering av skattemessige sider ved en utskillingsløsning**

En utskillingsløsning innebærer at all EØS-rettslig økonomisk aktivitet skilles ut fra den offentlige aktørens rettssubjekt og legges til selskaper som er underlagt ordinær skatteplikt. Det vil være den enkelte offentlige aktør som har ansvaret for at all skattepliktig virksomhet blir skilt ut i eget rettssubjekt. Skattemyndighetene har kontrolladgang. En fordel med en utskillingsløsning er at den fra et skattemessig ståsted er enkel. Ved en slik tilnærming kan en benytte eksisterende skatteregler, skjemaer og systemer mv. for skattlegging av den økonomiske aktiviteten, eventuelt supplert med enkelte justeringer i skatteloven, jf. nedenfor. Der som staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak, helseforetak (offentlige aktører) konstaterer at den utfører en aktivitet som omfattes av utskillingsplikten, må aktiviteten skilles ut til et skattepliktig selskap som kan gå konkurs eller opphøre.

Utskillingsløsningen medfører at EØS-rettslig økonomisk aktivitet som i dag utføres av offentlige aktører og som etter gjeldende regler er skattefrie, blir skattepliktig. Samtidig bidrar løsningen til å sikre at offentlig økonomisk aktivitet ikke får fordeler av konkurransimmunitet. Samlet bidrar dette til likere konkurransevilkår mellom private og offentlige vare- og tjenestetilbydere. En utskillingsløsning vil løse alle problemer ESA har pekt på, såfremt de offentlige aktørene etterlever markedsaktørprinsippet. Det bør imidlertid vurderes presisert i norske regler for offentlige aktørers drift av økonomiske aktiviteter at de aktuelle aktørene må kreve markedsmessig avkastning på sin øko-

nomiske aktivitet. Et regnskapsmessig og organisatorisk skille mellom økonomisk aktivitet og de offentlige aktørenes øvrige aktiviteter vil også legge til rette for å motvirke kryssubsidiering.

Løsningen sikrer likevel ikke full likebehandling mellom offentlige og private tilbydere. I motsetning til private aktører vil de offentlige aktørene med en slik løsning fortsatt være skattefrie for rene kapitalinntekter, med mindre kapitalen knytter seg til eiendeler som er eid i skattepliktig virksomhet.

#### *10.4.6.1 Nærmere vurdering av løsninger*

Staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er, som nevnt i kapittel 6, i utgangspunktet skattefrie subjekter, jf. skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5. Visse nærmere angitte inntekter er likevel skattepliktige. Dersom man velger en utskillingsløsning, slik at EØS-rettslig økonomisk aktivitet som utføres av disse aktørene skal legges i separate skattepliktige selskaper, vil skattefritaket i § 2-30 fortsatt gjelde for kapitalinntekter (med mindre kapitalen knytter seg til eiendeler som er eid i skattepliktig virksomhet som må skilles ut). Dette gjelder for eksempel renteinntekter, enkelte leieinntekter mv.

Kommuner er dessuten også subjekter under fritaksmetoden, jf. kapittel 6. Dette innebærer at kommuner, i likhet med selskaper, som hovedregel fritas fra skatt på utbytte og gevinster på aksjer, samtidig som det ikke gis fradrag for tilsvarende tap. I utgangspunktet bør den samlede beskatningen av offentlige og private investorer være lik. Nedenfor vurderes den skattemessige likebehandlingen mellom offentlige og private investorer for så vidt gjelder gjeldsfinansiering og egenkapitalfinansiering når den offentlige aktøren driver virksomhet som er utskilt i egne skattepliktige selskaper. Det gis også en særskilt omtale av beskatningen av leieinntekter i slike tilfeller.

#### ***Gjeldsfinansiering***

For skattytere som har alminnelig skatteplikt, er det som hovedregel fradragsrett for alle rentekostnader. Motstykket til dette er at skattyter også er skattepliktig for alle renteinntekter. Stat, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er, med visse unntak, unntatt fra alminnelig skatteplikt, jf. skatteloven § 2-30 første ledd. Som utgangspunkt er nevnte offentlige aktører derfor ikke skattepliktig for renteinntekter, og har heller ikke generell fradragsrett for rentekostnader. Fradragsrett for gjeld og gjeldsrenter knyttet til offentlige aktørers skattepliktige virksomhet (kraftverk, visse eien-

dommer mv.) er regulert i skatteloven § 6-40 fjerde ledd, jf. § 4-53.

Imidlertid er gjeldsrenter fradragsberettiget i offentlig eide skattepliktige selskaper, på samme måte som andre privateide selskaper.

Forskjellene i behandlingen av gjeldsrenter kan utnyttes for å spare skatt. Dette kan typisk skje ved at offentlige aktører yter lån til datterselskaper.<sup>498</sup> Det skattepliktige selskapet kan da fradragsføre gjeldsrenter, mens motsvarende renteinntekter på det offentliges hånd ikke blir beskattet. Forskjellsbehandlingen av gjeldsrenter gir dermed offentlige aktører insentiver til å yte datterselskap kapital i form av lån i stedet for egenkapital. Selv om avkastning på både gjeld og egenkapital er skattefri på mottakerens hånd, vil imidlertid fradraget for gjeldsrenter i datterselskapet føre til at den offentlige aktøren og datterselskapet samlet sett sparer skatt ved gjeldsfinansiering fremfor finansiering med egenkapital. Det er uheldig at skattesystemet favoriserer slik gjeldsfinansiering. Når kommuner reduserer skattbart overskudd i sine selskap gjennom rentebetalinger, forskyves dessuten inntekter fra staten til den enkelte kommune.

Fra og med inntektsåret 2014 er det innført en regel om begrensning av fradrag for renter mellom skattytere som er i interessefellesskap (interne renter), jf. skatteloven § 6-41. Bestemmelsen kan også få anvendelse i tilfeller hvor kommuner yter lån til kommunalt eide selskap. I Prop. 1 LS (2013–2014) punkt 4.2.1 uttales det følgende om behovet for å la rentebegrensningsregelen få anvendelse i slike tilfeller:

«At satsforskjeller kan utnyttes for å spare skatt, er også aktuelt innenlands, for eksempel i forbindelse med lån fra kommuner til kommunalt eide selskap. Kommunene er ikke skattepliktige for renteinntektene, mens selskapene har fradragsrett for rentekostnadene. I den grad kommuner reduserer skattbart overskudd i sine selskap gjennom uforholdsmessige rentebetalinger, forskyves inntekter fra staten til den enkelte kommune.»

<sup>498</sup> Hvis en kommune yter lån eller leier ut lokaler til et selskap som driver økonomisk aktivitet, kan også denne aktiviteten i seg selv bli ansett å være økonomisk aktivitet (henholdsvis kredittforetak og utleie av næringslokaler).

Rentebegrensningsregelen er i utgangspunktet et tiltak mot overskuddsflytting for å motvirke at flernasjonale selskaper krever uforholdsmessige høye rentefradrag i Norge, mens den tilhørende renteinntekten beskattes med en lavere sats i utlandet. Ettersom stat, fylkeskommuner, kommuner og helseforetak ikke beskattes for renteinntekter oppstår lignende insentiver også internt i Norge. Rentebegrensningsregler bidrar til å begrense mulighetene for å plassere uforholdsmessige høye rentefradrag i offentlig eide selskaper, men løser imidlertid ikke problemet med at renteinntektene ikke blir beskattet hos mottakeren.

For å fjerne insentivet til å finansiere offentlig eide selskaper med gjeld kan disse aktørene gjøres skattepliktige for kapitalinntekter. På den måten vil skattefordelen av å kunne trekke fra gjeldsrenter i virksomheten bli motsvart av en tilsvarende skatteplikt for renteinntekten hos mottaker. Dette vil bidra til større grad av likebehandling mellom private og offentlige investorer.

#### *Egenkapitalfinansiering*

I likhet med selskaper er kommuner i tillegg fritatt for skatt på utbytte og gevinster fra aksjeselskaper mv. gjennom den såkalte fritaksmetoden og det generelle skattefritaket. Kommuner betaler dermed ikke gevinst- eller utbytteskatt ved utdeling av utbytte fra selskaper eller realisasjon av aksjer.

Fritaksmetoden skal hindre kjedebeskatning i selskapssektoren, det vil si at aksjeinntekter beskattes flere ganger i eierkjeder. Avkastning utover et skjermingsfradrag blir først skattlagt etter aksjonærmodellen når den blir utdelt til personlig aksjonær, enten gjennom utbytte eller gevinst ved realisasjon. For kommuner er imidlertid hensynet til å unngå kjedebeskatning ikke relevant fordi eier vil være endelig mottaker av gevinst og utbytte fra selskaper.

Som omtalt i kapittel 3 kan det i noen grad oppstå konkurransevriddinger mellom prosjekter eid av offentlige aktører og norske, personlige investorer når de offentlige aktørene ikke blir beskattet for gevinst og utbytte fra selskaper. Videre innebærer unntaket at offentlige investorer beholder en større andel av overskudd i prosjekter enn private aktører. Det gjelder også i utgangspunktet visse andre subjekter under fritaksmetoden, herunder staten, foreninger og stiftelser. For staten har unntaket i praksis lite å si fordi staten både ville være mottaker og skattyter under en eventuell utbytteskatt.

For at offentlige investorer og private investorer skal stå overfor like skatteregler, bør i utgangspunktet offentlige aktører omfattes av skatteplikt for utbytte og gevinster fra økonomisk aktivitet. Dette betyr at fritaksmetoden ikke bør gjelde for offentlige aktører, men de bør heller omfattes av utbytteskatten for gevinst og utbytte mottatt fra sine investeringer i selskaper. For gevinst og utbytte fra aksjeselskaper o.l. eid av staten direkte vil det være uhensiktsmessig å innføre utbytteskatt siden staten både er mottaker og skattyter.

#### *Leieinntekter*

Med noen få unntak er offentlige aktører skattefrie for utleieinntekter (både når de blir klassifisert som virksomhetsinntekt og som kapitalinntekt). På samme måte som for gjeldsrenter åpner også den asymmetriske behandlingen av leieinntekter og leiekostnader for tilpasningsmuligheter.

Forskjellene i behandlingen av leiekostnader kan utnyttes for å spare skatt. Dette kan typisk skje ved at offentlige aktører leier ut lokaler, løsøre eller ansatte til egne datterselskaper. Det skattepliktige selskapet kan da fradragføre leiekostnaden, mens motsvarende leieinntekter ikke blir beskattet. Dette insentivet vil dermed bestå selv om den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten blir skilt ut i eget selskap, og dermed blir skattepliktig. Den ulike behandlingen av leieinntekter på kommunal og selskapets hånd kan åpne for at den offentlige aktøren kan hente ut deler av overskuddet i den økonomiske aktiviteten skattefritt. Dette problemet kan løses ved at den offentlige aktøren blir skattepliktig for utleie i form av kapitalinntekter.

#### *10.4.6.2 Utforming av skatteplikt for kapitalinntekter*

Skatteplikten for kapitalinntekter bør i utgangspunktet utformes slik at den offentlige aktøren må skatte for alle kapitalinntekter (renteinntekter, utbytter, gevinster og leieinntekter) som ikke knytter seg til offentlig myndighetsutøvelse, både fra selskaper og andre innretninger mv. En slik skatteregel i kombinasjon med utskillingsplikt bidrar til å sikre at offentlige aktører blir skattlagt for kapitalinntekter på tilsvarende måte som andre norske investorer. I den grad den offentlige aktøren har overskuddslikviditet og mottar renteinntekter fra bankinnskudd og utbytte eller gevinst ved aksjeinvesteringer, kan det argumenteres med at det ikke skiller seg fra andre private personers og selskapers plasseringer, og følgelig bør beskattes.

Det kan være vanskelig å skille kapital som knytter seg til offentlig myndighetsutøvelse fra annen kapital. Et alternativ for å avgrense skatteplikten, men som i stor grad ivaretar hensynet til likebehandling med andre private investorer, kan være å knytte skatteplikten til kapitalinntekt fra aktiva mv. i selskaper kommunene har eierinteresser i. På den måte vil det kun være renteinntekter, leieinntekter og aksjeinntekter fra selskaper kommunen eier som blir skattepliktig. Renteinntekter fra bankinnskudd mv. som beholdes i kommunen som subjekt holdes da utenfor skatteplikten. Dersom en går inn for en slik løsning, må det vurderes hvor stor eierandel den offentlige aktøren må ha i det selskapet det mottas kapitalinntekter fra, for at det skal utløse skatteplikt på slike kapitalinntekter.

I den grad en offentlig aktør organiserer annen aktivitet som ikke er EØS-rettslig økonomisk aktivitet eller som ikke anses som virksomhet i skattelovens forstand, i et skattepliktig selskap, vil også kapitalinntekter fra denne delen av selskapet være skattepliktig på den offentlige aktørens hånd. I praksis vil det imidlertid være liten grunn til å tro at ikke-økonomisk aktivitet skal gi grunnlag for renteinntekter, utbytter og gevinst av betydning. Dersom aktiviteten likevel gir avkastning og er økonomisk lønnsom, gir det skatteevne og grunnlag for beskatning, selv om virksomheten etter EØS-retten ikke er å anse som økonomisk aktivitet.

Siden en utskillingsløsning går ut på å skille ut den økonomiske aktiviteten i egne selskaper, er det ikke grunnlag for å gi fradrag for gjeldsrenter på kommunal hånd. Gjenstående virksomhet i kommunen vil da kun omfatte ikke-økonomisk aktivitet som ikke vil være skattepliktig. Det vil dermed heller ikke være skattepliktig inntekt å gi fradrag for gjeldsrenter i.

Kommuneloven § 50 innebærer at kommunene som hovedregel bare kan ta opp lån til investeringer i egne bygg og anlegg, men dersom lånet tas opp i forkant av utleggene, kan likviditeten forvaltes i tråd med kommuneloven § 52 (forbud mot å ta vesentlig finansiell risiko) og kommunens eget finansreglement. Det kan argumenteres for at kommunen burde ha fradrag for gjeldsrenter i skattepliktig kapitalinntekt for den delen av gjelden som midlertidig er plassert i rente- og aksjemarkedet. Imidlertid vil en slik avgrensning mellom gjeld tatt opp for å finansiere rente- og aksjeplasseringer og gjeld tatt opp for å finansiere ikke-økonomisk aktivitet ikke være praktisk gjennomførbar. Videre

kan det påpekes at i den grad kommunalt eide selskaper har behov for lånekapital, bør dette også først og fremst tas opp direkte i selskapet og ikke indirekte gjennom kommunen ved at kommunen først tar opp lån på egen hånd og deretter videreformidler lånet til selskapet.

#### *10.4.6.3 Økonomiske virkninger av skatteplikt for kapitalinntekt*

Ifølge KOSTRA mottok kommunene utbytte og andre eierinntekter på i størrelsesorden 3,3 milliarder kroner i 2016. Dersom det innføres skatteplikt for utbytte uten skjermingsfradrag, utgjør dette i størrelsesorden 1 milliard kroner. Med skjerming vil beløpet være noe lavere.

Videre bør det vurderes skatteplikt for renteinntekter fra egne selskaper. I kraftsektoren finnes det flere eksempler på at kommunene har ytt ansvarlig lån til egne eide selskaper. Per 2017 hadde åtte offentlig eide selskaper ansvarlige lån på til sammen 8,2 milliarder kroner. Dersom en antar at gjennomsnittlig lånerente er 5 prosent, beløper samlede rentekostnader seg til om lag 400 millioner kroner. Samlet besparelse for de kommunale eierne ble da om lag 100 millioner kroner. Det er grunn til å tro at omfanget av slike rentetilpasninger er størst i svært lønnsomme investeringer som i kraftbransjen. Ut over dette antas omfanget å være mindre. På bakgrunn av en samlet vurdering antas derfor virkningen av skatteplikt for renteinntekter fra egne selskaper å være i størrelsesorden 200 millioner kroner.

### **10.4.7 Styrker og svakheter ved utskillingsplikt**

#### *10.4.7.1 Løsningseffektivitet*

Med tanke på skattefritak og konkursimmunitet vil en utskillingsplikt i egne juridiske enheter som beskrevet i punkt 10.4.2 representere en løsning på mulige støtterettslige problemstillinger. Ved utskilling av virksomheten i en selvstendig juridisk enhet som både er underlagt skatteplikt på ordinær måte og som kan gå konkurs, vil det ikke lenge foreligge støtterettslige problemer av denne art. Likevel er det ikke slik at en utskillingsplikt løser alle støtterettslige problemer. For eksempel forutsetter dette at kostnader allokteres mellom det offentlige organet og den utskilte enheten på en korrekt måte.

En utskilling vil bidra til å lette etterlevelsen med markedsaktørprinsippet og prinsipper om kryssubsidiering mellom EØS-rettslig ikke-økonomisk

og økonomisk aktivitet, fordi den økonomiske aktiviteten kan bedømmes uavhengig både med hensyn til kapital og avkastning. Også i utskilte enheter i form av selvstendige juridiske personer vil det imidlertid kunne oppstå støtterettslige problemstillinger, jf. punkt 10.6. Samtidig er det viktig at transaksjoner mellom eier og utskilt selskap skjer på markedsvilkår, jf. særlig situasjonen der den utskilte enheten er avhengig av å kjøpe varer eller tjenester fra eier.

En separat problemstilling oppstår der det velges en mer omfattende utskilling, slik at virksomheten som skilles ut ikke bare omfatter EØS-rettslig økonomisk aktivitet. I slike tilfeller oppstår tilsvarende problemstillinger knyttet til skillet mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet der begge typer virksomhet drives parallelt i samme rettssubjekt.

Dette innebærer at utskilling vil løse støtterettslige problemstillinger knyttet til skattefritak og konkursimmunitet. Samtidig vil utskilling legge til rette for etterlevelse (og kontrollmuligheter) av markedsaktørprinsippet og forbudet mot kryssubsidiering, selv om slike problemstillinger fortsatt kan oppstå både innad i slike enheter og i forholdet mellom den utskilte enheten og eier. Samtidig er det på det rene at faren for overtredelser, og ikke minst insentivene til dette, kan ha sammenheng med hvordan den utskilte enheten organiseres, for eksempel om det dreier seg om et konsern eller ikke. Dette spørsmålet behandles i punkt 10.6.2.

#### *10.4.7.2 Integrasjon med annen virksomhet: praktiske utfordringer*

Dersom den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten er organisert som en egen enhet/avdeling eller liknende, vil ikke en utskilling være særlig problematisk. Dette fremstår imidlertid ikke som særlig utbredt. Hovedutfordringen knytter seg til tilfeller der virksomheten er integrert i annen virksomhet, eventuelt der det bare sporadisk drives økonomisk aktivitet. Samtidig er det, jf. kapittel 5, en viss terskel for når aktivitet som drives i tillegg til en ikke-økonomisk hovedaktivitet i selv blir å regne som økonomisk.

Ved tilfeller hvor det ikke er mulig å henhøre den økonomiske delen av aktiviteten til bestemte forretningsadresser/anlegg, organisatoriske enheter, ansatte eller liknende sier det seg selv at en full utskilling av virksomheten ikke er mulig (i betydningen utskillelse av hele den vertikale verdikjeden som det drives økonomisk aktivitet i). Skattefritaks- og konkursimmunitetsproblematikken vil

kunne løses ved opprettelsen av et eget salgsselskap. En slik løsning ble akseptert av ESA i saken om laboratorietjenester i Trondheim kommune.<sup>499</sup>

I tilfeller hvor det er praktisk umulig å kutte båndene mellom EØS-rettslig økonomisk aktivitet og annen aktivitet (typisk støttetjenester), vil en utskilling i for eksempel et eget salgsselskap ikke nødvendigvis løse de grunnleggende problemstillingene knyttet til kapitalavkastning (markedsaktørprinsippet og krysssubsidierting). Selv om enheten både vil kunne gå konkurs og betale skatt av overskudd, vil det også kreves en reell kostnadsallokering og avkastning for å etterleve markedsaktørprinsippet og krysssubsidiertingsprinsippene. Ved aktiviteter der virksomhetene ikke kan separeres, vil utskilling nok kunne lette tilsynet med at disse prinsippene respekteres, men selve utskillingen representerer ingen garanti for slik etterlevelse. Dersom det finnes løsninger på skattefritaks- og konkursimmunitetsproblematikken som ikke forutsetter utskilling, representerer dette dermed et argument mot utskilling.

Der det er praktisk vanskelig å skille ut den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten fordi den henger tett sammen ikke-økonomisk aktivitet, vil en løsning kunne være å velge utskilling også av den ikke-økonomiske aktiviteten. For eksempel der en kantine leverer catering i et kommersielt marked, men primært betjener kommunal ikke-økonomisk virksomhet, kunne hele kantinen vært skilt ut i en egen juridisk enhet. Arbeidsgruppen understreker at en slik utskilling går lenger enn det EØS-avtalen krever, men at det kan være en måte å løse praktiske problemstillinger knyttet til en mer begrenset utskilling.

En slik løsning vil kunne føre til at hele kantinetilbudet må legges ut på anbud, idet man vil stå overfor et tilfelle av såkalt uegentlig egenregi der anbudspflicht inntreer hvis mer enn 20 prosent av aktiviteten i enheten skjer i det kommersielle markedet.

#### *10.4.7.3 Det kommunale selvstyret og den kommunale organisasjonsfriheten*

Den kommunale organisasjonsfriheten er en del av det kommunale selvstyret. Prinsippet legger føringer på den statlige styringen av kommunal sektor. Prinsippet legger til grunn at den enkelte

kommune har de beste forutsetningene for å vite hvordan en tjeneste/aktivitet bør organiseres for å ivareta de hensynene som er viktige i kommunen, for eksempel påvirkningsmuligheter for innbyggerne eller en effektiv organisering av kommunal sektor og ressursbesparelse.

En plikt til å organisere en del av kommunens virksomhet på en bestemt måte vil redusere den kommunale organisasjonsfriheten. Imidlertid vil kommunene gjennom egne selskaper fortsatt ha mulighet til å utøve de forretningsmessige aktivitetene den ønsker. Organisasjonsfriheten er i praksis ikke tolket dit hen at kommunene har en absolutt frihet til å bestemme hvordan enhver aktivitet skal organiseres. Oppgaver som inkluderer offentlig myndighetsutøvelse kan illustrere dette da slike oppgaver som hovedregel skal legges til enten kommunen som rettssubjekt eller i et vertskommunesamarbeid. Hensynene bak denne begrensningen er blant annet borgernes rettssikkerhet og legitimitet for det offentliges handlinger. Begrunnelsen for en ytterligere begrensning av organisasjonsfriheten ved en utskillingsplikt, vil være likere konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører.

#### *10.4.7.4 Styringslinjer, rolleforståelse og ansvarsforhold*

Kommunene er i dag eiere av mange selskaper. Det er særlig selskaper organisert etter aksjeloven og IKS-loven som er mest benyttet i kommunal sektor. Bakgrunnen for at virksomhet legges til selskaper kan være mange. Ofte henger det sammen med at oppgavene ikke er typisk kommunale kjerneoppgaver og en vurdering av at etatsmodellen ikke er egnet til denne formen for aktivitet med tanke på organisering og styring.

Selv om de fleste kommuner har erfaringer med å eie selskaper, kan en utskillingsplikt for EØS-rettslig økonomiske aktiviteter generere større behov for selskapsrettslig kompetanse både blant de folkevalgte og administrasjonen i kommunen.

#### *10.4.7.5 Demokratiperspektiv og åpenhet i kommunene*

En utskillingsplikt vil trolig også medføre etablering av flere kommunale selskaper og/eller at en del eksisterende selskaper blir større. Det kan antas at det i hovedsak vil være forretningsmessig virksomhet som i henhold til en utskillingsplikt vil legges til selskaper, og ikke kommunale kjerneoppgaver og produksjon av elementære velferdstjenester. Det er særlig sistnevnte oppgaver

<sup>499</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 129/13/COL of 20 March 2013 to propose appropriate measures with regard to state aid granted to the Analysis Centre Trondheim.

og virksomhet på områder som skole, barnehage, helse- og sosial, vei og kommunal arealplanlegging som er gjenstand for lokalt engasjement og diskusjoner om prioriteringer, og der både politikerne og innbyggerne ønsker å påvirke utviklingen. Et spørsmål er om fremtidig økt bruk av selskaper har konsekvenser for lokaldemokratiet.

#### *10.4.7.6 Helhetlig planlegging og styring av kommunens virksomhet*

En eventuell utvikling hvor større deler av virksomheten på sikt må skilles ut fra kommunen og legges til selskaper, kan medføre at muligheten for politikere og administrasjon til å foreta helhetlig planlegging og styring av den samlede kommunale virksomheten blir mindre og mer komplisert.

## **10.5 Avgrensningskriterier for tiltak**

De tiltakene som er vurdert ovenfor vil kunne avgrenses etter ulike kriterier. Selv om tiltakene er ulike (det vil si innebærer utskilling eller ikke) finner arbeidsgruppen det mest hensiktsmessig å drøfte disse samlet, siden liknende hensyn gjør seg gjeldende for de ulike kriteriene. Vurderingen i dette avsnittet forutsetter ikke at det foretas et absolutt valg mellom utskilling og ikke-utskilling. Ulike tiltak og dermed også avgrensningskriterier vil kunne kombineres avhengig av hva som finnes hensiktsmessig. Flere kriterier vil også kunne kombineres.

Gruppen har vurdert følgende kriterier for å avgrense tiltak for å avhjelpe mulige støtterettslige problemstillinger:

1. om samhandels- og/eller konkurransevidningsvilkårene er oppfylt i den enkelte sak
2. prosentvis andel av EØS-rettslig økonomisk aktivitet.
3. utvalg av sektorer/typer aktivitet
4. omsetningsnivå/terskel i form av «ubetydelighet» eller liknende
5. fast vs. sporadisk virksomhet

Spørsmålet om det er adgang til å begrense tiltakene i henhold til slike kriterier beror blant annet på om ordningene (skattefritak og konkursimmunitet) anses som generelle støtteordninger eller som individuell støtte. Som påpekt i punkt 7.2 må skattefritaket etter flertallets syn mest sannsynlig anses som en generell støtteordning. Konkursimmunitet utgjør derimot mest sannsynlig ikke en støtteordning siden spørsmålet om eventuelle

fordeler knyttet til immuniteten videreføres til den økonomiske aktiviteten, beror på om markedsaktørprinsippet overholdes i enkeltsaker.

Dersom en støtteordning tilpasses slik at det ikke oppstår samhandelsvirkning, vil det imidlertid ikke foreligge brudd på EØS-reglene. Dersom skattefritaket eksplisitt avgrenses mot tilfeller hvor det foreligger samhandelspåvirkning, vil det ikke lenger foreligge en støtteordning som omfattes av artikkel 61 i EØS-avtalen.

Det er naturlig først å se på kriterier under støttereglene selv.

For det første kan tiltakene gjøres avhengig av hvorvidt vilkårene om konkurransevidning og samhandelspåvirkning er oppfylt. Slik det er vist i punkt 7.2.4 har særlig samhandelsvilkåret spilt en mer betydningsfull rolle i avgrensingen av støttereglene, og det er ikke særlig tvil om at enkelte typer EØS-rettslig økonomisk aktivitet i mange norske kommuner ikke vil omfattes av støttereglene grunnet manglende samhandelspåvirkning.

Vurderingen i kapittel 7 ovenfor konkluderte med at skattefritaket mest sannsynlig må anses som en støtteordning, mens dette er mer usikkert for konkursimmunitet siden denne ikke automatisk kan sies å medføre en fordel for økonomisk aktivitet forutsatt at markedsaktørprinsippet overholdes. I alle fall vil skattefritaket derfor i sin helhet være i strid med støtteregelveverket selv om ikke samtlige vilkår i artikkel 61(1) er oppfylt i det konkrete tilfellet. Dersom utskillingsplikten fanger opp samtlige tilfeller hvor samhandels- og konkurransevidningsvilkårene er oppfylt, anser arbeidsgruppen imidlertid at det EØS-rettslige problemet vil være løst.

En ulempe med å benytte dette som avgrensning er at rammevilkårene for kommuner vil bli ulike avhengig av en konkret vurdering av om støttereglene kommer til anvendelse eller ikke. Til dette kommer at tolkningen og anvendelsen av vilkårene fremstår som usikre, og er avhengig av en konkret vurdering av den enkelte aktiviteten og potensialet for påvirkning av samhandel. Samtidig vil en slik avgrensning skape stadig usikkerhet om hvorvidt vilkårene er oppfylt eller ikke. En kartlegging og vurdering av hvilke aktiviteter som omfattes vil også være ressurskrevende, og kan neppe overlates til den enkelte kommune. For en mulig skatteplikt anses disse vilkårene som lite praktikable. Som avgrensning av en generell utskillingsplikt vil



det gi tilfeldige utslag opp mot overordnede politiske beslutninger om hvilke aktiviteter det offentlige skal drive med. Arbeidsgruppen vil derfor ikke anbefale en slik avgrensning.

Et annet kriterium etter støtteregele vil være graden av EØS-rettslig økonomisk aktivitet innenfor en blandet virksomhet basert på bruk av reglene om infrastruktur. Som påpekt i punkt 5.8 er det støtte i ESAs retningslinjer om støttebegrepet for at en virksomhet som bare innebærer inntil 20 prosent aktivitet som normalt ville vært ansett som økonomisk, i sin helhet anses som ikke-økonomisk. Et slikt kriterium er praktisk, og den enkelte offentlige enhet kan enkelt tilpasse seg grensen. Dersom et slikt kriterium gjennomføres konsekvent og generelt, innebærer dette at det ved økonomisk aktivitet basert på bruk av infrastruktur-kriteriet ikke vil finnes gjenværende støtterettslige problemer knyttet til skattefritak og konkursimmunitet. Dette kriteriet gjelder imidlertid bare for infrastruktur, og vil derfor ikke kunne gi en generell løsning. I saken om den katolske skolen i Getafe hadde generaladvokaten lagt til grunn en 10 prosent grense, men dette ble ikke fulgt opp av EU-domstolen, som la til grunn at hver aktivitet måtte vurderes for seg og eventuell støtte måtte vurderes forholdsmessig for hver aktivitet.<sup>500</sup> Det kan likevel ikke utelukkes at et prosentbasert kriterium kan være akseptabelt for ESA, jf. ESAs retningslinjer om støttebegrepet. Sannsynligvis er en slik avgrensning bedre egnet for en utskillingsløsning enn som avgrensning av en skatteplikt, siden en skatteplikt forutsetter en løpende vurdering.

En tredje mulig avgrensningsmulighet er kun å implementere bestemmelser i bestemte sektorer der forholdene ligger til rette for det. En slik løsning vil kunne etterlate støtterettslige problemstillinger knyttet til skattefritak og konkursimmunitet i sektorer som ikke omfattes, og der det da må gjennomføres andre tiltak. Når det gjelder løsninger som ikke baseres på utskilling, det vil si innføring av skatteplikt, fremstår en avgrensning etter sektorer som tilfeldig og lite treffsikker. En avgrensning etter sektorer kan være mer hensiktsmessig for en utskillingsplikt, dersom det er felles trekk ved virksomhetene som gjør utskilling til et enkelt og praktikabelt alternativ.

<sup>500</sup> Sak C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe, ECLI:EU:C:2017:496.

En fjerde mulighet innebærer at det innføres en omsetningsgrense. Denne muligheten fremstår som spesielt egnet for en mulig skatteplikt. En slik omsetningsterskel vil for eksempel kunne baseres på den såkalte *de minimis*-regelen (regelen om bagatellmessig støtte). I saken om den katolske skolen i Getafe viste EU-domstolen også til disse reglene, og at støtte som etter forordning (EU) nr. 1407/2013<sup>501</sup> anses som bagatellmessig anses:

«not to affect trade between Member States and not to distort or threaten to distort competition; such measures are therefore excluded from the concept of State aid».<sup>502</sup>

Støtte som er bagatellmessig, det vil si som ikke overstiger € 200 000 over en tre-årsperiode, anses altså å falle helt utenfor EØS artikkel 61(1). De *de minimis*-regelen er basert på *støttebeløpet*, som i denne saken vil være lik det beløpet som skulle ha vært innbetalt som skatt dersom den offentlige EØS-rettslig økonomiske aktiviteten hadde vært underlagt samme skatteregime som private. Dette betyr også at omsetningsterskler kan settes betydelig høyere enn de beløp som er angitt i de *de minimis*-forordningen. Samtidig er det på det rene at de *de minimis*-forordningen opererer med en tre-årsperiode, slik at en permanent løsning uansett vil kreve en avklaring med ESA.

Den siste muligheten arbeidsgruppen har vurdert er et skille mellom fast og sporadisk virksomhet. Sporadisk virksomhet vil typisk være leilighetsvis salg fra kantiner, mens typisk fast virksomhet er stående tilbud overfor allmenheten med løpende kontrakter.<sup>503</sup> Som kriterium for en skatteplikt fremstår dette som komplisert, siden skatteplikten forutsetter en løpende vurdering av virksomheten. Som kriterium for utskilling kan det defineres terskler for når virksomheten bør skilles ut, men det er likevel på det rene at utskilling kan være vanskelig av andre årsaker, for eksempel at virksomheten er integrert med annen og ikke-økonomisk virksomhet.<sup>504</sup>

<sup>501</sup> Gjennomført i norsk rett i forskrift 1213/2008 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

<sup>502</sup> Sak C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania v Ayuntamiento de Getafe, ECLI:EU:C:2017:496, avsnitt 82.

<sup>503</sup> Som eksempel, se Asker og Bærum brannvesen IKS på <http://boligalarmbrannvesenet.no/>.

<sup>504</sup> Likevel slik at det må vurderes konkret om utskilling av også de ikke-økonomiske tjenestene kan være et alternativ. Tjenesten brukt som eksempel i forrige note utføres for eksempel av et IKS.

I Finland er det gjort særlige unntak fra den utskillingsplikten som er gjennomført der. Denne løsningen gir et godt eksempel på en kombinasjon av ulike kriterier. I den finske kommuneloven er unntakene angitt som følger:

«1) verksamheten ska anses vara obetydlig,

2) kommunen med stöd av lag uttryckligen får producera tjänster för någon annan aktör eller delta i anbudsförfaranden som gäller sådan verksamhet,

3) kommunen producerar stödtjänster för dottersamfund enligt 16 a § som ingår i kommunkoncernen,

4) kommunen producerar tjänster för anknutna enheter enligt 10 § i lagen om offentlig upphandling eller för anknutna företag eller samföretag enligt 19 § i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster,

5) kommunen hyr ut lokaler i huvudsak för användning i kommunens egen verksamhet och till dottersamfund som ingår i kommunkoncernen eller för användning inom sådan tjänsteproduktion där kommunen har konkurransutsatt produktionen,

6) kommunen producerar på grundval av anställning tjänster för dem som är anställda hos kommunen eller hos dottersamfund enligt 16 a § som ingår i kommunkoncernen, eller

7) verksamheten direkt anknyter till skyldigheten att förbereda sig för undantagsförhållanden enligt en beredskapsplan som avses i beredskapslagen (1552/2011).»<sup>505</sup>

Den finske ordningen representerer med dette en kombinasjon av flere av de faktorene som er drøftet ovenfor, blant annet en *de minimis* regel (ubetydelig virksomhet, typisk sporadisk salg av overkapasitet) og bestemte typer virksomhet. I den finske løsningen er utskillingsplikten imidlertid ikke knyttet opp mot den konkrete anvendelsen av støtteregele gjennom konkurransevidnings- og samhandelskriteriet selv om unntaket for ubetydelig virksomhet riktignok vil fange opp mange tilfeller

der disse vilkårene ikke er oppfylt. Arbeidsgruppens oppfatning er at en slik løsning bør vurderes nærmere i dialog med ESA. Særlig er det grunn til å fokusere på en avgrensning i henhold til en beløpsgrense fastsatt på bakgrunn av reglene om bagatellmessig støtte. Dette gjelder både utskilling og andre tiltak.

En avgrensning av tiltakene bør også ta høyde for at en utskillingsplikt for visse typer virksomhet eller avgrenset etter visse kriterier kan kombineres med løsninger som ikke forutsetter utskilling, det vil si separate regnskaper og innføring av skatteplikt. Da vil det nødvendigvis være totalløsningsen som må vurderes opp mot støtteregelverket. Eksempelvis kan det tenkes en løsning der utskillingsplikt avgrenses til de tilfeller hvor virksomheten enten allerede drives som en enhet innenfor det offentlige, eller der en utskilling vil være relativt enkel. Løsninger uten utskilling (separate regnskaper og skatteplikt) kan forbeholdes resterende tilfeller, og vil i tråd med det som er sagt ovenfor kunne begrenses etter kriterier som er akseptable for ESA. Dersom en utskillingsløsning kombineres med alternativer som ikke fordrer utskilling, betyr dette at Norge har stor frihet til å bestemme rammene for en eventuell utskillingsplikt. Valg av virkemiddel er imidlertid avhengig av hva som finnes mest egnet og medfører så få ulemper og ressursbruk som mulig.

Dersom det er ønskelig å avgrense tiltakene som er drøftet, er det arbeidsgruppens oppfatning at dette bør skje i en dialog med ESA. Samtidig vil arbeidsgruppen understreke at situasjonene stiller seg ulikt for henholdsvis skattefritak og konkurransimmunitet. Vedrørende det siste vil det være tilstrekkelig å unngå at økonomiske fordeler tilflyter den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten gjennom etterlevelse av markedsaktørprinsippet. En slik ordning behøver neppe avgrenses til bestemte situasjoner, men bør gjelde generelt. Dersom det er ønske om å avgrense tiltak, bør dette skje i dialog med ESA, der punktene 1) – 5) ovenfor alle kan være alternativer.

<sup>505</sup> Lag om ändring av kommunallagen, 626/2013.

## 10.6 Markedsaktørprinsippet og kryssubsidiering i utskilte enheter

### 10.6.1 Oversikt

Arbeidsgruppen har i sitt arbeid blitt gjort oppmerksom på flere potensielle støtterettslige problemstillinger knyttet til utskilt virksomhet. Disse er berørt mer sporadisk ovenfor. Selv om gruppen ikke har foretatt en systematisk kartlegging av slike problemstillinger, ligger det likevel innenfor gruppens mandat å foreslå tiltak som kan effektivisere etterlevelsen av støttereglene også i disse tilfellene. For at utskillingsløsninger skal være effektive, kreves det at disse er utformet slik at de ikke legger til rette for eller selv avstedkommer ytterligere støtterettslige problemstillinger.

Eventuelle ytterligere tiltak for å legge til rette for konkurranse mellom offentlige og private foretak tas opp i punkt 10.8.

Dette kapitlet behandler ikke etablering av andre generelle kontroll- og tilsynsordninger, se om dette i punkt 10.9. De tiltakene som diskuteres, vil være av generell regulatorisk art.

I foretak som verken er gjenstand for unntak fra skatteplikt eller konkursimmunitet, vil de støtterettslige problemstillingene være knyttet til mulig kryssubsidiering ved at virksomheten tilføres midler fra ikke-konkurransutsatt virksomhet, for eksempel ved kjøp av tjenester under markedspris, og manglende etterlevelse av markedsaktørprinsippet (typisk manglende krav til avkastning på investert kapital). Problemstillingene kan oppstå hver for seg eller sammen.

Som et utgangspunkt vil det ikke være strukturelle, organisatoriske eller regulatoriske forhold som vanskeliggjør etterlevelse av støttereglene i offentlige foretak som utgjør selvstendige juridiske enheter. Derimot vil en slik organisering heller ikke fungere som en garantist mot overtredelser, og organiseringen kan ha betydning både for *insentivene* til å bryte støtteregelverket og kan også bidra til å legge til rette for ubevisste overtredelser.

Støtteproblematikk knytter seg spesielt til to forhold: Transaksjoner mellom eier og foretak og spørsmålet om disse skjer til markedspris, og til verdsettelse og avkastning av kapitalen som er investert. Begge innebærer spørsmål om markedsaktørprinsippet følges, i første tilfelle salg

til underpris/kryssubsidiering og i det andre et spørsmål om etterlevelse av markedsaktørprinsippets krav til avkastning. Det vises til behandlingen av disse problemstillingene på generelt grunnlag i punkt 4.2.

Det som særpreger spørsmålene om offentlig støtte i utskilte enheter er at de oppstår i enkelt saker og ikke knytter seg til foretakets struktur, systematisk ulike rammevilkår etc. Dermed er det også som utgangspunkt opp til den enkelte eier å forsikre seg om at støttereglene overholdes. Der det dreier seg om utskilte enheter, vil det altså ligge til rette for etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Slik etterlevelse er likevel avhengig av at eieren følger opp de konkrete forpliktelser som prinsippet oppstiller, og at dette følges opp gjennom realistiske kontrollordninger.

### 10.6.2 Virksomhetens struktur (konserner)

I arbeidsgruppens arbeid har det fremkommet påstander om at organisering av foretak i konsern legger til rette for ulovlig offentlig støtte i form av kryssubsidiering, der bare deler av virksomheten er konkurranseutsatt. Dette skjer ved at kostnader knyttet til konkurranseutsatt virksomhet reelt sett belastes monopoldelen av virksomheten. Arbeidsgruppen legger til grunn at slik kryssubsidiering kan forekomme innenfor slike strukturer.

Et konsern kjennetegnes ved at to eller flere rettslig sett selvstendige selskaper er knyttet sammen som mor- og datterselskap eller datterselskaper med samme morselskap. Det avgjørende er om et selskap har en «bestemmende innflytelse» over et annet selskap. Slik bestemmende innflytelse vil foreligge dersom selskapet har stemmeflertall i det andre selskapet, men kan også etableres på annet grunnlag. I begrepet morselskap ligger det at selskapet langt på vei kan styre den økonomiske virksomheten i datterselskapet. Koblingen mellom selskapene gjør det mulig å organisere virksomheten under en felles ledelse. Morselskapet utgjør konsernledelsen, og morselskapet vil i praksis være representert i datterselskapets styre.

Det kan være ulike årsaker til at en virksomhet organiseres som et konsern. En grunn kan være å begrense ansvaret for en risikofylt virksomhet ved at denne for eksempel legges til ett av flere konsernselskaper. En annen grunn kan være at det trengs ekstern kapital til en kapitalkrevende del av virksomheten, men ikke til andre deler.

Konsernbidrag er i utgangspunktet en skattemessig ordning hjemlet i skatteloven. Ordningen gir mulighet for overføring av overskuddslikviditet innen et konsern, nedover, oppover, eller til siden i eierkjeden. Bruken av konsernbidrag kan bidra til at overskuddslikviditet kan anvendes der det trengs, men også til å jevne ut overskudd og underskudd blant konsernselskapene. Dette kan bidra til å sikre foretakets virksomhet selv om det ikke innebærer likvider i særlig omfang.

Organiseringen av konsern er som regel nettopp et utslag av et ønske om å samordne virksomhetene i de ulike foretakene i konsernet som en helhet, med et morselskap som den som reelt bestemmer. Med et slikt utgangspunkt øker sannsynligheten for at foretak i konsernet kjøper varer og tjenester til priser som gavner konsernet som helhet. Selv om man har formelle skiller mellom virksomheter i ulike selskaper, kan realiteten dermed være en annen.

Selv om en konsernorganisering kan tilsløre kryssubsidiering mellom ulike virksomhetsdeler, mener et flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Halvorsen, Hennyng, Kvalheim, Schei, Reegård, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*), i arbeidsgruppen, at det likevel ikke er grunnlag for å forby slik organisering. Dette skyldes at muligheten for kryssubsidiering er til stede i samme utstrekning der det ikke er etablert en konsernstruktur. Det henvises i denne sammenheng til særmerknaden fra *medlemmene Djupvik og Sundal* i punkt 10.7 nedenfor.

Flertallet i gruppen (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*) foreslår at det bør innføres en generell kontroll med etterlevelsen av markedsaktørprinsippet, som også vil fange opp brudd innenfor konsernstrukturer, jf. punkt 10.9 nedenfor.

## 10.7 Arbeidsgruppens anbefalinger

Det kan legges til grunn at det ikke er EØS-rettslig påkrevet å skille ut EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives internt i det offentlige. Dette gjelder selv om konkursimmunitet skulle anses som en generell støtteordning, og selv om tilpasningen da blir noe mer kompleks.

Gjennomgangen har identifisert fordeler og ulemper både med løsninger basert på utskilling og løsninger som ikke forutsetter utskilling. En løsning basert på utskilling innebærer at den økonomiske aktiviteten (eventuelt også ikke-økonomisk aktivitet) skilles ut i en selvstendig juridisk person underlagt alminnelig konkurs- og skattelovgivning. En løsning basert på ikke-utskilling innebærer krav om separate regnskaper, innføring av skatteplikt og eventuelle tiltak knyttet til konkursimmunitet. Fordeler og ulemper ved ulike tiltak er vist i tabell 10.2.

Tabell 10.2 Fordeler og ulemper ved ulike tiltak

	Utskilling	Ikke utskillingsplikt
<b>Fordeler</b>	Enkel og effektiv løsning på ESAs påpekning Kan lette kontrollen med markedsaktørprinsippet og kryssubsidiering	Beholder nåværende organisasjonsmessige struktur Unngår omorganiseringer
<b>Ulemper</b>	Reduksjon i offentlig sektors organisasjonsfrihet Kan være komplisert å skille ut deler av integrert virksomhet Arbeids- og pensjonsrettslige utfordringer Kan oppstå utilsiktede virkninger ved at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse på tidligere egenregivirksomhet Løser ikke problematikk knyttet til markedsaktørprinsippet og kryssubsidiering	Komplisert skatteregime Usikkerhet knyttet til regnskapsregler Ressurskrevende å implementere krav om separate regnskaper Løser ikke problematikk knyttet til markedsaktørprinsippet og kryssubsidiering

Arbeidsgruppens flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Hennyng, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*) har konkludert med at innføring av et krav om regnskapsmessig skille representerer en nødvendighet for å etterleve støttereglene med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå krysssubsidierting. Dette peker i retning av en løsning der det lages en generell regel om regnskapsmessig skille for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet som ikke er særskilt unntatt.

Et slikt skille utgjør også en forutsetning for innføring av et konkurransenøytralt skatteregime, som i tilfelle ikke-utskilling må anses som nødvendig for å bringe regelverket på linje med reglene om offentlig støtte.

Disse reglene kan eventuelt avgrensnes «nedad» i henhold til kriterier som kan få gjennomslag overfor ESA, enten dette dreier seg om «uvesentlig» aktivitet, prosentvis grense i henhold til blanding økonomisk/ikke-økonomisk aktivitet, omsetningsgrense mv. *Disse medlemmene* anser at EØS-reglernes avgrensning er kompliserte å forholde seg til, og vil anbefale at reglene gjelder generelt, men med standardiserte innslagspunkter. For denne løsningen taler også hensynene til noenlunde like regler i de ulike kommuner.

En enkel løsning vil være å la reglene være avhengig av en omsetningsterskel. En slik terskel kunne muligens vært kalkulert ut fra estimert skattefordel basert på normale avkastningskrav, slik at en deretter kunne kommet frem til en praktikabel grense basert på virksomhetens omsetning. En slik grense kunne vært supplert med andre kriterier, jf. for eksempel den finske løsningen.

Arbeidsgruppen mener videre at denne anbefalingen vil ta høyde for eventuelle problemstillinger knyttet til konkursimmunitet, som i tilfelle uten utskilling løses gjennom etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Ytterligere tiltak vil ikke være nødvendig, så lenge den kapitalen som benyttes i den ikke-utskilte økonomiske aktiviteten er korrekt verdsatt, jf. punkt 10.9.3.2.

Dersom det velges en løsning basert på separate regnskaper og skatteplikt, vil dette ikke utelukke at utskilling velges der det er hensiktsmessig, for eksempel der utskilling fremstår som enklere, et bedre alternativ for virksomheten, eller er ønskelig av andre årsaker. Flertallet (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Halvorsen, Hennyng, Kvalheim, Reegård,*

*Schei, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*), anser at valg av utskilling må være opp til det offentlige selv. I en slik vurdering vil selvsagt også hensynet til effektiv drift, og hvordan det er ønskelig ut fra økonomiske og politiske mål å organisere offentlig sektor, kunne spille inn. Dette flertallet anser en generell plikt til utskilling som lite realistisk dersom det offentlige skal beholde en frihet til også å drive forretningsmessig aktivitet.

**Særmerknad fra medlemmene Djupvik og Sundal**  
*Gruppens medlemmer Djupvik og Sundal* har en særmerknad til dette punktet. *Disse medlemmene* mener at det er på det rene at det er betydelige fordeler med utskilling knyttet til etterlevelse av EØS-regelverket. De alternativene som vurderes uten utskilling, med for eksempel fordeling av gjeld og tilhørende rentefradrag på henholdsvis skattefri og skattepliktig del, vil bli kompliserte og lite treffsikre. *Disse medlemmene* mener at utskilling også minimerer fordelene det offentlige har forbundet med konkursimmunitet. Utskilling er dermed en effektiv løsning på de støtterettslige problemstillingene, siden det automatisk vil innføre skatteplikt og muligheter for konkurs.

Utskilling vil gjøre det lettere å føre kontroll om hvorvidt det ytes regelstridig støtte. Virksomhetene vil måtte følge regnskapsregler som for private, samt ha ekstern revisor. Det vil øke transparens, som i seg selv er forebyggende og forenkler kontroll. I tillegg vil utskilling gjøre det lettere å stille avkastningskrav og vurdere om kravet oppfylles.

Disse hensynene tilsier at økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet ikke blir drevet i én og samme juridiske person/foretak. *Disse medlemmene* mener at hovedregelen bør være at slik drift er forbudt, om enn ikke ubetinget. I realiteten er dette et krav om at slike virksomheter skilles fra hverandre.

Utskilling av virksomhet i flere selvstendige juridiske enheter hindrer ikke at de har identisk eier. En hovedregel som nevnt ovenfor innebærer derfor ikke noe forbud mot hva slags virksomhet et foretak, for eksempel eid av en kommune, kan drive.

De nevnte hensyn tilsier etter *disse medlemmenes* mening at det også er nødvendig med et funksjonelt skille mellom disse foretakene, og dermed også mellom virksomhetene de driver. For eksempel bør styremedlemmer og daglig leder i foretakene ikke være de samme.

I forlengelsen av ovennevnte mener *disse medlemmene* at et utskilt foretak som driver ikke-økon-

misk aktivitet (monopol) ikke bør kunne eie et foretak som driver økonomisk aktivitet (som er konkurranseutsatt). I et slikt tilfelle har man å gjøre med et morforetak og et datterforetak, der morforetaket har nær full styringsrett over datterforetaket, jf. prinsippet i aksjeloven om konserner. I praksis er det vanskelig å hindre slik styring. Dette kan tale for at slik organisering ikke bør være tillatt. Foretak som driver henholdsvis økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, bør derfor heller ikke ha identisk morforetak. Dette hindrer ikke at for eksempel en kommune eier foretakene direkte eller indirekte, så lenge foretakene ikke er del av samme konsern. Det bør vurderes nærmere hvordan dette kan gjennomføres i praksis.

*Disse medlemmene* mener at et forbud mot å drive økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet i ett og samme foretak ikke bør være absolutt. Både hensyn til effektiv bruk av ressurser og til å unngå store administrative kostnader kan i unntakstilfeller tilsi at virksomheter blir drevet i samme foretak.

**Særmerknad fra arbeidsgruppens medlem Hennyng**  
I kapittel 10.7 fremkommer arbeidsgruppens anbefalinger:

«Arbeidsgruppens flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Hennyng, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*) har konkludert med at innføring av et krav om regnskapsmessig skille representerer en nødvendighet for å etterleve støtteregele med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå krysssubsidiering. Dette peker i retning av en løsning der det lages en generell regel om regnskapsmessig skille for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet som ikke er særskilt unntatt.

Et slikt skille utgjør også en forutsetning for innføring av et konkurransenøytralt skatteregime, som i tilfelle ikke-utskilling må anses som nødvendig for å bringe regelverket på linje med reglene om offentlig støtte.

Disse reglene kan eventuelt avgrenses «nedad» i henhold til kriterier som kan få gjennomslag overfor ESA, enten dette dreier seg om «uvesentlig» aktivitet, prosentvis grense i henhold til blanding økonomisk/ikke-økonomisk aktivitet, omsetningsgrense mv.»

I den forbindelse viser *medlemmet Hennyng* til OECDs retningslinjer av 2012 som også anbefaler å innføre en nedre grense for når eventuelle tiltak skal iverksettes.

Skattlegging og krav om markedsmessig avkastning på helt ubetydelige aktiviteter vil trolig innebære at de administrative byrdene og kostnadene forbundet med tiltakene, overstiger inntekten fra tjenesten, slik at kommunen ikke lenger kan tilby tjenesten til lokalbefolkningen. Viktige tjenestetilbud i de minste kommunene, slik som for eksempel kinodrift og utleie av kommunale bygg, står da i fare for å forsvinne uten at det foreligger et (tilfredsstillende) privat tilbud. Det vil ha negative konsekvenser for kommunenes innbyggere.

Notion of Aid sine retningslinjer for når tilknyttet aktivitet er omfattet av statsstøttereguleringen, kan her være retningsgivende for når norske myndigheter må iverksette tiltak. I Notion of Aid er det slått fast at dersom infrastruktur benyttes både til økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, så vil all aktivitet vurderes som ikke-økonomisk dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 prosent av den årlige totale kapasiteten til infrastrukturen.

I kapittel 7.2 i Notion of Aid fra 2016 står det i avsnitt 207 at:

«If, in cases of mixed use, the infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, the Commission considers that its funding may fall outside the State aid rules in its entirety, provided the economic use remains purely ancillary, that is to say an activity which is directly related to and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use. This should be considered to be the case when the economic activities consume the same inputs as the primary non-economic activities, for example material, equipment, labour or fixed capital. Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. (305) Examples of such ancillary economic activities may include a research organisation occasionally renting out its equipment and laboratories to industrial partners.

In this respect, the economic use of the infrastructure may be considered ancillary when the capacity allocated each year to such

activity does not exceed 20 per cent of the infrastructure's overall annual capacity.»

Dette vil for eksempel ha betydning ved salg av restkapasitet. Dersom for eksempel sykehuslaboratoriet også benyttes til salg av restkapasitet i markedet, så vil all aktivitet anses ikke-økonomisk dersom salget av restkapasitet ikke overstiger 20 prosent. Det vil derfor etter støtteregulverket ikke være nødvendig å innføre tiltak i slike situasjoner.

Selv om en utskillingsplikt ikke er foreslått av arbeidsgruppens flertall, annet enn som en sanksjon som skal kunne ilegges av Konkurransetilsynet, så finner *medlemmet Hennyng* grunn til å påpeke at utskilling av økonomisk aktivitet kan få store negative konsekvenser for, for eksempel kommuner og deres innbyggere.

En plikt til utskilling av økonomisk aktivitet griper direkte inn i kommunenes selvstyre, herunder kommunenes frihet til å organisere sitt tjenestetilbud til befolkningen. Tiltaket er også i strid med EØS-avtalens artikkel 125 som verner om eiendomsretten og statens suverene rett til å organisere offentlige tjenester, jf. også EØS-avtalens artikkel 59(1).

Det er viktig at kommuner har rett til å bestemme hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig ut i fra behovet for eierskapsstyring og kontroll, sektorpolitiske målsetninger, effektivitetsbetraktninger og hva som er samfunnsøkonomisk mest lønnsomt. Å innføre en utskillingsplikt vil kunne innebære store administrative og økonomiske kostnader, og kunne føre til bortfall av tjenestetilbud og dyrere tjenester til befolkningen.

I noen tilfeller kan utskilling også være svært vanskelig å få til på grunn av manglende separabilitet (delbarhet). For eksempel vil et laboratorium der utstyret benyttes til å analysere egne prøver og prøver for kommersielle kunder, vanskelig kunne deles fysisk. Utskilling kan dessuten redusere effektiviteten på grunn av økte administrative kostnader fordi kommunen dermed må ha doble systemer, i form av to administrasjoner, økt personale etc. Videre kan det føre til lavere kapasitetsutnyttelse, fordi kommunen går glipp av viktig know-how og informasjonsdeling når deler av virksomheten må skilles ut i eget separat selskap. Kommunen mister da også bestiller-kompetanse.

Dette har også en side til anskaffelsesregulverket. Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger

det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregulverket kommer ikke til anvendelse. Et typisk eksempel er der to enheter innenfor samme rettssubjekt inngår en avtale. Disse tilfellene omtales gjerne som egentlig egenregi. Dersom den økonomiske aktiviteten skilles ut i et eget rettssubjekt vil derimot anskaffelsesregulverket sette en skranke for kjøp mellom disse to rettssubjektene gjennom uegentlig egenregi.

Det betyr at dersom det nye rettssubjektet har større omsetning enn 20 prosent til andre enn kommunen, så mister kommunen muligheten til å kjøpe tjenesten direkte fra det nye selskapet. Kommunen vil da måtte kjøpe tjenesten gjennom en anskaffelsesprosedyre. Kommunen vil trolig heller ikke kunne leie ut lokaler, infrastruktur eller andre tjenester til det nye selskapet, da det i seg selv også vil anses å utgjøre økonomisk aktivitet. Utskilling fører således til store kostnadmessige og organisatoriske utfordringer i de tilfeller hvor den økonomiske og ikke-økonomiske aktiviteten er integrert.

## 10.8 Ytterligere tiltak for å oppnå like konkurransevilkår

Arbeidsgruppen er også bedt om å vurdere andre tiltak som ikke er påkrevet for å etterleve støttereglene, «*men som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn.*» Slike tiltak kan deles i to: Tiltak som bidrar til å effektivisere etterlevelsen av støttereglene, og tiltak som ikke er knyttet opp mot støtteproblematikk, men som kan være ønskelige av andre hensyn. Dette siste kan typisk gjelde like konkurransemuligheter for offentlige og private aktører. Endelig kan det vurderes om det bør innføres regler om offentlig støtte også der samhandelsvilkåret i EØS-avtalen artikkel 61 ikke er oppfylt.

Et flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Sundal, von der Fehr og arbeidsgruppens leder, Hjelmeng*) vil anbefale at det innføres et generelt prinsipp om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre (juridisk betegnet som økonomisk aktivitet) skal dette gjøres på markedsmessige vilkår, det vil si at det stilles et krav om markedsmessig avkastning i virksomheten. Etter *disse medlemmers* oppfatning er dette ønskelig av hensyn til konkurransenøytralitet også der EØS-avtalens regler om offentlig støtte ikke kommer til anvendelse på grunn av



manglende samhandlingspåvirkning, og fordi det bidrar til like rammevilkår for offentlige aktører uavhengig av om samhandelen er påvirket eller ikke. Endelig vises det til at det er samfunnsøkonomisk lønnsomt at driften skjer på markedsvilkår.<sup>506</sup>

Et krav om drift på markedsmessige vilkår kan formuleres som følger: «Offentlige aktører som driver økonomisk aktivitet plikter å drive denne etter markedsmessige prinsipper.» En slik plikt bør gjelde uavhengig av hvordan aktiviteten er organisert, det vil si om den skjer i egne rettssubjekter eller ikke. Det må utredes nærmere hvordan en slik regel best kan innpasses i lovverk, prinsipper for Eierstyring eller liknende.

*Mindretallet (medlemmene Halvorsen, Hennyng, Kvalheim og Reegård)* er uenige i forslaget om å innføre et generelt prinsipp om markedsmessige vilkår/markedsaktørprinsippet.

Det er usikkert om dette er tenkt innført som en lov- eller forskriftsbestemmelse.

Forslaget om å innføre et generelt prinsipp eller krav om markedsmessige vilkår ble foreslått sent i prosessen uten nærmere redegjørelse om forslaget innhold, rekkevidde eller konsekvenser.

Det fremkommer av forslaget at markedsaktørprinsippet skal gjelde uavhengig av om samhandelskriteriet i artikkel 61(1) er oppfylt eller ikke. Det er ikke klargjort om det generelle prinsippet om markedsmessige vilkår skal vurderes i lys av de øvrige vilkårene i artikkel 61(1), for eksempel kravet til selektivitet, herunder om man skal legge til grunn eksempelvis domstolpraksis fra EU/EØS når man skal anvende prinsippet.

Forslaget synes således å være mangelfullt begrunnet og gjennomarbeidet.

Markedsaktørprinsippet er en av flere tester som blir brukt for å vurdere om et tiltak representerer en økonomisk fordel under artikkel 61(1), og det er ikke alltid at markedsaktørprinsippet er den relevante testen. For det tilfellet at et tiltak utgjør en økonomisk fordel etter markedsaktørtesten, kan tiltaket likevel bli brakt utenfor anvendelsesområdet til statsstøttereguleringen fordi andre støttevilkår ikke er oppfylt. Markedsinvestorprinsippet blir dessuten stadig vanskeligere å leve opp

til. Kravene i Notion of aid er betydelig skjerpet og prinsippet passer best for større transaksjoner med krav om forretningsplaner, uavhengig ekspertvurdering osv.

Videre vil for eksempel de krav til avkastning som en privat leverandør antas å sette, ikke nødvendigvis kunne legges direkte til grunn av kommunale etater, da de ofte vil forfølge andre målsetninger med sine vare- og tjenestetilbud enn private leverandører. Markedsinvestorprinsippet er ikke egnet til å håndtere problemstillinger knyttet til kommunale vare- og tjenestetilbud som er begrunnet i at det private markedet ikke tilbyr den aktuelle varen eller tjenesten til ønsket pris, kvalitet eller omfang.

Det er heller ikke redegjort for de nærmere konsekvensene av forslaget. Dog siden markedsaktørprinsippet vil gjelde uavhengig av samhandelskriteriet og dermed går lenger enn EØS-avtalen artikkel 61(1), vil forslaget ramme mindre lokale aktiviteter særlig i små kommuner. I likhet med skatteplikt, vil krav om markedsmessig avkastning på helt små eller ubetydelige aktiviteter trolig innebære at de administrative byrdene og kostnadene forbundet med tiltaket, overstiger inntekten fra tjenesten, slik at kommunen ikke lenger kan tilby tjenestene til lokalbefolkningen eller at tilbudet blir for dyrt for innbyggerne. Viktige tjenestetilbud i de minste kommunene, slik som for eksempel kinodrift, svømmehaller og utleie av kommunale bygg, står da i fare for å forsvinne uten at det foreligger et (tilfredsstillende) privat tilbud. Det vil ha negative konsekvenser for kommunenes innbyggere.

Dette mindretallet stiller også spørsmål ved at flertallet i denne forbindelse ser ut til å sette likhetstegn mellom samfunnsmessig lønnsomhet og drift etter markedsmessige prinsipper. Innenfor post, offentlig transport, strømforsyning og bredbåndsutbygging kan det eksempelvis være samfunnsmessig lønnsomt å forsyne områder der private tilbydere ikke finner dette bedriftsøkonomisk lønnsomt. I en rekke tilfeller kan det også være politisk ønskelig å tilby innbyggerne varer og tjenester selv om det verken er bedrifts- eller samfunnsøkonomisk lønnsomt.

Slik flertallet har utformet sitt forslag ser det heller ikke ut som det er lagt opp til unntak fra kravet om at offentlig økonomisk aktivitet må drives etter markedsmessige prinsipper. Kravet går slik sett mye lenger enn støttereguleringen som har en rekke unntak fra støtteforbudet, og står derfor i motstrid til støttereguleringen innenfor dettes

<sup>506</sup> Se Bjørnenak et al. (2005), punkt 2.4.

anvendelsesområde. Det gir ellers dårlig sammenheng i regelverket om adgangen til ikke å drive på markedsmessige vilkår skal være snevrere utenfor støtteregelverkets anvendelsesområde enn innenfor. Et krav om at økonomisk aktivitet må drives etter markedsmessige prinsipper må derfor trolig bygges ut med en rekke unntak. Da må det tas standpunkt til om disse skal være direkte anvendelige eller om de må notiseres og forhåndsgodkjennes, og i tilfelle hvem som skal være tillagt denne oppgaven.

*Medlemmene Djupvik og Sundal* peker på at arbeidsgruppen i punkt 7.2.4 viste til at for at samhandelsvilkåret skal være oppfylt er det i utgangspunktet tilstrekkelig at støtten kan påvirke samhandelen. Samtidig vises det til at EU-kommisjonen i de siste årene har forsøkt å heve grensen for når tiltak anses å være egnet til å påvirke samhandelen. Så langt har ikke EU-domstolen behandlet disse sakene, og følgelig foreligger det ikke noen avklaring på om EU-kommisjonens nye fortolkning av samhandelsvilkåret vil bli lagt til grunn av EU-domstolen. I spørsmålet om like vilkår mellom offentlige og private aktører er ikke spørsmålet om samhandelspåvirkning nødvendigvis avgjørende. Avhengig av praksisen rundt grensen for samhandelspåvirkning, bør det vurderes hvorvidt det bør innføres støtteregler uavhengig av samhandelspåvirkning tilpasset norske forhold.

Selv om det faller utenfor arbeidsgruppens mandat, mener *disse medlemmene* at det bør utredes om det bør være lovbestemte vilkår for når det offentlige kan drive økonomisk aktivitet.

## 10.9 Mekanismer for etterlevelse av regelverk og tiltaksforslag

### 10.9.1 Innledning

Etter dagens regelverk er håndhevelsen av EØS-avtalens regler om offentlig støtte lagt til ESA og nasjonale domstoler. Nasjonalt har Nærings- og fiskeridepartementet et veilednings- og koordineringsansvar, men fører ikke tilsyn med reglene. Et visst tilsyn med reglene føres imidlertid av andre organer, særlig Riksrevisjonen for saker med statlige støttegivere og kommunenes egenkontroll i saker med kommunale støttegivere. I den såkalte

avfallssaken<sup>507</sup> aksepterte ESA at kontrollen med de endringene som ble innført i avfallsforskriften kapittel 15 for å hindre krysssubsidiering mellom husholdningsavfall og næringsavfall, ble ivarettet innenfor rammene av kommunelovens egenkontrollsystem.<sup>508</sup> Se nærmere i punkt 8.1 om kommunenes egenkontroll.

Arbeidsgruppen er bedt om å foreslå håndhevelsesløsninger for de foreslåtte tiltakene. Gjennomføringen av ulike tiltaksforslag er beskrevet ovenfor i tilknytning til beskrivelsen av det enkelte tiltaket. Eksempelvis vil innføring av en skatteplikt administreres av Skatteetaten, mens en plikt til utskilling vil for eksempel kunne inntas som et krav i kommuneloven og i statlig sektor kunne gjennomføres ved instruks.

Uansett hvilke løsninger som velges, vil ikke tiltakene eliminere muligheten for ytterligere støtterettslige problemstillinger (brudd på markedsaktørprinsippet, krysssubsidiering). Samtidig er det på det rene at overholdelse av disse prinsippene også representerer en forutsetning for at de tiltakene som er drøftet ovenfor, på en adekvat måte skal avhjelpe de problemstillinger ESA har påpekt. For eksempel vil separate regnskaper og etterlevelse av markedsaktørprinsippet være en forutsetning for at eventuelle fordeler som følge av konkursimmunitet ikke skal tilflytte ikke-utskilt økonomisk aktivitet.

Arbeidsgruppens flertall har i tråd med dette gjentatte ganger understreket behovet for et økt fokus på etterlevelse av markedsaktørprinsippet, som gruppen anser som svært sentralt. I praksis er dette et spørsmål om det bør innføres nasjonale håndhevelsesordninger på dette punktet.

I arbeidsgruppens mandat vises det til Produktivitetskomisjonens vurderinger:

«Produktivitetskomisjonen mener at virkemidlene i konkurranseloven ikke er tilstrekkelige for å sikre konkurranse på like vilkår mellom offentlige og private tjenestetilbydere. Norge har svake virkemidler for å løse konkurranseutfordringer som oppstår når offentlige virksomheter utfører oppgaver

<sup>507</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 174/13/COL of 30 April 2013 to close the case concerning the financing of municipal waste collectors.

<sup>508</sup> Se brev fra daværende FAD til ESA av 25. mars 2013 og ESAs vedtak 174/13/COL om å lukke saken.

i et marked. Konkurransemyndighetene i våre naboland har de senere årene fått nye redskap som tar sikte på å løse konkurranseutfordringer som oppstår når det offentlige utfører oppgaver i et marked. Produktivitetskommisjonen mener at det er viktig at Norge får et sterkere håndhevingsregime på dette området.»

Problemstillingen knyttet til etterlevelse av markedsaktørprinsippet er imidlertid bredere enn bare forsterket håndhevelse av regelverket. Et generelt fokus på etterlevelse vil også rette seg mot informasjon og veiledning, samt på mulige rapporteringsforpliktelser for både å øke bevisstheten om regelverket og som grunnlag for håndhevelse. I lys av markedsaktørprinsippets kompleksitet er det ikke minst grunn til å peke på behovet for veiledning, blant annet i form av retningslinjer.

I det følgende drøftes det først hvilke muligheter og begrensninger som ligger i anvendelse av konkurranseloven på de problemstillinger gruppen er bedt om å utrede. Deretter vurderes det hvordan behovet for informasjon/veiledning og mulig forsterket håndhevelse av regelverket kan ivaretas, herunder om det bør etableres et eget tilsynsorgan for støttesaker.

## 10.9.2 Muligheter og begrensninger i konkurranseloven

### 10.9.2.1 Oversikt

Offentlig eide foretak er underlagt konkurranseloven på lik linje med private foretak. Det vil si at forbudsbestemmelsene i konkurranseloven kommer til anvendelse på samme måte som for private foretak. Offentlige foretak vil i mange sammenhenger kunne ha en dominerende stilling i markedet i kraft av en kjernevirksomhet. I denne sammenheng vil det med andre ord først og fremst være konkurranselovgivningens forbud mot misbruk av dominerende stilling i § 11 som kan bli aktualisert.<sup>509</sup>

Med misbruk av dominerende stilling siktes det til at foretaket direkte eller indirekte forhindrer konkurranse fra andre foretak (såkalt utestenging). Et eksempel er at når et offentlig eid foretak som har en monopolstilling for sin kjernevirksomhet ekspanderer inn i konkurranseutsatte områder, oppstår muligheten for misbruk av den dominerende stillingen hvis inntekter i kjernevirksomhe-

ten brukes til å subsidiere den konkurranseutsatte delen av virksomheten slik at prisen ikke dekker de reelle kostandene (såkalt rovprising). Her er det snakk om kryssubsidiering i en annen kontekst enn reglene om offentlig støtte.

Misbruk av dominerende stilling kan også oppstå når det offentlige foretaket, som ledd i de offentlige oppgavene, forestår produksjon som fungerer som innsatsfaktorer i den konkurranseutsatte virksomheten. Et mulig misbruk oppstår hvis det offentlige foretaket favoriserer egen kommersiell virksomhet, for eksempel ved å begrense private aktørers tilgang til infrastruktur eller andre fasiliteter som er nødvendig for å kunne konkurrere på like vilkår. En annen type misbruk av dominerende stilling skjer når det offentlige foretaket kobler produkter i kjernevirksomheten – det vil si produkter som det leverer som en del av de offentlige oppgavene – med produkter som tilbys på kommersiell basis. Et eksempel her kan være dersom tilgang til konkurranseutsatt treningsstudio er koblet med tilgang til svømmehall (koblingshandel).

Med andre ord kan forbudet mot misbruk av dominerende stilling komme til anvendelse ved noen av de uheldige konkurransevidningene som kan oppstå når offentlige foretak konkurrerer med private.

En vurdering av eventuelt misbruk av dominerende stilling utløser imidlertid en rekke vanskelige spørsmål. For det første må det foreligge en *dominerende* stilling. For det andre må det påvises et *misbruk* av den dominerende stillingen. Begge deler kan være utfordrende. Det stilles store krav til informasjon om kostnader og kostnadsstruktur, og informasjonsproblemet kan være særlig stort når offentlige foretak er involvert.

### 10.9.2.2 Påpekingsadgangen overfor konkurransevidende offentlige tiltak

I den grad konkurransevidningen har sitt opphav i et «offentlig tiltak», vil påpekingsadgangen i konkurranseloven § 9 bokstav e være et aktuelt virkemiddel. Konkurransetilsynet kan påpeke sine bekymringer, og på grunnlag av dette vil det være opp til det ansvarlige organ å foreta en avveining mellom de konkurransemessige hensyn og andre politiske hensyn, og til slutt konkludere.

Et offentlig tiltak kan være så mangt. Det kan i prinsippet være offentlig virksomhet som opptrer i markedet i konkurranse med private aktører, eller det kan være ulike former for lover og regulerin-

<sup>509</sup> Se Bjørnenak et al. (2005).

ger. Av forarbeidene til konkurranseloven fremgår det som nevnt at påpekingsadgangen i § 9 bokstav e først og fremst er tenkt rettet mot den siste kategorien offentlige tiltak, det vil si ulike former for lover og reguleringer.

I praksis har påpekingsmuligheten likevel også blitt brukt i situasjoner der for eksempel organiseringen av kommunale foretak har gitt opphav til bekymring, jf. oversikten og omtalen av konkrete påpekningssaker i punkt.

### 10.9.2.3 Vurdering

Konkurranselovens formål er å skape samfunnsmessig effektiv ressursbruk ved å legge til rette for virksom konkurranse. Loven er således mer innrettet mot å legge til rette for *effektiv konkurranse* enn nødvendigvis å sikre like rammevilkår for offentlig og private virksomheter. Dersom det er fare for konkurranseskade i form av begrenset konkurranse, og dette skyldes adferd fra et dominerende (offentlig) foretak, vil det imidlertid kunne gripes inn etter loven. Dette gjelder imidlertid bare foretaks handlinger på markedet, og for eksempel ikke der konkurransebegrensningen skyldes regelverksutforming.

Konkurranseloven § 11 er ikke til hinder for at offentlige foretak konkurrerer aggressivt i markedet, og stiller heller ikke krav på linje med markedsaktørprinsippet. Misbruksbestemmelsen slår først inn dersom adferden leder til rovprising, marginskvis mv., og da uavhengig av om det foreligger brudd på markedsaktørprinsippet. Konkurranselovens fokus er konkrete skadevirkninger i markedet. Markedsaktørprinsippet ligger i «rommet før» disse vurderingene, fordi prinsippet fungerer preventivt ved å hindre at konkurransevridninger oppstår, jf. formuleringen i EØS artikkel 61 om støtte som «*virir eller truer med å vri konkurransen*». De forhold som ESA har påpekt i sin sak (skattefritak og konkursimmunitet) fanges ikke opp av konkurranseloven. Konkurranselovens forbudsbestemmelser og tilhørende sanksjoner vil derfor ikke kunne fungere som en generell håndhevelsesmekanisme for reglene om offentlig støtte.

Påpekingsadgangen i § 9 bokstav e fremstår som mer relevant for de problemstillingene som er tatt opp her. Denne adgangen innebærer imidlertid ingen kompetanse til å pålegge endringer. Arbeidsgruppens flertall deler derfor Produktivitetskomisjonens synspunkt om at konkurranseloven ikke representerer et regelverk som adresserer

problemstillinger knyttet til ulike konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører.

## 10.9.3 Gjennomføring av regnskapsmessig skille

### 10.9.3.1 Regnskaps- og revisjonsplikt

#### Regnskapsplikt

Regnskapsplikt avhenger av organisasjonsformen og størrelsen på omsetningen. Regnskapspliktige enheter er:<sup>510</sup>

- alle aksjeselskap (AS) og allmennaksjeselskap (ASA)
- ansvarlige selskap (ANS/DA) og andre deltakerlignende selskap som har
  - mer enn 5 millioner i salgsinntekt
  - antall ansatte som i gjennomsnitt er mer enn 5 årsverk
  - flere deltakere enn 5, eller
  - deltakere i form av juridiske personer med begrenset ansvar
- enkeltpersonforetak som har
  - eiendeler med verdi over 20 millioner kroner, eller
  - antall ansatte som i gjennomsnitt er mer enn 20 årsverk
- samvirkeforetak og økonomiske foreninger med mer enn 2 millioner i salgsinntekt
- andre foreninger som i løpet av året har hatt eiendeler med verdi over 20 millioner
- borettslag, boligbyggelag og eierseksjonssammener med et visst antall seksjoner
- stiftelser
- utenlandske foretak (NUF) som utøver eller deltar i virksomhet her i riket eller på norsk kontinentalsokkel, og som er skattepliktig til Norge etter norsk intern lovgivning
- revisorer, regnskapsførere og eiendomsmedglere
- andre som etter særskilt bestemmelse, eller i medhold av lov, har regnskapsplikt

Regnskapslovgivningen i Norge bruker to begrep for å belyse at regnskapsplikten er differensiert: bokføringsplikt og regnskapsplikt. Et foretak er enten kun bokføringspliktig, eller både bokføringspliktig og regnskapspliktig. Bokføringsplikt betyr at det må føres et regnskap etter bokføringsreglene. Alle som leverer næringsoppgave og/eller mva-melding til myndighetene er bokføringspliktig. De foretak som bare er bokføringspliktig, tren-

<sup>510</sup> Kilde: Brønnøysundregistene, [www.brreg.no](http://www.brreg.no).

ger imidlertid ikke å lage et årsregnskap som skal sendes til Regnskapsregisteret.

Alle som har regnskapsplikt etter regnskapsloven, er også bokføringspliktig. De aller fleste som driver næringsvirksomhet, må altså føre et regnskap etter bokføringsreglene. Regnskapspliktige enheter har plikt til å utarbeide årsregnskap som minst består av resultat, balanse og noter, i tillegg til årsberetning.

Regnskapspliktige skal for hvert regnskapsår utarbeide årsregnskap og årsberetning i samsvar med regnskapsloven. Årsregnskapet skal inneholde resultatregnskap, balanse, kontantstrømoppstilling og noteopplysninger. Årsregnskapet kan i tillegg inneholde en oppstilling av endringer i egenkapitalen.

Omfanget av plikten til å utarbeide årsregnskap og årsberetning er i henhold til regnskapsloven imidlertid differensiert mellom «store» og «små» foretak.

Som små foretak regnes regnskapspliktige som på balansedagen ikke overskrider grensene for to av følgende tre vilkår:

- salgsinntekt: 70 millioner kroner
- balansesum: 35 millioner kroner
- gjennomsnittlig antall ansatte i regnskapsåret: 50 årsverk

Små foretak kan ved utarbeidelse av årsregnskap og årsberetning følge de unntaksbestemmelser som fremgår av loven, herunder unnlate å utarbeide kontantstrømoppstilling og å utarbeide konsernregnskap. Det er også mindre omfattende krav hva gjelder årsberetningens innhold for små foretak.

Det kan for øvrig nevnes at det i regnskapsloven § 9-1 vedrørende «*Plikt til å utarbeide adskilte regnskaper mv.*» er en bestemmelse med sikte på å bidra til kontroll med at bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 59 blir overholdt. Gjennom forskrift kan det fastlegges at «*foretak som offentlige myndigheter har gitt særlige eller eksklusive rettigheter eller som er tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning og mottar statsstøtte uansett form, herunder subsidier, stønad eller kompensasjon, knyttet til denne tjenesten og som dessuten driver andre former for virksomhet*», for hvert regnskapsår skal utarbeide en oppgave med resultatoppstilling for de forskjellige deler av virksomheten.

### Revisjonsplikt

Revisjonsplikt<sup>511</sup> avhenger blant annet av selskapsform og størrelsen på selskapet.

Alle aksjeselskaper er i henhold til revisorloven i utgangspunktet revisjonspliktig. Små aksjeselskaper har i medhold av aksjeloven likevel adgang til å fravelge revisjon.

Revisjon av årsregnskapet i små aksjeselskap kan velges bort hvis:

- driftsinntektene er mindre enn 5 millioner kroner, og
- eiendeler i balansen er under 20 millioner kroner, og
- gjennomsnittlig antall ansatte er under 10 årsverk

Utvalget som vurderte forenklinger i aksjeloven, foreslo i NOU 2016: 22 at det ble gjort endringer i terskelverdiene for revisjonsplikt. Her vises det til at muligheten for fravalg av revisjon for «små» aksjeselskaper ble innført ved lov 15. april 2011 nr. 10 om endringer i revisorloven og enkelte andre lover (unntak fra revisjonsplikt for små aksjeselskaper). I NOU 2008: 12 side 102 til 103 er vilkårene (terskelverdiene) begrunnet slik:

«Etter utvalgets oppfatning bør et eventuelt unntak fra revisjonsplikten for små aksjeselskaper som utgangspunkt omfatte selskaper med driftsinntekter under fem millioner kroner. Utvalget viser til at dette er kriteriet for gjeldende unntak fra revisjonsplikten og at virksomheten i selskaper med høyere driftsinntekter gjerne vil ha et omfang og kompleksitet som – uavhengig av om en mener at selskaper med lavere driftsinntekter bør unntas fra revisjonsplikt – medfører økt behov for revisjon.

Utvalget mener også, uavhengig av medlemmenes vurdering av om revisjonsplikten bør oppheves for små aksjeselskaper, at et eventuelt unntak ikke bør være for vidtrekkende, jf. det som sies nedenfor om evaluering.

Utvalget bemerker at et unntak fra revisjonsplikten for aksjeselskaper med driftsinntekter under fem millioner kroner vil være i samsvar med EØS-retten, fordi det ikke vil være mulig at et aksjeselskap som har driftsin-

<sup>511</sup> Se for eksempel [www.altinn.no](http://www.altinn.no).

tekter i denne størrelsesorden, både kan ha balansesum og gjennomsnittlig antall ansatte i regnskapsåret som overstiger tersklene i EØS-retten.

Utvalget antar likevel at det kan forekomme aksjeselskaper med driftsinntekter under fem millioner kroner som ikke bør omfattes av et eventuelt unntak fra revisjonsplikten for små aksjeselskaper. Det kan forekomme aksjeselskaper med meget høy balansesum, samtidig som virksomheten har lavere driftsinntekter enn fem millioner kroner. Med balansesum i en slik størrelsesorden vil regnskapsbrukerne – andre forhold konstant – ha større behov for kontroll med regnskapsavleggelsen enn om balansesummen er liten. Utvalget foreslår derfor at vilkåret knyttet til driftsinntekter bør suppleres med et krav om at balansen ikke må overstige 20 millioner kroner. Som en ytterligere sikkerhetsventil tilrår utvalget at aksjeselskaper med et gjennomsnittlig antall ansatte høyere enn 10 årsverk, ikke unntas fra revisjonsplikt.»

Allmenaksjeselskaper og stiftelser er revisjonspliktige uten hensyn til størrelse.

Små enkeltpersonforetak har normalt ikke revisjonsplikt. Revisjonsplikt inntreder når omsetningen er på mer enn 5 millioner kroner og en av disse forutsetninger i tillegg er oppfylt:

- balansen viser eiendeler på over 20 millioner, eller
- gjennomsnittlig antall ansatte er på over 20 årsverk

Små ansvarlige selskap har vanligvis ikke revisjonsplikt. Et ansvarlig selskap får revisjonsplikt under følgende forutsetninger:

- driftsinntektene er på 5 millioner kroner eller mer, eller
- antallet deltakere er over 5, eller
- hvis samtlige deltakere er juridiske personer og har eiendeler i balansen for over 20 millioner eller gjennomsnittlig antall ansatte er mer enn 10 årsverk

Et samvirkeforetak blir revisjonspliktig når driftsinntektene er på 5 millioner kroner eller mer.

### 10.9.3.2 Nærmere om regnskapsprinsipper

#### Grunnleggende regnskapsprinsipper

Offentlige og private virksomheter følger ulike regnskapsprinsipper som kan gjøre det vanskelig å sammenligne virksomhetene, og få den informasjonen man trenger.

Det finnes gode begrunnelser for at private og offentlige velger ulike prinsipper, for eksempel kan offentlige virksomheter være mer opptatt av hvor mye penger som er brukt til ulike formål og en stram finansiell kontroll over pengebruken, mens aktører i privat sektor normalt er mer opptatt av hvilken fortjeneste som er skapt (lønnsomhet), eller hvilke finansielle verdier virksomheten har og hvor solid den er. Tradisjonelt har derfor offentlig sektor vært mer opptatt av kontantregnskap og private av periodiserte regnskap og virkelige verdier i balansen. Bildet er imidlertid mye mer nyansert ved at en i offentlig sektor både har kontantregnskap og ulike former for periodiserte regnskap. På samme måte er forskjellen innen privat sektor mellom aktører som følger internasjonale regnskapsstandarder (IFRS) og norsk regnskapsstandard (NGAAP) til dels betydelige.

Etterlevelse av markedsaktørprinsippet representerer en resultatorientert tenkning, det vil si hva er avkastningen på den aktuelle EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Dette heller i retning av at et historisk kostnadsperspektiv og bruk av norske regnskapsstandarder basert på regnskapsloven vil være et bedre instrument for dette formålet enn det (ofte) mer verdiorienterte IFRS eller kommunalt regnskap. Det er lite sannsynlig at et regnskapsmessig skille basert på IFRS ikke skulle bli akseptert, siden ESA allerede i dag aksepterer at kommunale regnskapsregler legges til grunn.<sup>512</sup> Om kommunale foretak, interkommunale selskaper og i ytterste konsekvens også kommuner, skal følge regnskapslovens prinsipper, er en svært omfattende problemstilling.

Det er to hovedproblemstillinger ved å utarbeide separat regnskap for den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten.

<sup>512</sup> ESA hadde ikke innvendinger til Norges løsning i saken om maritime sikkerhetskurs, der det ble satt krav til regnskapsmessig skille i kommuneregnskapet for fylkeskommuner med skoler som tilbyr maritime og offshorerelaterte sikkerhetskurs i markedet i tillegg til den ordinære opplæringen.

For det første må det fastsettes en mest mulig riktig kostnadsbase for den økonomiske aktiviteten, det vil si hvilke kostnader som skal inngå i beregningene. Et vesentlig problem vil her være kapitalgrunnlaget, det vil si hvilken kapital skal inngå og hvordan skal disse kostnadene fordeles over tid. Offentlige (og ofte private) balanseverdier under vurderer ofte den reelle kapitalbindingen. Dette skyldes at de i noen tilfeller ikke er aktivert, at de er basert på historiske anskaffelsesverdier eller at de er avskrevet raskere enn den økonomiske levetiden.

Det andre hovedproblemet er å utarbeide transparente og mest mulig objektive fordelinger av kostnadene mellom den aktuelle økonomiske aktiviteten og andre aktiviteter. ESA stiller krav om at den økonomiske aktiviteten må dekke en rimelig andel av de indirekte kostnadene (felleskostnadene) og vise en rimelig grad av fortjeneste. Begrunnelsen er at en markedsaktør vil måtte dekke slike kostnader. Prinsipper for utarbeiding av regnskapsmessig skille og oppfølging av et slikt skille er beskrevet i Bjørnenak et al. (2005).

Det er også relevant å påpeke at regnskapsmessig resultat er forskjellig fra skattemessig resultat. Dette skyldes at vi har både permanente (for eksempel fradrag for representasjon) og midlertidige (for eksempel satser for avskrivninger) forskjeller mellom resultatregnskapet og skateregnskapet. Det må derfor utarbeides egne oppstillinger/beregninger i tillegg til regnskapsmessig skille for å beregne skatt for offentlige aktører som driver økonomisk aktivitet.

#### ***Krav til regnskapsoppstillinger***

Regnskapsmessig skille tar utgangspunkt i virksomhetens totale resultatregnskap og deler inntekter og kostnader mellom den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten og annen aktivitet. Har virksomheten flere ulike typer av økonomisk aktivitet, kan det være aktuelt å skille hver av disse. I utgangspunktet er det altså slik at summen av økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet er totale inntekter og kostnader slik de fremkommer i det totale regnskapet. Dersom økonomisk aktivitet ikke er skilt ut i egen virksomhet, vil det normalt ikke være krav til å vise en egen balanseoppstilling for den økonomiske aktiviteten, det vil si det regnskapsmessige skillet gjelder kun for driftsresultatet og dets ulike poster.

I tillegg skal det fastsettes et krav til avkastning. Dette kan innebære at det også bør stilles et

krav til kapitalavkastning, og dermed også en regnskapsmessig balanseoppstilling. Markedsaktørprinsippet tar utgangspunkt i investering og forventninger om en rimelig avkastning. For å måle en slik avkastning må vi normalt også måle det regnskapsmessige resultatet i forhold til balanseverdier. I noen tilfeller er imidlertid ikke balanseverdiene et godt mål på den reelle investeringen. Dette gjelder for eksempel i tilfeller der den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten er knyttet til arbeidsintensiv tjenesteyting og krever lite investeringer som balanseføres. I slike tilfeller er den reelle investeringen knyttet til ansettelseskontrakter og leiekontrakter. Balanseverdiene kan være svært lave. Dette innebærer imidlertid ikke at en markedsaktør ikke stiller krav til avkastning. Som for private virksomheter må vi i slike tilfeller stille et krav til driftsmarginer (driftsresultat i prosent av omsetning) og ikke til rentabilitetsmål (driftsresultat i forhold til balanseverdier). Dette utdypes senere.

Etter ESAs vedtak 27. februar 2013, om krav til regnskapsmessig skille for avfallssektoren, ble avfallsforskriften kapittel 15 endret. Kravet om separat regnskap er gjennomført i avfallsforskriften § 15-4 første ledd, hvor det stilles krav både til resultat- og balanseoppstillinger:

«Kommunen skal ha separat regnskap for lovpålagt håndtering av husholdningsavfall. Dette innebærer at kommunen for hvert regnskapsår skal utarbeide adskilte regnskap for resultat og balanse, for å etablere et tydelig skille mellom den lovpålagte håndteringen av husholdningsavfall og avfallshåndtering i markedet.»

At det sentrale er behandlingen av inntekter og kostnader, fremkommer både av Miljødirektoratets veileder til kapittel 15<sup>513</sup>, samt i § 5 nr. 9 i forskrift for årsregnskap og årsberetning for (kommuner og fylkeskommuner)<sup>514</sup>:

«§ 5. Noter til årsregnskapet

9. Fylkeskommuner som har skoler som tilbyr maritime og offshorerelaterte sikkerhetskurs i markedet i tillegg til den ordinære

<sup>513</sup> Miljødirektoratet (2014): Beregning av kommunale avfallsgebyrer. Utdypning av avfallsforskriftens kapittel 15, M-258 2014.

<sup>514</sup> Forskrift 15. desember 200 nr. 1424 om årsregnskap og årsberetning for (kommuner og fylkeskommuner). Gitt med hjemmel i kommuneloven § 48.



opplæringen, skal vise resultatoppstillinger for skolens ordinære opplæringsdel og den kommersielle kursvirksomheten. Inntekter og kostnader skal fordeles mellom de forskjellige deler av virksomheten etter konsekvent anvendte og objektivt begrunnede prinsipper på en slik måte at skolens økonomiske og organisasjonsmessige struktur gjenspeiles korrekt i de atskilte regnskaper. Prinsippene for fordeling av inntekter og kostnader skal opplyses og begrunnes, og skal være slik at den kommersielle kursvirksomheten dekker alle kostnadene knyttet til sin virksomhet, herunder alle variable kostnader og en forholdsmessig andel av skolens faste kostnader.»

Notekravet ble innført fra 2015. Begrunnelsen for dette fremkommer i brev fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet (24.09.2014):

«Forslaget er en oppfølging av ESAs (EFTAs overvåkningsorgan) avgjørelse i en sak der åtte fylkeskommuner var innklaget for ESA. Bakgrunnen var påstand om at finansieringen av de maritime sikkerhetskursene som skolene tilbød i markedet, innebar offentlig støtte i strid med EØS-avtalen artikkel 61(1). ESA anførte at norske myndigheter ikke har kunnet dokumentere et godt nok system for å hindre ulovlig kryssubsidiering på området. Ved avgjørelse av 26. juni 2013 tok ESA et formelt skritt ved å foreslå konkrete tiltak som skal bidra til å forhindre ulovlig kryssubsidiering mellom skolens lovpålagte virksomhet og den virksomheten de utfører i markedet. Norske myndigheter ved daværende Kommunal- og regionaldepartementet aksepterte i brev til ESA av 26. august 2013 å innføre ett av de alternative tiltakene, nemlig krav om regnskapsmessig skille.»

Notekravet og ESAs aksept av løsningen viser minst tre ting. For det første kan kommuneregnskapet legges til grunn (det vil si at ESA ikke stiller krav om å følge regnskapsloven). For det andre stilles det ikke krav til utskilling av full balanse for den økonomiske aktiviteten, og for det tredje skal den økonomiske aktiviteten dekke en andel

av faste kostnader. Det er altså et selvkostprinsipp som legges til grunn.<sup>515</sup>

#### **Krav til fordeling av inntekter og kostnader**

Hvordan inntekter og kostnader skal fordeles er ofte ikke særlig presist beskrevet. I notekravet for kommuner skal fordelingsnøkler begrunnes og være konsekvente. I veilederen for avfallshåndtering heter det at de skal dokumenteres. Dette gir rom for noe skjønn, men i objektivt begrunnede prinsipper er det rimelig å ta utgangspunkt i kalkyleritteraturen for en presisering.<sup>516</sup> Følgende prinsipper bør derfor legges til grunn:

1. Inntekter og kostnader bør henføres direkte gjennom registrering til den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten der dette kan gjennomføres på en økonomisk forsvarlig måte. Dette er konsistent med veilederen for avfallshåndtering som viser til at «*det benyttes fordelingsnøkler der hvor direkte fordeling ikke er mulig*». For inntekter er det vanligst at disse kan henføres direkte, men det kan i visse tilfeller være fellesinntekter (for eksempel bruk av badehall og treningsstudio). For kostnader vil ofte betydelige andeler av kostnadene være vanskelig å henføre direkte til et virksomhetsområde.
2. Indirekte inntekter og kostnader bør fordeles mellom virksomhetsområdene basert på årsakssammenhenger. Typisk vil personalkostnader fordeles etter tidsbruk og kostnader for lokaler fordeles etter arealbruk.
3. De inntektene og kostnadene som ikke kan fordeles basert på en årsakssammenheng må fordeles basert på en konsekvent og mest mulig nøytral måte. Et mulig valg er å fordele disse kostnadene som et påslag på direkte kostnader. Med konsekvent siktes det til at når det er valgt et prinsipp, så må en eventuell endring av prinsipp særlig begrunnes.

Disse prinsippene samsvarer for eksempel med Nasjonal kommunikasjonsmyndighet (Nkom)

<sup>515</sup> For kommunale betalingstjenester der selvkost er satt som øvre grense for gebyrinntektene, vil kommunene måtte lage egne kalkyler som henfører en del av kommunens kostnader, også felleskostnader og kapitalkostnader, til de respektive tjenestene. Disse kalkylene vil basere seg på kommunens egne regnskaper med noen ekstra tilpasninger. Dette vil også ha mye til felles med hvordan separate regnskaper utarbeides. Prinsippene for denne kostnadsallokeringen og beregningen av selvkost fremgår av rundskriv H-3/14 fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

<sup>516</sup> Se for eksempel Horngren, Datar, Rajan (2015). *Cost Accounting. A managerial emphasis*. 15. utgave. Person education.

sine krav til regnskapsmessig skille.<sup>517</sup> Disse prinsippene er også konsistente med Bjørnenak et al. (2005). Prinsippene over vil kunne avgrense en aktørs muligheter for valg av rapportering av resultatet for den økonomiske aktiviteten, men vil ikke fjerne denne muligheten.

#### **Regler for verdsettelse av kapital og avkastning samt kostnadsallokering**

Alle innsatsfaktorer som inngår i fremstillingen av den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten, bør ideelt fastsettes til den virkelige verdien de har i det konkrete formålet. En kontrafaktisk tilnærming med differanseinntekter og differansekostnader (kostnader og inntekter med og uten den økonomiske aktiviteten) kunne derfor vært lagt til grunn. Dette kan imidlertid bli svært skjønnsmessige vurderinger og for krevende å utarbeide og kontrollere. ESA legger derfor opp til at regnskapet for den økonomiske aktiviteten skilles ut basert på spesifikke regler.

I kommisjonsbeslutningen 2012/21/EU om tjenester av allmenn interesse stiller de for eksempel krav til:

- bruk av generelt aksepterte regnskapsprinsipper
- tjenesten skal dekke direkte kostnader, en rimelig («appropriate») andel av felleskostnader, samt en rimelig fortjeneste (avkastning)

Utfordringene er hva som er generelt aksepterte regnskapsprinsipper og rimelig andel felleskostnader og fortjeneste.

Det er tidligere vist til forskjeller mellom private og offentlige regnskapsprinsipper i forbindelse med vurdering av kapital. Det er derfor en fare for at kapitalbindingen undervurderes ved en fordeling av bokført kapital. En profesjonell eier vil stille krav til at man forrenter all kapital som stilles til rådighet. Man kan således ikke legge til grunn et avkastningskrav på et kapitalgrunnlag som er misvisende lavt (for eksempel en bygning som er bokført til en brøkdel av virkelig verdi). I slike tilfeller bør balanseverdiene revurderes til virkelige verdier.

I tillegg bør det stilles krav til hvordan kostnadene henføres til den økonomiske aktiviteten. Her bør man legge til grunn følgende prinsipper:

- Kostnader bør i størst mulig grad henføres direkte der det er mulig, det vil si der det fin-

nes en mulighet for å spore kostnaden til den økonomiske aktiviteten gjennom registrering.

- Der dette ikke er mulig bør det velges transparente og mest mulig objektive kriterier for fordeling av indirekte kostnader. I den utstrekning det er mulig bør fordelingen baseres på den faktoren som driver kostnader.
- Utgangspunktet bør være at også en rimelig andel av indirekte kostnader skal dekkes. Det er således en form for selvkost som er utgangspunktet for det regnskapsmessige skillet. Tanken bak dette er at en markedsaktør normalt vil kreve dekning av en rimelig andel av felleskostnadene. I den utstrekning dette prinsippet skal fravikes må dette begrunnes særskilt (for eksempel knyttet til utnyttelse av ledig kapasitet).

#### **Avkastningskrav**

Det er nødvendig å stille krav til avkastning på kapital for en korrekt etterlevelse av markedsaktørprinsippet, jf. for eksempel Kippermoen-saken.<sup>518</sup> Det er flere måter å gjøre dette på, og disse har ulike utfordringer knyttet til seg. Avkastningskravet bør imidlertid fastsettes etter allment aksepterte prinsipper.

Det kan stilles krav til avkastning på egenkapitalen. Da skal også kostnader knyttet til fremmedkapital (lån) inngå i det regnskapsmessige skillet og fordeles mellom virksomhetsområdene. Det er imidlertid flere problemer med en slik tilnærming. For det første er det vanskelig å fastslå størrelsen på egenkapitalen for den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten, spesielt dersom virksomheten ikke er skilt ut som eget selskap. For det andre er det problematisk å sette et krav til avkastning på egenkapitalen, siden dette kravet vil avhenge av hvor stor andel egenkapital virksomheten har. For det tredje skaper konkursimmunitet et problem knyttet til å fastsette et krav «på like vilkår» siden den påvirker både kravet til fremmedkapital og egenkapital.

Det kan stilles krav til avkastning på totalkapitalen. I et slikt krav kan konkursimmunitet og finansiering holdes utenfor. Dersom det legges til grunn et normalisert avkastningskrav for en veldiversifisert eier, det vil si baserer seg på kapitalverdimodellen,<sup>519</sup> kan avkastningskravet

<sup>517</sup> Se for eksempel Post- og teletilsynets vedtak av 10. oktober 2006 om utdyping og presisering av prinsipper for føring av kostnadsregnskap.

<sup>518</sup> EFTA Surveillance Authority Decision No 175/13/COL of 30 April 2013 to close the case concerning state aid granted to finance the fitness centre at Kippermoen Leisure Centre.

<sup>519</sup> Se for eksempel Gjesdal og Johnsen (1999).

sammenlignes med en privat investor i tråd med markedsaktørprinsippet. Selv om det normalt er lettere å fastslå totalkapitalen enn egenkapitalen, vil det i tilfeller uten utskilling måtte stilles krav til at det utarbeides også balanseverdier for den økonomiske aktiviteten. Et slikt krav gjelder ikke generelt i dag.

Et tredje alternativ er å stille et krav til en normalisert driftsmargin, det vil si driftsresultat i prosent av omsetningen. Dette kravet bør normaliseres avhengig av hvilken type økonomisk aktivitet som utøves. For et helsestudio kan det for eksempel baseres på normal driftsmargin i bransjen. Dette alternativet er det best egnede i de tilfeller der virksomheten har lite balanseførte verdier og den reelle risikoen ved den økonomiske aktiviteten er knyttet til ansettelsesforhold og leieavtaler som ikke er tatt opp i balansen.

Problemstillingen med konkursimmunitet kan derfor langt på vei løses ved at det stilles krav til fortjeneste (avkastning på kapitalen eller driftsmargin) som om konkursimmunitet ikke eksisterte. Det vises ellers til fremstillingen av konkursimmunitet i kapittel 3, 6 og 7.

#### *Justeringer av regnskapet*

Det kan stilles spørsmål ved om regnskapsmessig skille kombinert med et krav til fortjeneste er tilstrekkelig for å kontrollere lønnsomheten av den EØS-rettslig økonomiske aktiviteten. Selv om virksomheten følger retningslinjene for registrering og fordeling av kostnader, kan det være et problem knyttet til selve kostnadsbasen. Spesielt gjelder dette:

#### *Internprising av produkter og tjenester*

Dersom den økonomiske aktiviteten baseres på intern kjøp av produkter og tjenester, er det viktig at disse prises til de relevante kostnadene. Dersom det finnes et marked for produktene og tjenestene, vil de relevante kostnadene være lik markedsprisen (eventuelt justert for transaksjonskostnader). Dersom det ikke finnes markedspriser, vil selvkost være et prinsipp som er konsistent med retningslinjene for regnskapsmessig skille (se over). OECD har utarbeidet retningslinjer for internprising.

#### *Prising av andre innsatsfaktorer*

Det er viktig at alle kostnader knyttet til innsatsfaktorer kommer med. For personalkostnader må blant annet pensjonskostnader og opplæringskostnader inngå. Et særlig problem er kapi-

talkostnader. I mange tilfeller er kapitalmengden kraftig undervurdert. Det kan for eksempel være bygningsmasse og produksjonsutstyr som er bokført til en brøkdel av virkelig verdi. Både avskrivningene og kapitalbindingen kan i slike tilfeller bli lavere enn for en rasjonell markedsaktør. Ved utskilling av virksomheten kan dette langt på vei løses ved å etablere en reell åpningsbalanse for den økonomiske aktiviteten.<sup>520</sup>

Det vil være relativt omfattende å kreve en revurdering av alle eiendeler i balansen for å få frem reelle verdier på eiendeler. En minimumsløsning er at dette er et moment som tas hensyn til i vurderingen av lønnsomheten som rapporteres for den økonomiske aktiviteten.

Tilsvarende vil det kunne være tilfeller der lønnsomheten vil være lavere de første årene. Dette kan for eksempel skyldes at det tar tid å bygge seg opp en lønnsom kundebase for den økonomiske aktiviteten. Ved vurdering av lønnsomhet bør det tas hensyn til at lønnsomheten kan variere over den økonomiske levetiden.

#### *Kontrafaktisk analyse*

Rammeverket for regnskapsmessig skille er basert på fordeling av totale inntekter og kostnader mellom aktivitetsområder. Dersom offentlige aktører oppnår stordriftsfordeler ved å ta på seg EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil disse fordelene normalt tilfalle både den økonomiske og den ikke økonomiske aktiviteten. Dersom for eksempel et laboratorium får bedre utnyttelse av sitt analyseutstyr, vil enhetskostnaden falle, og dette gir lavere kostnader for all bruk av utstyret, både som økonomisk aktivitet og ikke-økonomisk aktivitet.

Selv om stordriftsfordeler og synergieffekter tilfaller både økonomisk og ikke økonomisk virksomhet, vil noen aktører kunne hevde at det relevante kostnadsbildet er mellom de faktiske kostnadene og en tenkt situasjon uten den økonomiske aktiviteten. En slik kontrafaktisk analyse vil basere seg på differanseanalyse for inntekter og kostnader mellom den faktiske situasjonen og den tenkte situasjonen. Dersom den økonomiske aktiviteten utnytter ledig kapasitet, vil (mer-)kostnadene ved å påta seg denne aktiviteten kunne være liten, fordi kostnadene ved den tenkte situasjonen er mer eller mindre de samme.

<sup>520</sup> Se Bjørnenak et al. (2005) for en utdyping av denne problemstillingen.

Det er flere utfordringer med en slik tilnærming. For det første vil ledig kapasitet kunne ha en alternativkostnad. Denne er vanskelig observerbar, men er ikke nødvendigvis null. Det kan også være mange ulike årsaker til at kapasiteten ble satt større enn behovet. Inngikk den økonomiske aktiviteten i vurderingen av kapasitetsanskaffelsen? Et siste problem er at det er vanskelig å vurdere kontrafaktiske analyser utenfra. Den asymmetriske informasjonen mellom aktøren som har innsikt i mulige alternativer, og den eksterne kontrolløren som ikke kjenner alternativene, er derfor vesentlig.

Listen for når en kontrafaktisk analyse kan trekkes inn, bør derfor legges høyt. Dersom den kontrafaktiske analysen uten den økonomiske aktiviteten kan begrunnes å være vesentlig avvikende fra et regnskapsmessig skille, og den kan begrunnes å være et mer reelt alternativ, kan det likevel være relevant. En mulig løsning er å tillegge slike analyser vekt i tillegg til resultatet fra det regnskapsmessige skillet.

#### **Anbefalinger vedrørende regnskapsprinsipper**

Arbeidsgruppen ser utfordringer knyttet til forskjeller i regnskapsprinsipper mellom offentlige og private aktører, og disse forskjellene er til dels vesentlige. I den grad EØS-rettslig økonomisk aktivitet skilles ut i egne aksjeselskaper vil dette være et problem knyttet til ulike vurderinger innenfor regnskapsloven.

Formålet med en regnskapsbasert kontroll av økonomisk aktivitet for en offentlig aktører er å gi en mest mulig riktig fremstilling av lønnsomheten. Regnskap i privat sektor gir normalt en bedre fremstilling med sikte på dette formålet, men også her vil det være behov for justeringer og presiseringer. Det er for eksempel et stort handlingsrom for vurdering av kapitalbasen (historisk kost i forhold til virkelig verdi). I tillegg er den økonomiske aktiviteten ofte en del av annen aktivitet, og hovedproblemet er ikke regnskapsprinsippene, men valg av fordelingsnøkler. I disse tilfellene må det uansett gjøres separate regnskapsoppstillinger for den økonomiske aktiviteten.

Det viktigste momentet med hensyn til kontrollformålet er at det foreligger spesifikke prinsipper for et regnskapsmessig skille for den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten. Et generelt krav om innføring av felles regnskapsregler for all økonomisk aktivitet i offentlig regi er en svært omfattende problemstilling. Arbeidsgruppen mener imidlertid

at et regnskapsmessig skille kan utarbeides uten at det stilles krav til harmonisering av regnskapsprinsipper.

#### **10.9.3.3 Gjennomføring og forslag**

Arbeidsgruppens flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Hennyng, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder, Hjelmeng*) anbefaler at det innføres et generelt krav om regnskapsmessig skille for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives i det offentlige. Det vises til punkt 10.5 om mulige minsteterskler for en slik plikt. Dette anses nødvendig for å sørge for etterlevelse av markedsaktørprinsippet, jf. ovenfor. Det er dette flertallets oppfatning at det separate regnskapet for den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten i alle fall som hovedregel bør omfatte både resultat- og balanseoppstilling. Bare ved et krav om balanseregnskap vil man kunne foreta en vurdering av verdsettelse og avkastningskrav på investert kapital. I noen tilfeller er imidlertid balanseverdiene så lave at de ikke tilfører noe kontrollverdi. Den reelle risikoen ved investeringen ligger i forhold som ikke er balanseført (for eksempel ansettelseskontrakter og andre avtaler). Det er derfor bedre å stille et krav til driftsmarginer. I tilfeller der total balanseverdi er under et minstenivå bør det derfor ikke stilles krav til at en slik balanse utarbeides.

Lovteknisk mener *disse medlemmer* at det bør velges en løsning lik den som er valgt for gjennomføringen av regnskapsmessig skille for tjenester av allmenn økonomisk betydning, jf. regnskapsloven § 9-1. Denne lyder:

«For å bidra til kontroll med at bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 59 blir overholdt, kan Kongen fastsette i forskrift at foretak som offentlige myndigheter har gitt særlige eller eksklusive rettigheter eller som er tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning og mottar statsstøtte uansett form, herunder subsidier, stønad eller kompensasjon, knyttet til denne tjenesten og som dessuten driver andre former for virksomhet, for hvert regnskapsår skal utarbeide en oppgave med resultatoppstilling for de forskjellige deler av virksomheten. Kongen kan gi nærmere regler om utforming, revisjon, registrering, dokumentasjon og oppbevaring av slike oppgaver. Kongen kan også gi regler om innsendingsplikt til offentlige myndigheter av oppgaver som nevnt i første punktum og om innsyn for offentlige myndigheter og

andre i registrerte regnskapsopplysninger og regnskapsmateriale.

Plikten etter første ledd gjelder uavhengig av om foretaket er regnskapspliktig etter denne lov.»

Systemet bygger altså på en forskriftshjemmel, og slik forskrift er gitt i forskrift 7. september 2006 nr. 1062 til utfylling og gjennomføring mv. av regnskapsloven av 17. juli 1998 nr. 56, jf. § 9-1-1 ff. En generell plikt til å føre separate regnskaper for EØS-rettslig økonomisk aktivitet kunne vært innført som et nytt tredje ledd, og kan formuleres som følger:

«For å bidra til kontroll med at bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 61 blir overholdt, kan Kongen fastsette i forskrift at statlige enheter, fylkeskommuner, kommuner og helseforetak som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet, for hvert regnskapsår skal utarbeide en oppgave med resultat- og balanseoppstilling for denne aktiviteten. Kongen kan gi nærmere regler om utforming, revisjon, registrering, dokumentasjon og oppbevaring av slike oppgaver. Kongen kan også gi regler om innsendingsplikt til offentlige myndigheter av oppgaver som nevnt i første punktum og om innsyn for offentlige myndigheter og andre i registrerte regnskapsopplysninger og regnskapsmateriale.»

Nåværende andre ledd om at plikten gjelder uavhengig av regnskapsplikt kan flyttes til nytt tredje ledd:

«Plikten etter første og andre ledd gjelder uavhengig av om virksomheten er regnskapspliktig etter denne lov.»

Dersom det drives EØS-rettslig økonomisk aktivitet i utskilte enheter, bør det gjelde et tilsvarende krav. Dette vil for eksempel gjelde IKS-er, men også offentlig eide foretak som driver annen virksomhet som kan gi opphav til kryssubsidiering og brudd på markedsaktørprinsippet. Dette kan innføres ved å utvide listen over rettssubjekter som er omfattet av regnskapsplikten, og denne kan eventuelt avgrenses videre i forskrift. Denne forpliktelsen vil da gjelde for virksomhet som eventuelt skilles ut i egne rettssubjekter i henhold til forslagene ovenfor, dersom den utskilte enheten også skal fortsette å drive ikke-økonomisk aktivitet.

En forskrift bør angi virkeområdet for plikten, eventuelt avgrenset nedad til for eksempel en omsetningsterskel eller et annet egnet kriterium. Videre bør det angis hvorvidt plikten bare omfatter resultatoppstilling eller også balanse, eventuelt en ytterligere avgrensning av plikten til å stille opp balanse. Dessuten bør det presiseres at både direkte og indirekte kostnader skal reflekteres i regnskapet. Her kan det for eksempel ses hen til utformingen av bestemmelsene om regnskapsinformasjon i forskrift nr. 828 av 22. juli 2008 om studentsamskipnader §§ 9 og 10, forskrift nr. 930 av 1. juni 2004 om gjenvinning og behandling av avfall (avfallsforskriften) § 15-4. Endelig bør allokering av kostnader reguleres nærmere i henhold til de tre prinsippene som er formulert ovenfor.

#### 10.9.4 Etterlevelse av markedsaktørprinsippet

Vurderingen i det følgende knytter seg til informasjon om, og håndhevelse av støttereglene med primært fokus på etterlevelse av markedsaktørprinsippet, enten det gjelder utskilt eller ikke-utskilt EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Per i dag kan veiledning om støttereglene hentes i ESAs retningslinjer, samt i Nærings- og fiskeridepartementets veiledere. I enkelte sektorer, for eksempel avfall, har også sektormyndigheter laget mer konkrete veiledere.<sup>521</sup> Videre er det utarbeidet retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester, som også berører støtterettslige problemstillinger.<sup>522</sup> Konkret informasjon om markedsaktørprinsippet er imidlertid fragmentarisk og går heller ikke særlig i dybden. Arbeidsgruppens drøftelser i rapporten har vist at prinsippet er komplekst, og det er åpenbart et betydelig informasjons- og veiledningsbehov. Allerede kravet om separate regnskaper vil være utfordrende å implementere uten mer detaljerte retningslinjer og veiledninger.

Med fokus på etterlevelse av prinsippet er det også grunn til å vurdere en styrket håndhevelse. På dette punktet vil det være aktuelt å vurdere rapporteringsordninger, for eksempel innsendelse av regnskap til et kontrollorgan, eventuelt innrapportering av nærmere angitte kategorier av aktiviteter. Dels vil dette kunne bidra til å øke bevisstheten

<sup>521</sup> Miljødirektoratets nyhetssak av 24. november 2014 («Veileder til ny avfallsforskrift»).

<sup>522</sup> Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2014): Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester, rundskriv H-3/14.

rundt prinsippet og dels for å avdekke eventuelle brudd. I forlengelsen av dette er det naturlig å stille spørsmål om det bør opprettes et organ med kompetanse til å ilegge sanksjoner ved overtredelser.

Et nasjonalt tilsynsorgan vil også kunne fungere som et kompetansesenter, og vil kunne gi veiledning om støttereguleringen. En slik rolle kan vise seg viktig ved gjennomføringen av tiltak som beskrevet ovenfor, men vil også kunne tilføre Norge viktig kompetanse for å utnytte handlingsrommet under støttereglene.

#### 10.9.4.1 Nærmere om nasjonal håndhevelse av støttereglene

EØS-avtalen overlater til staten hvordan den interne støtteforvaltningen skal organiseres. EU-kommisjonen har like fullt lansert idéen om uavhengige tilsynsorganer i medlemsstatene som en potensielt viktig faktor i håndhevelsen i reglene om offentlig støtte. I State Aid Action Plan fra 2005 sies det for eksempel at:

«the Commission will examine whether independent authorities in Member States could play a role as regards facilitating the task of the Commission in terms of state aid enforcement (detection and provisional recovery of illegal aid, execution of recovery decisions).»<sup>523</sup>

Dette har imidlertid ikke blitt fulgt opp gjennom konkrete forpliktelser på medlemsstatene. I *State Aid Modernization* understrekes likevel medlemsstatenes økte ansvar for å sikre etterlevelse av støttereglene i et regime hvor mer av støtteforvaltningen skjer ute i medlemsstatene og EU-kommisjonen fokuserer på større saker og *ex post* kontroll med medlemsstatene.<sup>524</sup>

Det foreligger dermed ikke spesifikke forpliktelser knyttet til etableringen av et internrettslig tilsyn med støttereglene. De formelle forpliktelsene er knyttet til notifisering, rapportering og registrering av støtte. Like fullt er det på det rene at staten har et selvstendig ansvar for at støttereglene etterleves, og særlig ved misbruk av støtte vil det kunne reises spørsmål om manglende internretts-

lig kontroll som muliggjør misbruk vil kunne representere et selvstendig traktatbrudd.

I SOU 2011:69 *Statsstödsutredningen* vurderes behovet for å etablere en svensk tilsynsmyndighet for offentlig støtte. Flere tidligere offentlige utredninger i Sverige, samt juridisk teori, hadde anbefalt at Konkurrencesverket ble gitt en rolle innenfor tilsynet med støttereglene.<sup>525</sup> Rapporten anbefalte likevel ikke en slik løsning, blant annet under henvisning til økt bevissthet rundt støttereglene, adgangen til annen håndhevelse samt EU-kommisjonens kompetanse, og endelig ressurs hensyn. En løsning hvor Konkurrencesverket skulle føre tilsyn ble beregnet til 14-16 millioner SEK årlig.

Danmark har imidlertid egne internrettslige støtteregler, som er bygget ut med et håndhevelses-system, jf. dansk konkurranselov § 11 A.<sup>526</sup> Denne lyder:

«§ 11 a. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan udstede påbud om, at støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal bringes til ophør eller skal tilbagebetales.

Stk. 2. Påbud efter stk. 1 kan udstedes, når støtten

1) direkte eller indirekte har til formål eller til følge at forvride konkurrencen og

2) ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering.

Stk. 3. Afgørelse af, om ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, træffes af vedkommende minister, henholdsvis af den pågældende kommunale tilsynsmyndighed, medmindre andet følger af anden lovgivning. Afgørelse af, hvorvidt en ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering, skal træffes senest fire uger fra modtagelsen af styrelsens anmodning. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan forlænge fristen.

<sup>523</sup> COM 2005(107) Less and better targeted state aid: a roadmap for state aid reform 2005–2009, 7 June 2005, punkt 51, uthevet i originalen.

<sup>524</sup> COMMUNICATION FROM THE COMMISSION: EU State Aid Modernisation (SAM), 8 May 2012, COM 2012(209) fin. punkt 21.

<sup>525</sup> Se SOU 2011:69 Statsstödsutredningen s. 281-83, med henvisninger.

<sup>526</sup> Se Kasper Ullerup Bach: Konkurrencerådets kontrol med ulovlig EU-statsstøtte - Samspillet mellem EU's statsstøtteregler og konkurrence洛vens § 11 a, Jurist- og økonomiforbudets forlag 2013, særlig kapittel 4.

Stk. 4. Påbud etter stk. 1 om tilbakebetaling af støtte kan rettes til private erhvervsvirksomheter, selvejende institutioner samt helt eller delvis offentlig egede virksomheter, der drives i selskabsform. Erhvervs- og vækstministeren kan fastsætte nærmere regler om, at påbud etter stk. 1 om tilbakebetaling af støtte også kan rettes til nærmere bestemte helt eller delvis offentlig egede virksomheter, der drives i selskabslignende form.

Stk. 5. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsens beføjelser etter stk. 1 til at påbyde offentlig støtte tilbakebetalt forældes 5 år efter, at støtten er udbetalt. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen fastsætter renter i forbindelse med påbud om tilbakebetaling efter stk. 1 af ulovlig støtte. Forrentning skal ske med den i henhold til EU's statsstøtteregler til enhver tid fastsatte rentesats, der anvendes ved tilbakebetaling af statsstøtte. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan fastsætte, at renter tilskrives med renters rente fra den dato, hvor den ulovlige støtte første gang blev stillet til rådighed for modtageren, og indtil datoen for tilbakebetalingen af støtten. Renter, der er påløbet i det foregående år, tilskrives renter hvert efterfølgende år.

Stk. 6. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan efter anmeldelse erklære, at offentlig støtte etter de forhold, som Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen har kendskab til, ikke er omfattet af stk. 2, nr. 1, og at der derfor ikke er grunnlag for at udstede påbud i medfør af stk. 1. Styrelsen kan fastsætte nærmere regler om anmeldelse, herunder om bruk af særlige anmeldelsesskemaer.

Stk. 7. Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kan unnlade at behandle en sag etter stk. 1-6, hvis den pågående støtteordning kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene i Den Europæiske Union.

Stk. 8. Påbud om, at støtte skal bringes til ophør, jf. stk. 1, kan udstedes, uanset hvornår beslutningen om at yde den pågående støtte er truffet.

Stk. 9. Støtte, som i medfør af stk. 1 er påbudt tilbakebetalt, skal indbetales til statskassen.»

Denne internrettslige modellen gir således Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen kompetanse

til å håndheve regelverket, som er bygget på en inngrepshjemmel. Det er ingen alminnelig meldepplikt, men støtte *kan* meldes for å oppnå en negativattest (bekreftelse på at det ikke er grunnlag for inngrep), jf. stk. 6. Anvendelse av bestemmelsen er ikke utelukket selv om samhandelen påvirkes, men tilsynsmyndigheten kan i henhold til stk. 7 unnlate å behandle en sak hvis samhandelen påvirkes. Dette innebærer imidlertid at bestemmelsen, og tilbakeføringshjemmelen vil kunne anvendes på støtte som er uforenlig med traktaten om Den europeiske unions virkemåte.<sup>527</sup> Stk. 5 oppstiller en foreldelsesfrist på fem år, som er kortere enn kravet etter EU-reglene, jf. nærmere nedenfor.

Det er verdt å legge merke til at det er Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen som pålegger tilbakebetaling, og at dette skjer til fordel for statskassen. Det vises ellers til kapittel 9 ovenfor om hvordan problemstillingen er adressert på nasjonalt plan i ulike andre jurisdiksjoner.

Ovenfor har arbeidsgruppen definert to behov som er særskilt knyttet til etterlevelse av markedsaktørprinsippet:

- informasjon/veiledning
- håndhevelse (i betydningen aktiv kontroll med etterlevelsen, herunder rapportering)

Det siste forutsetter at det enten opprettes et eget organ, eller at det legges kompetanse og ressurser til et allerede eksisterende organ. En slik vurdering må selvsagt se hen til det eksisterende regimet.

Spørsmålet er om det utover regler om bistand til ESA er behov for å innføre selvstendige kontrollhjemler i intern rett. En slik innføring vil innebære at det etableres et nasjonalt kontrollorgan for offentlig støtte, det vil si et tilsynsorgan med ansvar for å håndheve EØS-reglene om offentlig støtte.

Per i dag foreligger det ingen kompetanse på nasjonalt plan for håndhevelse av reglene om offentlig støtte. Regelverket håndheves av ESA overfor Norge, og kan i tillegg anvendes av de alminnelige domstoler, for eksempel gjennom krav om stansing eller erstatning.

<sup>527</sup> Se Lund og Honoré, Ny lovgivning – skærpeelse af reglerne om statsstøtte i Konkurrenceloven, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013 s. 253-258.



Den internrettslige støtteforvaltningen (som er lagt til Nærings- og fiskeridepartementet i henhold til lov om offentlig støtte), er i dag innrettet på å sikre etterlevelse av notiserings-, rapporterings- og registreringsforpliktelser. De kravene EØS-avtalen oppstiller i så måte må anses som oppfylt. Det er imidlertid ikke opprettet noe organ med det formål å foreta selvstendige undersøkelser knyttet til ulovlig støtte eller å vedta sanksjoner.

Et internt kontrollsystem kan imidlertid knyttes til behovet for å avdekke støtteordninger som ellers kanskje ikke ville blitt meldt, for eksempel fordi støttegiver ikke er oppmerksom på at det dreier seg om støtte (typisk der noe anses som støtte etter markedsaktørprinsippet), eventuelt på grunn av misforståelser om hva som er meldepliktig/registreringspliktig støtte. I slike tilfeller foreligger det et informasjonsbehov for å sikre at ordningen notiseres/registreres, eventuelt også for å kunne pålegge avvikling eller endring av ordningen. Til dette kommer muligheten for å pålegge tilbakeføring. (Begge deler er uavhengig av om ESA tar opp saken.) Også Produktivitetskommissjonen etterlyste en strengere kontroll med offentlig støtte, særlig i forbindelse med vurderingen av konkurranseforhold mellom offentlige og private foretak.<sup>528</sup>

De problemstillinger som ligger til grunn for ESA-saken, det vil si skattefritak og konkursimmunitet, vil som utgangspunkt kunne løses ved generelle tiltak som innføring av skatteplikt, krav om utskilling i visse tilfeller osv. Det vil likevel være et behov både for kontroll med at disse tiltakene følges opp. Konkret er behovet litt forskjellig avhengig av hvilke tiltak som innføres. En generell plikt til å føre separate regnskaper med tilhørende skatteplikt vil for eksempel kunne håndheves av Skatteetaten. En plikt til utskilling av bestemte former for virksomhet kan kreve mer ad hoc-baserte løsninger, for eksempel at fylkesmannsembetene gis i oppgave å kontrollere kommunenes oppfølging.

Oppfølgingen av de tiltak som velges for å adressere ESAs påpekninger vil likevel ikke avhjelpe det mer overordnede behovet for å følge opp markedsaktørprinsippet, jf. ovenfor. Arbeidsgruppen har gjennomgående lagt til grunn at separate regnskaper representerer et minimumskrav for å kunne etterleve og føre kontroll med etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Separate regnskaper

gir imidlertid ingen garanti for at prinsippet faktisk etterleves.

Det vil derfor kunne forekomme overtredelser av regelverket, som enten ikke fanges opp av ESA, eller som ESA ikke har kapasitet til å behandle. Arbeidsgruppen er kjent med at Konkurransetilsynet har mottatt henvendelser om mulige brudd på markedsaktørprinsippet. Som nevnt ovenfor har tilsynet begrensede virkemidler etter konkurranseloven med mindre det dreier seg om misbruk av dominerende stilling etter konkurranseloven § 11. Nærings- og fiskeridepartementet, som i dag er ansvarlig for å håndtere notifikasjoner og rapportering til ESA, er ikke satt opp for å drive tilsyn med etterlevelse av støtteregele.

Videre er arbeidsgruppen enige om at det vil være et behov for et nasjonalt kompetansesenter for de spørsmålene som er utredet. Dette gjelder både for å unngå brudd på EØS-reglene, men også for å forvalte kunnskap som muliggjør bruk av det handlingsrommet regelverket legger opp til. Dessuten er det på det rene at spørsmålene som er drøftet reiser vanskelige problemstillinger som det vil være utfordrende for særlig mindre kommuner å ha full oversikt over. Dette er ikke minst knyttet til krav om regnskapsmessig skille og etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Disse forholdene er også særlig viktige, jf. den vekt arbeidsgruppen har lagt på regnskapsmessig skille som et minstekrav for etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

Behovet for veiledning i form av informasjon og retningslinjer vil kunne fylles innenfor bestående strukturer, da særlig av Nærings- og fiskeridepartementet som allerede i dag fungerer som det sentrale kontaktpunktet mot ESA. Alternativt kan informasjons- og veiledningsoppgaver legges til direktorater som Direktoratet for økonomistyring (DFØ) eller Direktoratet for forvaltning og IKT (DIFI). Også behovet for å bygge opp kompetanse på regelverket kan realiseres innenfor eksisterende strukturer.

#### *10.9.4.2 Utforming av et tilsynsregime*

Arbeidsgruppens flertall (*medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder Hjelmeng*) ønsker, med noen nyanseringer og særmerknader som fremgår i det følgende, å innføre et nasjonalt tilsyns- og håndhevelsesregime for å sikre etterlevelse av det EØS-rettslige markedsaktørprinsippet.

<sup>528</sup> Se for eksempel NOU 2015:1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*.

### *Dissens fra medlemmene Hennyng og Reegård*

*Gruppens medlemmer Hennyng og Reegård* stiller seg ikke bak et forslag om å etablere et nasjonalt tilsynsorgan med ansvar for å håndheve reglene om offentlig støtte. Det er flere grunner til dette. For det første er det uklart hva slags kompetanse et nasjonalt tilsynsorgan vil ha. Flertallet foreslår at:

«Der det offentlige driver økonomisk aktivitet i et marked, skal Konkurransetilsynet ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 61 om offentlig støtte.

Hjemmelen bør også vise til det såkalte iverksettelsesforbudet slik dette er gjennomført i forskrifter til offentlig støtteleven.»

Håndhevelse av støtteregulverket er lagt til ESA og nasjonale domstoler. ESA har eksklusiv kompetanse til å godkjenne støtte. Inntil notifisert støtte er godkjent av ESA, gjelder et forbud mot å iverksette (utbetale) støtten. EØS-avtalen krever at nasjonale domstoler håndhever dette forbudet. Nasjonale domstoler har dermed kompetanse til å kjenne konkrete tildelinger av støtte ulovlig ved brudd på notifikasjonsplikten. Norske domstoler kan bare vurdere om et tiltak innebærer offentlig støtte som skulle vært notifisert. Domstolene kan ikke avgjøre om en enkelttildeling eller generelle støtteordninger er forenlige med EØS-retten, det vil si om støtten kan godkjennes i medhold av EØS-avtalens unntaksbestemmelser eller om eksisterende støtteordninger er forenlige med EØS-avtalen. Det er altså bare ESA som har kompetanse til å gjøre slike vurderinger.<sup>529</sup> Etablering av et nasjonalt tilsynsorgan vil dermed innebære at flere organer fører tilsyn med det samme uten at kompetanseforholdet mellom disse er avklart. Et spørsmål som oppstår i den forbindelse er hvordan det for eksempel skal forhindres at det ikke treffes ulike vedtak mellom det nasjonale tilsynsorganet og ESA. ESA kan ta opp saker helt opp til 10 år etter at støtten ble gitt. Dette vil gi et uoversiktlig tilsyns- og kontrollregime.

For det andre mener disse medlemmene det er usikkert om det foreligger behov for et eget tilsynsorgan for å påse at de tiltakene som arbeidsgruppen foreslår, blir overholdt. Arbeidsgruppens flertall har foreslått at det innføres separate regn-

skap og et konkurransenøytralt skatteregime. Skattemyndighetene vil håndheve en eventuell skatteplikt. Kontrollutvalget og kommunerevisjonen vil kunne håndheve en eventuell plikt til å føre separate regnskap, herunder påse riktig kostnadsallokering. Det er derfor uklart hva som er igjen å kontrollere.

Arbeidsgruppens flertall har videre foreslått at Konkurransetilsynets mandat utvides til også å omfatte kontroll med markedsaktørprinsippet.

Det synes dog noe underlig med en form for partiell kontroll og håndhevelse av ett av vilkårene under støtteforbudet i EØS-artikkel 61(1). Markedsinvestorprinsippet er en av flere tester utviklet gjennom rettspraksis for å avgjøre om et tiltak representerer en økonomisk fordel under fordelsvilkåret i EØS artikkel 61(1). Det er til dels rettslig uavklart både når testen kommer til anvendelse og hvordan den skal anvendes. Dette skaper en dynamikk som gjør at markedsinvestortesten ikke vil kunne vurderes og håndheves isolert fra de øvrige støttevilkårene.

For det tredje vet vi ikke hva en slik ordning vil innebære av økte administrative og økonomiske byrder da dette ikke er nærmere utredet. *Gruppens medlemmer Hennyng og Reegård* stiller derfor spørsmål ved om ikke ressursene vil være bedre anvendt ved å styrke veiledningsfunksjonen på dette området heller enn å etablere enda en kontroll- og tilsynsfunksjon.

#### *10.9.4.3 Nærmere om et nasjonalt organ som kan behandle klager på brudd på støttereglene*

Etter flertallet i arbeidsgruppens oppfatning tilsier både kompleksiteten i vurderingene, utbredelsen av EØS-rettslig økonomisk aktivitet i offentlig sektor, samt betydningen av like konkurransevilkår for det private næringslivet, at det eksisterer et behov for et nasjonalt organ som kan behandle klager på brudd på støttereglene. Organet bør kunne fungere både som håndhevelsesorgan, men også som et nasjonalt kompetansesenter for denne typen problemstillinger. Dette innebærer at organet også bør tilby veiledning i forkant av tiltak iverksettes.

Håndhevelse av markedsaktørprinsippet etter støttereglene forutsetter i alle fall tre komponenter: et håndhevelsesorgan, hjemmel for innhenting av nødvendig informasjon og virkemidler i form av kompetanse til å gi pålegg om retting/ending for fremtiden, nøytralisering av allerede tildelt støtte

<sup>529</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig\\_stotte\\_veildere\\_2011.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf), s. 145.

og eventuelt også sanksjoner for å realisere en preventiv virkning. Disse komponentene drøftes nedenfor i tur og orden.

### **Valg av organ**

Utformingen av et tilsynsregime reiser to hovedspørsmål, for det første hvilket organ kompetansen bør legges til, for det andre hvilke virkemidler organet skal utstyres med. Konkurransetilsynet, lokalisert i Bergen, representerer allerede et nasjonalt kompetansesenter for konkurransepolitiske spørsmål, og innehar kompetanse både på informasjonsinnhenting, konkurranseanalyse og utforming av tiltak i konkrete saker. Flertallet i arbeidsgruppen anser at Konkurransetilsynet vil representere en tilstrekkelig faglig kompetanse til å kunne håndtere de spørsmålene som er reist. Dette gjelder også erfaring med klager på konkurransehemmende adferd. Det foreslås derfor at Konkurransetilsynets mandat utvides til også å omfatte kontroll med markedsaktørprinsippet.

### **Kompetanseområde**

I det følgende vurderes det om det skal etableres en ordning for tilsyn med vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) hvor det offentlige opptrer i et marked. En avgrensning av kompetanseområdet til organet krever nærmere presiseringer: Hovedskillet går da mellom tilfeller hvor det offentlige opptrer i en kommersiell sammenheng, enten som eier, investor, selger, kjøper osv., jf. punkt 4.2.3 om markedsaktørprinsippet, og tilfeller hvor det ytes støtte gjennom skatte- og avgiftslettelser, subsidier gjennom støtteordninger osv. Dette er typetilfeller som det vurderes at ESA er best plassert til å håndtere, og her foreligger det også formaliserte rapporterings- og registreringsrutiner samt prosesser for melding av støttetiltak, samt rapportering og registrering i etterkant. Markedsaktørprinsippet har således en ganske fast avgrensning, og vil i begrenset utstrekning komme til anvendelse på myndighetsutøvelse etter forvaltningsloven (typisk vedtak om tildeling).<sup>530</sup> Primært vil markedsaktørprinsippet få anvendelse på det som i norsk forvaltningsrettslig tradisjon er kalt utøvelse av privat autonomi/eierrådighet. Kompetansen kan for eksempel avgrenses som følger:

«Der det offentlige driver økonomisk aktivitet i et marked, skal Konkurransetilsynet ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalen artikkel 61(1) om offentlig støtte.»

<sup>530</sup> Se nærmere i punkt 5.2.

Hjemmelen bør også vise til det såkalte iverksettelsesforbudet slik dette er gjennomført i forskrifter til offentlig støtteloven.

Det kan stilles spørsmål om Konkurransetilsynet også bør ha en rolle ved mer formell kontroll av regnskapsmessig skille, dersom dette vedtas innført (se punkt 10.3.2 ovenfor). I arbeidsgruppens flertalls forslag til tilleggsbestemmelse i regnskapsloven fremgår det at det i forskrift kan gis bestemmelse om rapportering og revisjon. En slik rapportering vil for eksempel kunne skje til Konkurransetilsynet, men det vil være mer hensiktsmessig at dette skjer gjennom for eksempel Brønnøysundregistrene. En slik ordning vil også innebære at virksomhetene i regi av det offentlige gjøres mer transparent. Dersom regnskapsmessig skille ikke er innført for en viss EØS-rettslig økonomisk aktivitet, vil dette henge svært tett sammen med mulig brudd på markedsaktørprinsippet. I så fall er det gruppens oppfatning at det bør ligge innenfor Konkurransetilsynets fullmakter å fatte vedtak som pålegger den aktuelle enheten å innføre skille i henhold til kravene fastsatt i lov og forskrift.

### **Informasjonsinnhenting**

Kontroll med etterlevelse av markedsaktørprinsippet krever tilgang til detaljert informasjon om virksomheten det gjelder. Blant annet derfor er det innført en omfattende opplysningsplikt overfor ESA, jf. prosedyreforordningen artikkel 7.<sup>531</sup> ESA har etter modell av konkurranseretten også adgang til å foreta kontrollbesøk hos støttemottaker.

Flertallet i arbeidsgruppen mener at det innenfor et håndhevelsessystem er nødvendig at tilsynsmyndigheten har tilgang til relevant informasjon. Det bør derfor innføres en generell opplysningsplikt overfor Konkurransetilsynet, slik at tilsynet kan innhente relevant informasjon fra virksomhetene. En slik plikt kan utformes etter modell av konkurranseloven § 24 første og andre ledd:

«Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges

<sup>531</sup> Council Regulation (EU) 2015/1589 of 13 July 2015 laying down detailed rules for the application of Article 108 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Den nye prosedyreforordningen er foreløpig ikke innlemmet i EØS-avtalen, og norske foretak har dermed foreløpig ikke fått den opplysningsplikten overfor ESA som beskrives her.

avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av foretak og kan nedtegnes og lagres som lydopptak.

På samme vilkår som nevnt i første ledd kan konkurransemyndighetene for gransking kreve utlevert alle typer informasjon og bærere av slik informasjon.»

En plikt til å gi opplysninger må anses som nødvendig for at tilsynsmyndigheten kan foreta en kvalifisert vurdering av hvorvidt markedsaktørprinsippet er overtrådt. Tilgang til regnskaper vil ikke i seg selv være tilstrekkelig for dette formålet, fordi regnskapsføringen ikke gir opplysninger om bakenforliggende overveielser om å gå inn på markedet, verdsettelse av kapital mv.

Konkurransetilsynet mottar allerede i dag mange henvendelser om konkurranseforholdene mellom offentlig og privat virksomhet, hvorav en rekke gjelder påstander om brudd på markedsaktørprinsippet i en eller annen form. Dersom tilsynet gis hjemmel til å gripe inn i slike saker, er det grunn til å tro at flere foretak vil klage til tilsynet på slik manglende etterlevelse. Slike klager vil representere en viktig informasjonsstrøm for tilsynet. Det er generelt en forutsetning for et effektivt klagesystem at det er mulig å bevare taushet om klagers identitet. Dette er i dag mulig ved klager til Konkurransetilsynet, og vil også være en viktig forutsetning for behandling av saker etter støtte-reglene.

Forslaget om å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å føre tilsyn og å ilegge sanksjoner, svarer ut en hovedutfordring med dagens rettsituasjon: at prosessene er tidkrevende og uoversiktlige. Det antas å være en fordel for alle involverte parter at de kan forholde seg til et norsk regelverk og en kjent, norsk instans som kan både veilede og behandle klager. For å unngå at partene selv må vurdere om Konkurransetilsynet eller ESA er kompetent organ er det et viktig poeng at Konkurransetilsynet blir «døren inn» også for tilfeller der ESA er kompetent. Dette innebærer at klager også i slike tilfeller kan rettes til Konkurransetilsynet, som så eventuelt vil overføre saken til ESA. Formålet er å sikre at mindre private aktører, uten kjennskap til kompliserte støtte-regler, slipper å foreta vurderingen av hvor klagen skal rettes i første omgang.

### **Virkemidler**

Innenfor støtteretten er det først og fremst to typer virkemidler som er aktuelle: pålegg om endringer for fremtiden og nøytralisering av allerede tildelt støtte gjennom tilbakeføring. Pålegg om endringer for fremtiden vil være nært beslektet med Konkurransetilsynets hjemmel etter konkurranseloven § 12 til å pålegge opphør av en overtredelse. Etterlevelse av markedsaktørprinsippet vil typisk kunne innebære å gi pålegg om innføring av regnskapsmessig skille (der dette ikke er gjennomført i tråd med det foreslåtte kravet, jf. punkt 10.3.2 ovenfor), pålegg om verdivurdering av kapitalbase, pålegg om avkastningskrav og eventuelt også pålegg om avvikling av virksomhet der prinsippet ikke kan etterleves. ESA har ikke kompetanse til å gi denne typen pålegg. I saker om brudd på markedsaktørprinsippet vil tilbakeføring av fordelene være det ESA kan pålegge Norge, og deretter vil det være opp til den offentlige markedsaktør å sikre etterlevelse for å unngå eventuelle nye prosesser. Det vurderes likevel at kompetanse til å pålegge konkrete tiltak for å legge til rette for etterlevelse vil bidra til en mer effektiv gjennomføring av prinsippet, noe som vil ha en egenverdi for å unngå prosesser fra ESA.

Videre bør Konkurransetilsynet kunne pålegge en støttemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til statskassen. Etter dagens regelverk er løsningen at ulovlig støtte, dersom dette pålegges overfor Norge av ESA, at støttegiver krever støtten tilbakeført. Støtten tilbakeføres dermed til støttegiver (typisk en eierkommune). I praksis finnes eksempler på at ulovlige fordeler er tilbakeført gjennom uttak av ekstraordinært utbytte.<sup>532</sup> En slik løsning sørger for at den ulovlige fordelene elimineres, men savner en preventiv virkning overfor støttegiver (som kun «risikerer» å få støtten tilbakebetalt). Videre er det på det rene at støttegivers insentiver til å kreve tilbake støtte kan variere, og tilbakeføringsinstituttet fremstår derfor ikke som særlig effektivt. Et argument mot tilbakeføring til statskassen er at dette vil innebære andre regler for tilbakeføring ved brudd på markedsaktørprinsippet enn ved andre brudd på EØS-avtalen artikkel 61(1).

Tilbakeføring til *statskassen* vil i utgangspunktet kunne ha en preventiv virkning overfor støtte-givere som kommuner og offentlige foretak mv. siden eventuell ulovlig støtte ikke vil betales til

<sup>532</sup> Se ESAs vedtak i Arcus, beslutning 339/98/COL, EUT 1999 L 157 s. 49, EØS-tillegget 1999 nr. 28, s. 1.

bake til støttegiver og dermed gjøre det mer risikabelt å tildele støtte. Tilbakeføring til statskassen vil derfor kunne effektivisere støtteregele ved at man i første omgang unngår ulovlige støtteutbetalinger. Dette tilsier at det innføres en ordning der Konkurransetilsynet bør kunne pålegge en støtemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til statskassen.

*Et flertall (medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder Hjelmeng) slutter seg til et slikt forslag.*

*Medlemmet Halvorsen støtter ikke en ordning der tilbakeføring skjer til fordel for statskassen, og tiltrer medlemmene Hennyng og Reegårds begrunnelse på dette punktet.*

*Medlemmene Hennyng og Reegård tar dissens på dette punktet. Flertallets medlemmer ønsker å gi Konkurransetilsynet hjemmel til å vedta pålegg om utskilling, omorganisering eller andre tiltak, samt hjemmel til å kreve støtten tilbakebetalt til statskassen.*

Dersom Konkurransetilsynet skal gis generell kompetanse til å føre tilsyn med støtteregeverket, mener *disse medlemmene* at Konkurransetilsynet ikke skal gis videre sanksjonsmyndighet enn det ESA har og som følger av EØS-regelverket.

Etter EØS-regelverket er løsningen at ulovlig støtte, dersom tilbakeføring pålegges av ESA, tilbakeføres til støttegiver. Hensikten er å gjenopprette situasjonen på markedet slik den ville være uten den ulovlige støtten.<sup>533</sup> Konkurransetilsynets kompetanse bør således begrenses til å kunne pålegge en støtemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til støttegiver, slik systemet er under EØS-avtalens støtteregele. *Disse medlemmene* ser ikke noen grunn til at et nasjonalt tilsynsorgan skal kunne ilegge mer vidtgående sanksjoner enn ESA.

Dersom Konkurransetilsynet skal begrenses til få føre kontroll med at markedsinvestorprinsippet overholdes, synes det enda vanskeligere å begrunne hvorfor Konkurransetilsynet skal kunne ilegge mer vidtgående sanksjoner enn ESA, særlig ettersom tiltaket etter vurdering av samtlige støt-

tevilkår vil kunne falle utenfor statsstøtteregeverket. Overholdelse av markedsinvestorprinsippet fordrer vanskelige vurderinger, og konsekvensen av å trå feil bør ikke føre til en tapping av kommunenes budsjetter. Tilbakeføring til statskassen vil heller ikke ha noen preventiv effekt i de tilfeller brudd på statsstøtteregeverket ikke kan tilskrives uaktsomhet.

Uansett synes det underlig at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge utskilling eller omorganisering av økonomisk virksomhet, når det ikke foreligger en plikt til utskilling eller til å organisere økonomisk aktivitet på en spesiell måte etter gjeldende rett. Det er heller ikke foreslått at det skal innføres en slik plikt. Slike pålegg vil dessuten være direkte i strid med kommunenes organisasjonsfrihet, samt EØS-avtalen artikkel 125 og 59(1). Forslaget vil således innebære at det innføres en sanksjonsmulighet som ikke følger av statsstøtteregele og det i en situasjon hvor ikke nødvendigvis alle vilkårene for ulovlig støtte er oppfylt.

*Et flertall (medlemmene Bjørnenak, Cyndecka, Djupvik, Halvorsen, Kvalheim, Schei, Sundal, von der Fehr og gruppens leder Hjelmeng) foreslår videre at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å gi konkrete pålegg om utskilling, omorganisering eller andre tiltak, dersom markedsaktørprinsippet brytes og slik utskilling vil være proporsjonalt. En slik kompetanse kan formuleres langs de samme linjer som konkurranseloven § 12 første ledd der det heter:*

«Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.»

En formulering kan være:

«Konkurransetilsynet kan pålegge offentlige enheter som driver økonomisk aktivitet i strid med EØS artikkel 61(1) å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes

<sup>533</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig\\_stotte\\_veildere\\_2011.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf), side 146.

like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom et adferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt.»

#### **Forholdet til ESAs og andre organers kompetanse**

Et internrettslig tilsynsorgan vil ikke kunne anvende artikkel 61(3), noe som er reservert for ESA, og vil således ikke kunne erstatte håndhevelse i regi av ESA. Etter hvert som mer støtte automatisk fritas etter gruppeunntak, vil en slik innvending imidlertid kunne tape betydning, men dette er det for tidlig å si noe mer spesifikt om på nåværende tidspunkt. Dessuten er det på det rene at det er lite sannsynlig at vilkårene i artikkel 61(3) vil være oppfylt ved brudd på markedsaktørprinsippet.

Iverksettelsesforbudet mot ny støtte har direkte virkning i norsk rett, i kraft av at det er gjennomført som del av norsk lovgivning. Dette forbudet vil derfor kunne håndheves både av nasjonale domstoler og eventuelt også nasjonale tilsynsorgan. Samtidig er det opp til Norge som part i EØS-avtalen å etablere løsninger for å sikre etterlevelse av EØS-rettslige bestemmelser som forplikter norske offentlige aktører – slik EØS artikkel 61 gjør. Det er derfor intet hinder i EØS-avtalen for å innføre et nasjonalt håndhevelsesregime for markedsaktørprinsippet.

Dette stiller seg noe annerledes for konkurransereglene for foretak, der ESA og Konkurransetilsynet i prinsippet «konkurrerer» om å håndheve regelverket overfor foretak. Dette er begrunnelsen for bestemmelsen i forordning 1 artikkel 11 nr. 6 om at nasjonale konkurransetilsyn mister sin kompetanse til å håndheve EØS-avtalens regler dersom ESA innleder prosedyre. Etter reglene om offentlig støtte har ESA kompetanse overfor Norge som part i EØS-avtalen, og dette er bakgrunnen for systemet i lov om offentlig støtte der departementet er tildelt rollen som en sentral koordinator overfor ESA. Siden ESAs vedtakskompetanse gjelder overfor Norge som part i EØS-avtalen, innebærer dette at Norge internrettslig står fritt til å etablere mekanismer som sikrer etterlevelse av støttereglene.

Arbeidsgruppens flertall ser imidlertid at det kan oppstå situasjoner der vedtak fra ESA og Konkurransetilsynet potensielt kan komme i konflikt. Der ESA innleder en prosedyre mot mulig brudd på støtteregelverket er det heller ingen grunn til at håndhevelsen skal dupliseres. Støttegiver bør i så fall kunne forholde seg kun til ESA. Et nasjonalt håndhevelsesregime bør derfor inneholde en

bestemmelse tilsvarende forordning 1 artikkel 11 nr. 6, slik at Konkurransetilsynet ikke lenger er kompetent der ESA har innledet en prosess. Konkurransetilsynet bør imidlertid ha kompetanse til å følge opp vedtak fra ESA for å sikre etterlevelse av disse.

Konkurransetilsynets kompetanse har også en side til andre nasjonale organers kompetanse. Dersom problemstillingen med skattefritak løses gjennom innføring av skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives av det offentlige, vil også Skatteetaten spille en rolle i håndhevelsen. På dette punkt bør Konkurransetilsynet ha eksklusiv kompetanse til å avgjøre om virksomheten representerer en EØS-rettslig økonomisk aktivitet, samt om det foreligger brudd på forpliktelsen til separate regnskaper og markedsaktørprinsippet. Skattemyndighetenes oppgave vil være å ta stilling til om det foreligger brudd på skattelovens bestemmelser *gitt at* det dreier seg om EØS-rettslig økonomisk aktivitet og et brudd på markedsaktørprinsippet.

#### **Gjennomføring i lovgivningen**

Regulering av nasjonal håndhevelse av (deler av) EØS-avtalen artikkel 61 vil naturlig kunne plasseres i den eksisterende loven om offentlig støtte.<sup>534</sup> Dersom Konkurransetilsynet utpekes som tilsynsorgan, kunne reglene også vært inntatt i konkurranseloven. Denne loven har imidlertid en generell formålsbestemmelse om samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk, som et stykke på vei avviker fra formålet med reglene om offentlig støtte, der fokuset ligger på konkurransesituasjonen mellom foretak. Samtidig inneholder loven om offentlig støtte allerede visse bestemmelser om håndhevelse, blant annet om ESAs adgang til å foreta kontrollbesøk.

#### **Økonomiske og administrative konsekvenser**

Innføring av nasjonal håndhevelse av markedsaktørprinsippet under EØS artikkel 61 vil mest sannsynlig føre til en betydelig økning i antallet henvendelser til Konkurransetilsynet. Saker etter markedsaktørprinsippet vil ofte forutsette kompliserte økonomiske vurderinger, og vil således være ressurskrevende saker å bringe frem til endelig vedtak. Det må således forventes at forslaget krever betydelig økte ressurser til tilsynet.

<sup>534</sup> Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte.

For offentlig EØS-rettslig økonomisk aktivitet vil det ikke være ytterligere administrative eller økonomiske konsekvenser enn det som måtte oppstå som følge av at Konkurransetilsynet enten etter klage eller av eget tiltak innleder etterforskning mot mulige overtredelser. Ekstrakostnader som følge av krav om separate regnskaper og eventuelt andre tiltak som måtte innføres, er uavhengig av etableringen av et tilsynsregime. Private foretak (normalt konkurrentene til offentlig forretningsmessig aktivitet) vil kunne påføres økonomiske eller administrative byrder som følge av Konkurransetilsynets informasjonsinnhenting, men vil sannsynligvis ikke påføres byrder ut over dette.

### **10.10 Oppsummering om implementering av tiltak**

Nedenfor gis det en kort oppsummering av hvordan de tiltakene som er beskrevet ovenfor kan implementeres i lovgivningen. Det vises ellers til beskrivelsen under de enkelte punktene.

En eventuell skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet, jf. punkt 10.3, vil kunne implementeres gjennom endringer i skatteloven, det vil si at nåværende unntak begrenses slik at skatte-

plikt inntreder der det er påkrevet EØS-rettslig eller ønskelig av andre grunner. Fremstillingen drøfter ulike avgrensingsmodeller

Dersom det velges en utskilling i form av en generell plikt til å skille ut bestemte typer virksomhet, bør dette skje ved regler i kommuneloven og ellers ved instruks. Gruppen er imidlertid av den oppfatning at utskilling bare bør skje der det er hensiktsmessig, og det kan da tenkes ulike modeller fra full frivillighet til konkrete pålegg av et tilsynsorgan. Det vises til punktene 10.4.5.1, 10.7 og mindretallsmerkene i 10.8 og 10.9.4.

En plikt til separate regnskaper, som drøftes i 10.9.3, kan best gjennomføres ved at det gis en forskriftshjemmel i regnskapsloven etter modell av nåværende § 9-1 som hjemler forskrifter om separate regnskaper for tjenester av allmenn økonomisk betydning, jf. EØS artikkel 59. Nærmere regler om separate regnskaper kan da inntas i forskrift.

Dersom det skal etableres et tilsynsregime foreslår de medlemmer som stiller seg bak dette, se punkt 10.9.4.2, at dette skjer ved endringer i lov om offentlig støtte.





# 11 Økonomiske og administrative konsekvenser

I henhold til utredningsinstruksen skal økonomiske konsekvenser av foreslåtte tiltak vurderes med henblikk både på utgifts- og inntektsforhold for dem som berøres, herunder statlige, fylkeskommunale og kommunale budsjetter samt næringsliv og enkeltpersoner. Det skal i nødvendig utstrekning inngå grundige og realistiske samfunnsøkonomiske analyser.

Administrative konsekvenser skal vurderes med henblikk på statens sentrale, regionale og lokale forvaltning, fylkeskommunene og kommunene, samt på eventuelle endringer i etatsstrukturen, nye organer, stillinger og andre konsekvenser som kan medføre vesentlige endringer med hensyn til arbeidsoppgaver, saksbehandlingsprosedyrer eller arbeidsbyrde.

Økonomiske og administrative konsekvenser vurderes med utgangspunkt i to alternative løsninger: Løsning *uten* utskillingsplikt og løsning *med* utskillingsplikt.

Den første løsningen omfatter regnskaps- og skatteplikt for økonomisk aktivitet, samt tiltak for å etterleve markedsaktørprinsippet. I praksis innebærer dette et generelt krav om regnskapsmessig skille for all økonomisk aktivitet som drives i det offentlige, samt en plikt for de offentlige aktørene

til å foreta en vurdering av om aktiviteten som utøves er skattepliktig etter de nye reglene. Løsningen innebærer for øvrig at det ikke skjer en utskilling av virksomheten til selvstendige juridiske enheter som er underlagt alminnelig skatteplikt og konkurslovgivning. Dette betyr videre at virksomheten fortsatt kan drives innenfor en offentlig enhet (kommune, fylkeskommune eller statlig enhet) som for øvrig er omfattet av det nåværende skattefritaket og konkursimmuniteten.

Den andre løsningen innebærer et krav om utskilling av økonomisk aktivitet i en egen enhet etter et nærmere bestemt avgrensningskriterium. I praksis vil utskilling av virksomhet innebære at den aktuelle økonomiske aktiviteten legges over i en selvstendig juridisk enhet som er fullt ut underlagt de alminnelige skatte- og konkursreglene, noe som vil avhjelpe støtterettslige problemer knyttet til skattefritak og konkursimmunitet.

Tabell 11.1 oppsummerer de økonomiske og administrative konsekvenser av disse to alternative løsningsforslagene. I tillegg gis det en overordnet vurdering av konsekvenser av håndheving på nasjonalt nivå for å sikre etterlevelse av EØS-avtalens regler om offentlig støtte.

Tabell 11.1 Økonomiske konsekvenser av tiltak

Økonomiske konsekvenser	Tiltak for å etterleve EØS-avtalen		Andre tiltak: Nasjonal håndhevelse av EØS artikkel 61(1)
	Uten krav om utskilling	Krav om utskilling	
Staten	<p>Økte skatteinntekter (på overskudd og netto kapitalinntekter) knyttet til skatteplikt for aktivitet som tidligere var skattepliktig.</p> <p>Kostnader til å bygge opp kompetanse og ressurser for å vurdere om det foreligger brudd på skattelovens bestemmelser.</p> <p>Økte administrative kostnader knyttet til skatteplikt.</p>	<p>Økte skatteinntekter (på overskudd og netto kapitalinntekter) knyttet til skatteplikt for aktivitet som tidligere var skattepliktig.</p> <p>Kostnader til å bygge opp kompetanse og ressurser til å vurdere om det foreligger brudd på skattelovens bestemmelser.</p> <p>Økte administrative kostnader knyttet til skatteplikt.</p>	
Kommune, HF, statlige etater	<p>Større grad av sikkerhet for at offentlige ressurser benyttes i mest verdiskapende anvendelse.</p> <p>Krav om etterlevelse av markedsaktørprinsippet gir økte inntekter i den grad dagens priser for å stille ressurser til disposisjon ikke reflekterer verdi i beste alternative anvendelse.</p> <p>Økte administrative kostnader knyttet til regnskapsplikt, skatteplikt, samt etterlevelse av markedsaktørprinsippet.</p> <p>Reduserte inntekter pga. skattebetaling.</p>	<p>Større grad av sikkerhet for at offentlige ressurser benyttes i mest verdiskapende anvendelse.</p> <p>Krav om etterlevelse av markedsaktørprinsippet gir økte inntekter i den grad dagens priser for å stille ressurser til disposisjon ikke reflekterer verdi i beste alternative anvendelse.</p> <p>Reduserte administrative kostnader til oppfølging av økonomisk aktivitet.</p> <p>Økt fokus på kjerneaktivitet.</p> <p>Mer åpenhet.</p> <p>Flere/større selskaper.</p> <p>Reduserte muligheter til politisk og administrativ helhetlig planlegging og styring.</p> <p>Redusert inntekter pga. skattebetaling.</p> <p>Engangskostnad knyttet til utskilling og selskapsetablering.</p> <p>Kostnader til eierstyring.</p>	
KS – Kommunesektorens organisasjon	Økte kostnader til veiledning.	Økte kostnader til veiledning.	Økte kostnader til veiledning.
Departement/Difi/DFØ	Økte kostnader til veiledning, eventuelt opprettelse av et nasjonalt kompetansesenter.	Økte kostnader til veiledning, eventuelt opprettelse av et nasjonalt kompetansesenter.  Økte kostnader til tilsyn hvis delt kompetanse med tilsynsorgan.	Økte kostnader til veiledning.

Økonomiske konsekvenser	Tiltak for å etterleve EØS-avtalen		Andre tiltak: Nasjonal håndhevelse av EØS artikkel 61(1)
	Uten krav om utskilling	Krav om utskilling	
Næringsliv	Positiv og konkurransefremmende effekt pga. økt konkurransenøytralitet. Det antas at det særlig vil ha effekt for SMB.	Positiv og konkurransefremmende effekt pga. økt konkurransenøytralitet. Det antas at det særlig vil ha effekt for SMB.	Styrket positiv effekt pga. økt etterlevelse.
Arbeidstakerrettigheter og pensjon	Ingen særskilte virkninger.	Endret ansettelsestilknytning. Gitt virksomhetsoverdragelse; ingen endringer i opparbeidede rettigheter eller jobbsikkerhet på kort sikt. På lengre sikt vil AS stå fritt til å forhandle nye avtaler, og tilpasse virksomhetens omfang til markedet.  Behov for overgangsordninger kan aktualiseres.	
[Tilsynsorgan]	Økt antall henvendelser.  Tilsyns- og håndhevelseskostnader.	Økt antall henvendelser.  Tilsyns- og håndhevelseskostnader.	Økte ressurser knyttet til oppbygging av kompetanse, tilsyn og håndhevelse, herunder håndtering av klager, saksbehandling, informasjonsvirksomhet.
[Klagenemd]	Klagebehandlingskostnader.	Klagebehandlingskostnader.	Kompetanse og ressurser til å vurdere klager mht. vedtak i støttesaker.

For staten vil innføring av skatteplikt for all økonomisk aktivitet (over en gitt terskelverdi) innebære økte skatteinntekter. Det er krevende å anslå proveffekten siden det ikke finnes noen god oversikt over omfanget av økonomisk aktivitet som omfattes av tiltaket. Skatteinntektene motsvares av skatteutbetalinger fra forretningsvirksomhet i offentlig regi som i dag ikke er underlagt skatteplikt. Disse utbetalingene må dekkes over gjeldende budsjett.

I et samfunnsøkonomisk perspektiv er gevinstene av både løsningen uten utskilling og krav om utskilling for det første knyttet til at det i større grad oppnås konkurransenøytralitet mellom offentlige og private foretak og at prisen for å benytte offentlige midler i kommersiell virksomhet reflekterer verdien i beste alternative anvendelse. Den samfunnsøkonomiske gevinsten av mer velfungerende konkurranse vil speiles i høyere produktivitet, verdiskaping og mer innovasjon. Hvor store effektene på konkurransen er i rent lokale/regionale eller nasjonale markeder, avhenger blant annet av om regelverket også kommer til anvendelse selv om det ikke er samhandelspåvirkning. Det kan også hevdes at det vil være samfunnsøkonomiske gevin-

ster knyttet til lik skattemessig behandling av foretak som opererer i samme marked.

Det kan ikke utelukkes at en utskillingsplikt kan innebære at bedrifts- og samfunnsøkonomisk marginalt lønnsomme offentlige foretak avvikles. I så fall kan konsekvensen være et samfunnsøkonomisk tap. Det er dog grunn til å tro at effekten av dette vil være begrenset dersom avgrensingskriterier er utformet med sikte på å unngå slike effekter. Det må være et siktemål at terskelen legges på et nivå som innebærer at gevinstene ved utskilling overstiger kostnadene. Samtidig er en fordel med utskilling er at det kan lette kontrollen med markedsaktørprinsippet og krysssubsidiering, og at det gir større åpenhet om det offentliges markedsaktiviteter og lønnsomheten ved disse. En løsning uten utskilling må antas å innebære en relativt beskjeden økonomisk byrde knyttet til etterlevelse.

Både ved en utskillingsløsning, men trolig i størst grad ved en løsning med regnskapsplikt og delvis skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet, kan det oppstå problemstillinger som er ressurskrevende å forvalte og etterleve. Dette gjelder

særlig Skatteetatens anvendelse av EØS-rettslige begrep som kriterier for skatteplikt, men også andre forhold. Innføring av skatteplikt for offentlige aktører vil medføre økte administrative kostnader, men størrelsen på disse er vanskelig å anslå.

Et av argumentene for å legge en aktivitet innenfor det offentlige som rettssubjekt er at det, i større grad enn om den organiseres utenfor, legger til rette for direkte politisk styring og kontroll. En utskillingsplikt kan svekke mulighetene for direkte politisk styring og kontroll. I hvilken grad dette er et problem avhenger av hvordan en utskillingsplikt avgrenses, jf. diskusjonen i punkt 10.5. En utskil-

lingsplikt kan for eksempel avgrenses ved at den i praksis ikke gjelder for aktiviteter med et vesentlig behov for direkte politisk styring. Dette vil kunne være tilfelle om virksomheten i vesentlig grad direkte eller indirekte må ta samfunnsmessige hensyn eller ivaretar samfunnspålagte oppgaver.

Selv om en utskillingsplikt vil legge føringer for kommunenes valg av organisatorisk løsning, vil den for øvrig ikke legge begrensninger på hva kommune kan engasjere seg i av økonomisk aktivitet. Mulige konsekvenser for arbeidstakere er drøftet i punkt 10.4.4.

Tabell 11.2 Administrative konsekvenser av tiltak

Administrative konsekvenser	Tiltak for etterlevelse av EØS-avtalen		Andre tiltak: Nasjonal håndhevelse av EØS artikkel 61
	Minimumsløsning	Krav om utskilling	
(Fylkes)kommune, HF, statlige etater	Innføring av administrative tiltak knyttet til gjennomføring av regnskapsplikt, skatteplikt, samt etterlevelse av markedsaktørprinsippet.  Styrket internkontroll.	Redusert administrativ belastning siden AS selv vil ha ansvar for eget regnskap og rapportering.  Må etablere tilstrekkelig kompetanse på, og interne rutiner for, eierstyring av fristilte selskaper.	
Skattemyndigheter	Nytt ansvar og nye oppgaver knyttet til gjennomføring av skatteplikt.	Nytt ansvar og nye oppgaver knyttet til gjennomføring av skatteplikt.	Nytt ansvar og nye oppgaver knyttet til å avgjøre om det foreligger brudd på skattelovens bestemmelser gitt at det er skatteplikt og brudd på markedsaktørprinsippet.
Departement/Difi/DFØ	Økte ressurser knyttet til veiledning mht. etterlevelse av markedsaktørprinsippet.	Økte ressurser knyttet til veiledning mht. etterlevelse av markedsaktørprinsippet.	Økte ressurser knyttet til veiledning mht. etterlevelse av markedsaktørprinsippet.
Endring i etatsstruktur	Ingen	Ingen	Avhenger av om oppgaver tillegges nytt eller eksisterende tilsynsorgan.
Endring i etatsoppgaver	Opprettelse av et tilsynsorgan.	Opprettelse av et tilsynsorgan.	Ytterligere oppgaver og ansvar for et tilsynsorgan.

# 12 Referanser

- Advokatfirmaet ALT (2013): *Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler*, utredning for Kommunal- og regionaldepartementet.
- Akkermans, B. og E. Ramaekers (2010): *Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations*, European Law Journal, Volume 16, Issue 3, May 2010, s. 292-314.
- Arhold, Christoph (2011): *Der Tatbestand der Beihilfe* [i:] Frank Montag og Franz Jürgen Säcker (eds.) *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht, München 2011, ss. 106-156, og 171-208, s. 146.
- Bach, Kasper Ullerup (2013): *Konkurrenserådets kontrol med ulovlig EU-statsstøtte – Samspillet mellem EU's statsstøtteregler og konkurrencelovens § 11 a*, Jurist- og økonomiforbudets forlag.
- Baumol, William J.; John C. Panzar, og Robert D. Willig (1982). *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, The American Economic Review, Vol. 72, No. 1, (Mar., 1982), s. 1-15. American Economic Association.
- Bjørnenak et al. (2005): *På like vilkår? En analyse av konkurranse mellom offentlige og private foretak*.
- Boulés, R., Cette, G., Lopez, J., Mairesse, J. og Nicoletti, G. (2010): *Do product market regulations in upstream sectors curb productivity growth? Panel data evidence for OECD countries*, NBER Working Paper No. 16520.
- Bøhren, Ø. (2011): *Eierne, styret og ledelsen. Corporate governance i Norge*, Fagbokforlaget.
- Cyndecka, Malgorzata (2015): *The problem of objectives pursued by the state under the application of the Market Economy Investor Principle (MEIP)*, 03-04/2015 Tidsskrift for Rettsvitenskap, s. 263-294.
- Direktoratet for økonomistyring (2013): *Veileder i internkontroll*.
- Direktoratet for økonomistyring (2014): *Veileder i samfunnsøkonomiske analyser*.
- Direktoratet for forvaltning og IKT (2014): *Fra stat til marked. Veileder om utskilling av virksomhet fra staten*, veileder 2014:1.
- Engelsrud, Gerd; Jahren, Gunnar; Sletnes, Ingun (2014). *Kommunalrett Oppgaver, organisering og kontroll*, Cappelen Damm.
- Fjell, K., K. Hagen og G. M. Johansen (2000): *Krysssubsidiering – operasjonaliserbar definisjon og samfunnsøkonomisk ønskelige tiltak*, SNF-rapport nr. 19/00.
- [Finansdepartementet \(2011\): Veileder i etatsstyring.](#)
- Geddes, R. Richard (1994): *Agency Costs and Governance in the United States Postal Service*, in J. G. Sidak, ed., *Governing the Postal Service*, Washington D.C.: The AEI Press, s. 114-140.
- Gjesdal, F. og T. Johnsen (1999): *Kravsetting, lønnsomhetsmåling og verdivurdering*, Cappelen Akademisk Forlag.
- Gutierrez, G. og T. Philippon (2016): *Investmentless growth: An empirical investigation*, NBER Working Paper No. 22897.
- Hagen, Inger Marie; Kristine Nergaard og Dag Olberg (2017): *Offentlige tariffområder – endring og praktisering*, Fafo-rapport 2017:15.
- Harper, I.; P. Anderson; S. McCluskey; M. O'Bryan (2015): [Competition Policy Review, Final Report](#).
- Hjelmeng, E. og L. Sørgard (2014): *Konkurransopolitikk*, Fagbokforlaget.
- Honoré, M. (2017) *Public Activities on Commercial Markets: The Issue of Cross-Subsidisation*, ESTAL 2/2017, s. 181-192.
- Horngren, Datar, Rajan (2015): *Cost Accounting. A managerial emphasis*, Person education. Hüschelrath, K. (2012): *The costs and benefits of antitrust enforcement*, World Competition, 35, 121-163.

- Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2014): Retningslinjer for beregning av selvkost for kommunale betalingstjenester, rundskriv H-3/14.
- Konkurrenserådet (2016): *Offentlig aktiviterer på kommersielle markeder*, utarbeidet av Konkurrence- og forbrukerstyrelsen for Konkurrenserådet.
- Konkurrensverket (2016): *Utværdering av reglerne om konkurransebegrensande offentlig säljarverk-somhet*, PM 2016-07-11, utkast för konsultation.
- KS Advokatene (2014): *Samvirkeforetak for kom-muner. En vurdering av om samvirkeforetak kan være en aktuell organisasjonsform når kommuner skal drive en virksomhet i samarbeid med andre*, utredning for KS Bedrift.
- Lund og Honoré (2013): *Ny lovgivning – skærpelse af reglerne om statsstøtte i Konkurrenceloven*, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2013 s. 253-258.
- Meld. St. 12 (2011-2012) *Stat og kommune – styring og samspel*.
- Meld. St. 27 (2013-2014) *Et mangfoldig og verdiskap-pende eierskap*.
- Meld. St. 4 (2015-2016) *Bedre skatt*.
- Miljødirektoratet (2014): *Beregning av kommunale avfallsgebyrer. Utdypning av avfallsforskriftens kapitel 15*, M-258 2014.
- Niskanen, William (1975) *Bureaucrats and Politicians*, Journal of Law and Economics, 18, 617-643.
- De nordiske konkurransetilsynene (2013): *A Vision for Competition – Competition Policy towards 2020*. Rapport 1/2013.
- NOU 1989: 5 *En bedre organisert stat*.
- NOU 1990: 13 *Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner*.
- NOU 1991: 27 *Konkurransen for effektiv ressursbruk*.
- NOU 2000: 22 *Om oppgavefordeling mellom stat, region og kommune*.
- NOU 2003: 12 *Ny konkurranselov*.
- NOU 2003: 34 *Mellom stat og marknad*.
- NOU 2010: 2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser*.
- NOU 2012: 7 *En mer effektiv konkurranselov*.
- NOU 2014: 4 *Enklere regler – bedre anskaffelser*.
- NOU 2014: 13 *Kapitalbeskatning i en internasjonal økonomi*.
- NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*.
- NOU 2016: 3 *Ved et vendepunkt: Fra ressursøkonomi til kunnskapsøkonomi*.
- NOU 2016: 4 *Ny kommunelov*.
- NOU 2016: 12 *Ideell opprydding — Statlig dekning av ideelle organisasjoners historiske pensjonskostnader*.
- NOU 2016: 15 *Lønnsdannelsen i lys av nye økonomiske utviklingstrekk*.
- NOU 2016: 25 *Organisering og styring av spesialisthelsetjenesten*.
- OECD (2009): *Competition, Patents and Innovation II*.
- OECD (2012): *Competitive Neutrality. A Compendium of OECD Recommendations, Guidelines and Best Practices*.
- OECD (2012): *Competitive Neutrality, Maintaining a level Playing Field between Public and Private Business*.
- OECD (2014): *Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes*.
- OECD (2015): *Roundtable on Competition Neutrality*.
- OECD (2015): *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement – note by the Netherlands*.
- OECD (2015): *Roundtable on Competitive Neutrality in Competition Enforcement – note by Norway*, Konkurransetilsynets bidrag til OECDs Competition Committee.

- Oslo Economics (2007): *Samfunnsøkonomiske gevinster ved økt bruk av private tjenesteytere*. Rapport nr. 2017-30.
- Ot.prp. nr. 42 (1991-92) *Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)*.
- Ot.prp. nr. 43 (1999-2000) *Om lov om endringer i lov om kommuner og fylkeskommuner m.m.*
- Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) *Om lov om helseforetak m.m.*
- Ot.prp. nr. 13 (2002–2003) *Om lov om endringer om statsforetak mv.*
- Prop. 120 L (2011–2012) *Om endringer i helseforetaksloven mv.*
- Prop. 1 LS (2013–2014) *Skatter, avgifter og toll 2014.*
- Prop. 1 LS (2014–2015) *Skatter, avgifter og toll 2015.*
- Prop. 122 S (2015–2016) *Tilleggsbevilgninger og omprioriteringer i statsbudsjettet 2016.*
- Prop. 1 S (2016–2017) *Skatter, avgifter og toll 2017.*
- RP 32/2013 rd *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av kommunalagen.*
- Von der Fehr, Nils-Henrik Mørch og Lars Sørgaard (2004): «*Vinning og tap ved fusjoner og oppkjøp*», i Kåre Petter Hagen, Agnar Sandmo og Lars Sørgaard (red.), Festskrift til Einar Hope, Fagbokforlaget.
- Sappington, D.E.M og J.G Sidak (2003): *Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises*, Review of Industrial Organization 22, s. 183-206.
- Skattedirektoratet (2017): *Skatte-ABC 2016/17*, Fagbokforlaget.
- Sletnes, I., C. Henrichsen, O. Lundin og E. Mäkinen (2013): *Kommunelovene i Norden – En kartlegging og sammenligning*, NIBR Rapport 2013 nr. 13.
- SOU 2011:69: *Olagligt statsstöd*, betänkande av Statsstödsutredningen.
- Sørensen, R. J. (2010): *Ustyrlige statselskaper? En oversikt over faglitteraturen*. Universitetsforlaget.
- Sørensen, R. og D.M. Dalen (2001): *Eierskap og tilknytningsformer i offentlig sektor. En diskusjon av teori og empiriske resultater i internasjonal forskning*, Handelshøyskolen BI, forskningsrapport 9/2001.
- Sørgard L. (2006): *Competition and welfare. The Norwegian experience*. Fagbokforlaget.
- Veland, Geir og Jon M. Hippe (2014): [Utviklings-trekk, utfordringer og mulige utviklingsveier for det norske pensjonssystemet](#), Fafo-rapport 2014:11.
- Victorian Competition and Efficiency Commission (2013): *Competitive Neutrality Inter-jurisdictional Comparison Paper*, Melbourne.
- Zimmer, F. (2013): *Lærebok i skatterett*, Universitetsforlaget.

# Vedlegg 1: ESAs forslag til formålstjenlige tiltak

Case handler: Benedicte Claes  
Tel: (+32)(0)2 286 1814  
bcl@eftasurv.int

Brussels, 15 December 2015  
Case No: 73703  
Document No: 777325



Case handler: Christian Jordal  
Tel: (+32)(0)2 286 1889  
cjo@eftasurv.int

Ministry of Trade, Industry and Fisheries  
P.O. Box 8090 Dep  
0032 Oslo  
Norway

**Subject: Review of general tax exemptions under Article 2-30(1) of the Norwegian tax act and of the public sector guarantees (E)**

- Letter pursuant to Article 17(2) of Part II of Protocol 3 to the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice

## I. FACTS

### 1 PROCEDURE

#### 1.1 Ex-officio investigation of the corporate income tax exemptions laid down in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Norwegian Tax Act

- (1) Over the last years, the EFTA Surveillance Authority (the “Authority”) has dealt with a number of cases<sup>1</sup> concerning the compatibility with EEA State aid rules of certain individual corporate income tax exemptions laid down in Section 2-30(1) of the Norwegian Tax Act of 1999 (the “Tax Act”).<sup>2</sup> The exemptions raised concerns because the entities at stake benefitted from tax exemptions not only when they engaged in public, non-economic tasks, but also when they carried out economic activities on the market.<sup>3</sup>
- (2) In order to address the concerns outlined above more generally, the Authority initiated an existing aid procedure, by letter dated 12 July 2013,<sup>4</sup> in accordance with Article 17(1) of Part II of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement. The Authority raised

<sup>1</sup> See for example, the Authority’s Decisions No 91/13/COL and No 174/13/COL *Municipal waste collectors*; Decisions No 129/13/COL and No 64/15/COL *Analysis Centre Trondheim*; Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL *Public hospital pharmacies*; and Decisions No 113/14/COL and No 192/14/COL *Public dental health care services*, available on the Authority’s website at <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>.

<sup>2</sup> LOV-1999-03-26-14 *Lov om skatt av formue og inntekt (Skatteloven)*.

<sup>3</sup> The European Commission has assessed a similar tax exemption regime for public undertakings in the Netherlands. On 2 May 2013, it adopted a decision concluding that the regime constituted an existing system of aid and proposing, as an appropriate measure, that the Dutch government adopt legislation ensuring that public undertakings carrying out economic activities will be subject to corporate tax in the same manner as private companies, see Case SA.25338 (formerly E 3/2008, CP 115/2004 and CP 120/2006) - *Corporate Tax Exemption of Dutch Public Enterprises*. See [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/224998/224998\\_1434333\\_132\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/224998/224998_1434333_132_2.pdf). On 9 July 2014, the European Commission opened a formal investigation procedure under Article 108(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union because the Dutch authorities had not unconditionally and unequivocally accepted the appropriate measures proposed on 2 May 2013.

<sup>4</sup> Document No 673841.



questions about the compatibility with EEA state aid rules of the tax exemptions under Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act.

- (3) Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act exempts from corporate income tax the State, including government institutions, organisations and funds (hereinafter collectively referred to as “State institutions”), counties and municipalities (with some exceptions exhaustively listed in Section 2-5) as well as Regional Health Authorities (in Norwegian: *Regionale Helseforetak* or “RHF”) and Public Health Enterprises (in Norwegian: *Helseforetak* or “HF”) (collectively referred to as “public entities”).
- (4) In the Article 17(1) letter of 12 July 2013, the Norwegian authorities were asked to provide the Authority with all necessary information to assess the measures under the state aid rules.
- (5) By letter dated 16 September 2013,<sup>5</sup> the Norwegian authorities responded to the Authority’s questions in relation to litras (b), (c) and (g)(5) of the Tax Act, and the matter was discussed in further detail during a meeting between the Authority and the Norwegian authorities in Oslo on 24 September 2013. It was then agreed that the Authority would send guidelines with regard to what constitutes an economic activity, as well as with references to similar tax law issues in EU Member States. This guidance document was sent by letter dated 31 October 2013.<sup>6</sup>
- (6) In the Article 17(1) letter of 12 July 2013, the Authority also explicitly mentioned that it could not exclude reviewing other tax exemptions at a later stage. The Authority decided to also assess the tax exemption that is applicable to the publicly-owned company Innovasjon Norge AS (“IN”) pursuant to Section 2-30(e)(4) of the Tax Act. This was initially done in the current case but, at the request of the Norwegian authorities, in a new case under case number 78051 as from October 2015.
- (7) On 19 November 2014,<sup>7</sup> the Authority sent an Article 17(2) letter to the Norwegian authorities informing them of its preliminary view that the tax exemption measures benefitting the above-mentioned public entities constitutes incompatible state aid and should accordingly be abolished by way of appropriate measures.
- (8) By letter of 16 February 2015,<sup>8</sup> the Authority reminded the Norwegian authorities of the need to ensure a proper, consistent and transparent separation of accounts, as well as the application of transparent and objectively justifiable cost accounting principles, when implementing the tax exemption modifications.
- (9) By letter of 19 March 2015,<sup>9</sup> the Norwegian authorities replied and informed the Authority that a working group had been set up to review the activities performed by public entities with a view to bring Norwegian legislation in line with the EEA rules on state aid. The letter was followed-up with a meeting at the Authority’s premises on 8 June 2015 where the timing of implementing the above-mentioned appropriate measures as well as the distinction between economic and non-economic activity was further discussed in detail.
- (10) On 14 July 2015,<sup>10</sup> the Authority expanded the scope of its ex officio investigation by sending an Article 17(1) letter to Norway, raising questions about the compatibility of the (implicit or explicit) open-ended state guarantees enjoyed by the same public entities, as these entities are exempt from general bankruptcy and other insolvency procedures. By

---

<sup>5</sup> Document No 683568.

<sup>6</sup> Document No 687758.

<sup>7</sup> Document No 700164.

<sup>8</sup> Document No 743700.

<sup>9</sup> Document No 751069.

<sup>10</sup> Document No 763786.

letter of 19 September 2015,<sup>11</sup> the Norwegian authorities responded to the questions raised and the same topics were also discussed at a meeting in Oslo on 8 October 2015.

(11) By dealing with the tax exemptions as well as the unlimited state guarantees more generally in this Article 17(2) letter, the Authority will also address the tax exemption and unlimited guarantee issues that were implicitly present in the following cases:

- Cases involving county authorities:
  - Decisions No 113/14/COL and No 192/14/COL *Public dental health care services*
  - Decisions No 267/13/COL and No 55/14/COL *Safety training courses by county schools*
- Cases involving municipalities:
  - Decisions No 129/13/COL and No 64/15/COL *Analysis Centre Trondheim*
  - Decisions No 91/13/COL and No 174/13/COL *Municipal waste collectors*
  - Decisions No 90/13/COL and No 175/13/COL *Fitness Centre at Kippermoen*
- Cases involving HFs and RHF:
  - Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL *Public hospital pharmacies*
  - Complaint regarding the supply of meals by the Haukeland University Hospital's kitchen to the market.<sup>12</sup> The complainant in this case alleges that the kitchen at Haukeland University Hospital (the "Haukeland Kitchen"), owned and run by Helse Bergen Helseforetak (or Helse Bergen Public Health Enterprise), is benefitting from unlawful aid when supplying meals in the market in competition with privately-held competitors. In particular, the issue that needs to be assessed is whether Haukeland Kitchen's commercial activities (i.e. supplying meals to the market) benefits from cross-subsidisation (by being able to use the hospital kitchen's infrastructure and resources) and receives a competitive advantage by virtue of the general tax exemption and the unlimited guarantee enjoyed by a HF, pursuant to Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act and Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act respectively.<sup>13</sup> By addressing the tax exemptions and unlimited guarantees applicable to RHF and HFs more generally, the current case will also address the issues raised in this complaint.

(12) As a result of the expansion of the scope of the ex officio investigation to unlimited guarantees, the present Article 17(2) letter replaces the Article 17(2) letter of 19 November 2014.

## 2 DESCRIPTION OF THE TAX EXEMPTION MEASURES

### 2.1 The Norwegian Corporate Tax Law

(13) Corporate entities in Norway are subject to corporate income tax according to Section 2-2 of the Tax Act. Taxable income is subject to corporate income tax at the general rate of 27%.<sup>14</sup> Accordingly, limited liability companies ("AS" or "ASA"), savings banks and financial institutions, mutual insurance companies, cooperatives, state-owned enterprises,

<sup>11</sup> Document Nos 773493 and 773494.

<sup>12</sup> Document No 552899.

<sup>13</sup> LOV-2001-06-15-93 *Lov om helseforetak m.m.*

<sup>14</sup> See the applicable tax rates in Norway from 1 January 2015 <https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/skatter-og-avgifter/skattesatser-fradrag-og-belopsgrenser-i-2015-og-forslag-for-2016/id2457143/>. The general tax rate in Norway in previous years was 28%.

intermunicipal companies, foundations, etc. are subject to corporate tax under the general regime.

- (14) State institutions, public authorities such as counties and municipalities (with some exceptions listed in Section 2-5), and a number of other entities listed exhaustively in Section 2-30(1) of the Tax Act, however, benefit from a corporate tax exemption.
- (15) As discussed above, the Authority will only assess in the current case the compatibility of the tax exemptions listed in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) with the EEA State Aid rules, but cannot exclude that it will review the other tax exemptions listed in Section 2-30(1) of the Tax Act at a later stage.

## **2.2 Section 2-30(1)(b) - Exemption from corporate income tax for the State, including government institutions, organisations and funds**

- (16) Section 2-30(1)(b) of the Tax Act contains a general tax exemption for the State, including government institutions, organisations and funds (collectively referred to as “State institutions”). The exemption from tax applies to any property or company directly owned by the State. This means that all governmental departments, including ministries and administrative agencies (e.g. the Norwegian Data Protection Authority, the National Competition Authority, the Norwegian Maritime Authority, Directorate for Cultural Heritage, etc.) are exempted from corporate income tax. However, state-owned companies (in Norwegian “Statsforetak” or “SF”),<sup>15</sup> and limited liability companies owned by the State are taxed as private companies, pursuant to Section 2-2 of the Tax Act, except when explicitly exempted (for example, the tax-exempt status of IN).<sup>16</sup>
- (17) Section 2-30(1)(b) of the Tax Act entered into force on 1 January 2000. A similar tax exemption was included in Section 26(b) of the Tax Act of 1911, which was the predecessor to the current 1999 Tax Act. The Tax Act of 1999 was a technical rewriting of the Tax Act of 1911 and did not introduce any material changes.

## **2.3 Section 2-30(1)(c) - Exemption from corporate income tax for counties and municipalities**

- (18) Section 2-30(1)(c) of the Tax Act contains a general tax exemption for counties and municipalities. This exemption applies to all activities carried out by counties and municipalities, whether these constitute economic activities or non-economic activities, except for the activities exhaustively listed in Section 2-5 of the Tax Act.<sup>17</sup>
- (19) Section 2-30(1)(c) of the Tax Act entered into force on 1 January 2000. However, the origin of the tax exemption is older, as Section 26(c) of the Tax Act of 1911 contained a similar exemption for counties and municipalities. As mentioned above, the Tax Act of 1999 consisted of a technical rewriting of the Tax Act of 1911 and did not introduce any material changes.
- (20) Section 2-5 of the Tax Act contains a number of exceptions to the general tax exemption for counties and municipalities. For example, the following activities carried out by counties

<sup>15</sup> LOV-1991-08-30-71 *Lov om Statsforetak (Statsforetaksloven)*.

<sup>16</sup> An overview of the Norwegian State’s ownerships in 2014:  
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/statlig-eierskap/statens-eierberetning2014/andre-relevante-dokumenter/id737457/>

<sup>17</sup> See also the activities listed in the report on municipal activities in light of the EEA Agreement state aid rules (21.1.2014), available at:  
[http://www.regjeringen.no/upload/KMD/KOMM/rapporter/Rapport\\_kommunal\\_virksomhet\\_statsstotter\\_eglene.pdf#search=kommunal\\_virksomhet&regj\\_oss=1](http://www.regjeringen.no/upload/KMD/KOMM/rapporter/Rapport_kommunal_virksomhet_statsstotter_eglene.pdf#search=kommunal_virksomhet&regj_oss=1)

and municipalities are not tax exempt and are thus taxed at the general tax rate of 27%: (1) income generated from the production, sales, transmission or distribution of hydroelectric power; (2) profits realised on stocks/shares in limited liability companies, public limited liability companies or other companies that are independent taxable entities and that at the time of the county's acquisition (or municipality's acquisition) or at a later stage carry out activities as mentioned in Section (1) above or directly or indirectly own stocks/shares in companies involved in such activities; (3) income generated by counties from shipping activities (with a few exceptions); (4) income generated from "real estate" (in Norwegian "*fast eiendom*") as well as income generated on facilities located outside the border of the county or the municipality (with some exceptions for municipalities); and (5) income generated by municipalities on waste management, as well as on the income generated on the sale and delivery of products of waste, with an exception for household waste of the municipality's own citizens. These activities were included in Section 2-5 as a result of the Authority's Case No 69911 – *Municipal Waste Collectors*.<sup>18</sup>

### 2.3.1 Section 2-5(1)(a) and Section 2-5(2)(a) - Hydro power

- (21) With regard to the taxable income generated on hydropower, the content of Section 2-5(1)(a) and Section 2-5(2)(a) of the Tax Act is equivalent to that of the former Section 27(1)(a) and the former Section 26(c), second and third sentence of the Tax Act of 1911. In the preparatory works to the 1999 Tax Act,<sup>19</sup> it was emphasized that the "new" Section 2-5 would not introduce any material changes. Counties have been subject to taxation on income from the production, sales, transmission or distribution of hydroelectric power since 1964. Municipalities became subject to taxation on income from production, sales, transmission or distribution of hydroelectric power as of the fiscal year 1997 (in Norwegian "*inntektsår*") by an amendment to the Tax Act.<sup>20</sup> Until 1997, municipalities were subject to taxation on income from hydroelectric power plants when these plants were located outside the municipality's border. In the preparatory works regarding the 1996 amendment, it was argued that income from hydroelectric power plants should be subject to taxation, irrespective of where these plants are located or how they are organised.<sup>21</sup> In addition, taxes on income from municipal hydroelectric power plants were introduced because the market for the supply of electricity was liberalised in 1991, thus changing from a public monopoly to a competitive market.

### 2.3.2 Section 2-5(1)(b) and Section 2-5(2)(a) – Profits realised on stocks or shares in hydro-electric power companies

- (22) These provisions ensure that counties and municipalities pay taxes on profits realised on stocks or shares in limited liability companies, public limited liability companies or other companies that are independent taxable entities and that at the time of the county's or municipality's acquisition or at a later stage carry out activities as mentioned in Section 2-5(1)(a) or directly or indirectly own stocks or shares in such companies. Section 2-5(1)(b) and Section 2-5(2)(a) of the Tax Act are equivalent to the former Section 27(1)(b) and the former Section 26(1)(c), fourth sentence of the Tax Act of 1911.

<sup>18</sup> Decisions No 91/13/COL and No 174/13/COL *Municipal waste collectors*, available on the Authority's website at <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>.

<sup>19</sup> See White Paper Ot. prp. no. 86 (1997-98) p. 35 and 36: <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/dok/regpubl/otprp/19971998/otprp-nr-86-1997-98-7/2.html?id=304810>.

<sup>20</sup> The amendment was introduced by LOV-1996-06-28-41.

<sup>21</sup> See White paper Ot.prp. no. 23 (1995-96) Section 6.2.1 on taxation of power production/supply undertakings.

### 2.3.3 Section 2-5(1)(c) - Shipping activity

- (23) According to Section 2-5(1)(c) of the Tax Act, counties are generally also subject to taxation on income generated from shipping activities. However, if the shipping activity encourages traffic to and from the county or within the county and the county does not make a profit on the activity, it is exempted from taxation. This rule goes back to an old regulation from the early 20<sup>th</sup> century and was laid down in Section 26, last sentence of the 1911 Tax Act.<sup>22</sup>

### 2.3.4 Section 2-5(1)(d) and Section 2-5(2)(b) - Real estate

- (24) The obligation to pay taxes on real property and facilities located outside the county and municipal borders was also originally laid down in Section 26 (Sentence below paragraphs (i) and (k)) of the 1911 Tax Act, thus before the EEA Agreement came into force in 1994. When a county or municipality owns real estate or facilities in another county or municipality, the former use the latter's infrastructure and therefore need to contribute like other taxpayers.
- (25) However, Section 2-5(2)(b) provides that the municipalities shall be exempt from tax on (1) the water mains and the associated dams and basins; as well as (2) the cemeteries, crematoriums with urn groves and urn halls, hospitals and holiday colonies, except for the wealth and income generated by the municipality on the activities related to such properties and that exceed the properties' true purpose. These tax exemptions were already included in Section 26(n) and the first and second sentence under Section 26(w) of the 1911 Tax Act, thus before the EEA Agreement came into force.

### 2.3.5 Section 2-5(2)(c) – Waste management

- (26) Section 2-5(2)(c) of the Tax Act provides that municipalities shall pay tax on income related to waste management, including the collection, transportation, receipt, storage, treatment, control of waste etc, as well as on the income generated on the sale and delivery of products of waste, including electricity and district heating, etc. This does not include the household waste from the municipality's own citizens, which the municipality must serve pursuant to Sections 29, 30 and 31 of the Pollution Control Act.<sup>23</sup> Section 2-5(2)(c) entered into force with effect as of the fiscal year 2014<sup>24</sup> and was introduced as a result of the Authority's Case No 69911 – *Municipal Waste Collectors*.<sup>25</sup>

## 2.4 Section 2-30(1)(g)(5) - Exemption from corporate income tax for Regional Health Authorities and Public Health Enterprises

- (27) Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act contains a general tax exemption for RHF's and HF's. The tax exemption is general and covers all activities of RHF's and HF's, including when these authorities engage in economic activities in competition with private companies (see College Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL regarding retail sales by public hospital pharmacies<sup>26</sup> and the complaint regarding the supply of meals to the market by the kitchen belonging to the Haukeland University Hospital<sup>27</sup>).

<sup>22</sup> See Ot. prp. no. 86 (1997-1998), see footnote 19 above.

<sup>23</sup> LOV-1981-03-13-6 *Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)*.

<sup>24</sup> LOV-2013-12-13-117.

<sup>25</sup> Decisions No 91/13/COL and No 174/13/COL *Municipal waste collectors*, available on the Authority's website at <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>.

<sup>26</sup> Document No 670256.

<sup>27</sup> Document No 552899.

- (28) The Norwegian National Health System was reorganised in 2001, when the Public Health Enterprises Act of 15 June 2001<sup>28</sup> was adopted, entering into force on 1 January 2002. Before 2001 and since before 1994, public hospitals fell within the responsibility of the counties and therefore benefitted from a general tax exemption pursuant to Section 2-30(1)(c), exempting the counties from corporate income tax. By virtue of the Public Health Enterprises Act, the Tax Act was modified in order to include the general tax exemption for RHF and HF in Section 2-30(1) of the Tax Act.<sup>29</sup>
- (29) As of 2001, public hospitals and hospital pharmacies, which take the form of HFs, are owned, managed and financed by the RHF. There are currently four RHF in Norway<sup>30</sup> that are responsible for the organisation of special health care services to the public, research, education and other services closely related to these activities. The RHF in turn are owned and financed by the State.
- (30) Although Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act came into force in 2002,<sup>31</sup> the origin of the tax exemption can be traced back to the exemption that applies to counties (as the previous owners of the public health care entities) under Section 2-30(1)(c) of the Tax Act and before that, under Section 26(c) of the Tax Act of 1911.

### 3 DESCRIPTION OF THE PUBLIC SECTOR GUARANTEES

#### 3.1 Introduction

- (31) State aid can be granted in the form of guarantees. The most common form of guarantees are associated with a loan or other financial obligations contracted by a borrower with a lender, but there are also other forms of guarantees.
- (32) A guarantee can also take the form of a so-called unlimited guarantee. According to Section 1.2 of the Authority's Guidelines on State guarantees,<sup>32</sup> unlimited guarantees are defined as follows: *“Unlimited guarantees as opposed to guarantees limited in amount and/or time. The EFTA Surveillance Authority also regards as aid in the form of a guarantee the more favourable funding terms obtained by enterprises whose legal form rules out bankruptcy or other insolvency procedures or provides an explicit state guarantee or coverage of losses by the State. The same applies to the acquisition by a State of a holding in an enterprise if unlimited liability is accepted instead of the usual limited liability.”*
- (33) As outlined below, the above-mentioned public entities are implicitly or explicitly exempted from general bankruptcy or other insolvency procedures and/or are covered by an explicit state guarantee or coverage of losses by the State. These public entities thus appear to benefit from an unlimited guarantee as defined by the Authority's Guidelines on State guarantees.

<sup>28</sup> See footnote 13.

<sup>29</sup> After 2001, there have been some amendments to *litra g* of Section 2-30(1), but these amendments only concerned technical changes. Originally, the tax exemption for RHF and HF was contained in Section 2-30(1)(g)(7) but when the tax exemptions for other institutions mentioned in *litra g* were abolished (such as the tax exemption for Statens Fiskereds-kapsimport by virtue of its discontinuation), the tax exemption for RHF and HF was moved to Section 2-30(1)(g)(5).

<sup>30</sup> Helse Sør-Øst RHF, Helse Vest RHF, Helse Midt-Norge RHF and Helse Nord RHF.

<sup>31</sup> As mentioned, this part of the Tax Act was amended as a consequence of the reorganisation of the specialist health care services in 2001.

<sup>32</sup> EFTA Surveillance Authority's Guidelines on State Guarantees, section 2.1.2, available at <http://www.efasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>. This Chapter corresponds to the Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (OJ C 155, 20.6.2008, p. 10, and Corrigendum published on the OJ C 244, 25.09.2008, p. 32).



### 3.2 The unlimited guarantee enjoyed by State institutions

- (34) The Norwegian authorities have yet to inform the Authority of whether Norwegian legislation contains an explicit provision ruling out bankruptcy or other insolvency procedures for State institutions. In any case, it appears that there may exist an unwritten principle of law whereby State institutions are implicitly covered towards their creditors by allowing the State to intervene and compensate such creditors for their losses. As in many jurisdictions across the EEA, it appears likely that the Norwegian State will honour the debt of its State institutions once a defaulting State institution's own resources have been exhausted. An implicit coverage of losses by the State can also be regarded as an unlimited guarantee.
- (35) The Authority would welcome any additional information or clarification regarding this implicit guarantee enjoyed by Norwegian State institutions.

### 3.3 The unlimited guarantee enjoyed by counties and municipalities pursuant to Section 55 of the Local Government Act

- (36) The Norwegian Local Government Act of 25 September 1992,<sup>33</sup> which entered into force on 1 January 1993, contains the general rules governing the organisation and functioning of the county authorities and municipalities. The Act codifies the principle of self-government, enabling the county authorities and municipalities to fulfil their role as public authorities exercising public powers and ensuring social welfare for their inhabitants.
- (37) According to Section 55-1 of the Norwegian Local Government Act, the assets of a municipality or county authority may not be the object of execution or seizure.<sup>34</sup>
- (38) Section 55-2<sup>35</sup> further provides that the county authorities and municipalities may not be declared bankrupt or be subject to debt settlement proceedings pursuant to the Bankruptcy Act.<sup>36</sup> According to the preparatory works to the Act,<sup>37</sup> the bankruptcy ban dates back to 1927 and is justified because a bankruptcy would lead to the termination of the existence of the county or municipality in question, which is contradictory to the tasks these authorities are entrusted with.

### 3.4 The unlimited guarantee enjoyed by RHF's and HF's pursuant to Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act

- (39) As mentioned above under paragraphs (28) and (29), the Public Health Enterprises Act of 15 June 2001,<sup>38</sup> which entered into force on 1 January 2002, reorganised the Norwegian National Health System.
- (40) Pursuant to Section 5-3 of that Act, enterprises may not be declared bankrupt or be subject to debt settlement proceedings pursuant to the Bankruptcy Act. Enterprises should be understood as referring both to RHF's as well as to HF's. In addition, their assets may not be the object of execution or seizure.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> LOV-1992-09-25-107 *Kommuneloven*.

<sup>34</sup> Unofficial translation from Norwegian: "En kommunes eller fylkeskommunes eiendeler kan ikke være gjenstand for utlegg eller arrest."

<sup>35</sup> Unofficial translation from Norwegian: "En kommune eller fylkeskommune kan ikke tas under konkurs eller åpne gjeldsforhandling etter lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs."

<sup>36</sup> LOV-1984-06-08-58 *Lov om gjeldsforhandling og konkurs (Konkursloven)*.

<sup>37</sup> Ot. Prp.nr.42 (1991-1992), pages 185-186.

<sup>38</sup> LOV-2001-06-15-93 *Lov om helseforetak m.m.*

<sup>39</sup> Unofficial translation from Norwegian: "Konkurs og gjeldsforhandling etter konkursloven kan ikke åpnes i foretak. Foretakenes eiendeler kan ikke være gjenstand for utlegg eller arrest."

- (41) In addition, Section 7 deals with the liability for the enterprises' obligations towards creditors and provides:

*“The owner has unlimited liability for the enterprise's obligations. When more than one enterprise owns the entity together, all owners will be liable for the entity's obligations.*

*A creditor must first assert a claim against the enterprise. A creditor that has asserted claims against the enterprise for clear and overdue debt that does not have adequate security may assert the claim against an owner. To assert the claim against an owner, the creditor must, no later than four weeks after the first statutory demand for payment, send a further statutory demand for payment to the original debtor with a minimum deadline for payment of four weeks, and payment must not have been received before the deadline expired.”<sup>40</sup>*

- (42) The owner of the RHF is defined as the State represented by the Ministry and the owner of the HF is defined as the State represented by the RHF.

- (43) Section 48 also contains rules on liability following liquidation. It provides that:

*“After the enterprise has been liquidated, the State is liable in the case of the regional health authority and likewise the enterprise or the enterprises that owned the health enterprise is liable in the case of the health enterprises to creditors who have not received coverage.*

*Claims that fall due within three years after the date when the liquidation of the enterprise was registered in the Register of Business Enterprises become time-barred no later than three years after the registration, but no sooner than six months after the deadline. The general rules pertaining to limitation of actions otherwise apply.*

*For claims that fall due after the expiration of the three year deadline, the general rules in the Limitation Act apply.”<sup>41</sup>*

#### 4 COMMENTS BY THE NORWEGIAN AUTHORITIES

- (44) In their reply of 16 September 2013, the Norwegian authorities responded that they agree with the principle that all business activities should be subject to tax. However, the Norwegian authorities explained that the tax exemptions are well-founded because the public entities benefitting from these tax exemptions aim to serve the public good and not to make a profit, and in the event a profit is made, such profit eventually would return to the public good.
- (45) The Norwegian authorities claim that, in so far as public entities (such as the State, counties, municipalities etc.) carry out economic activities, these are generally carried out by separate legal entities, such as state-owned companies, limited liability companies owned by the

<sup>40</sup> Unofficial translation from Norwegian: “Eier hefter ubegrenset for foretakets forpliktelser. Når flere foretak eier virksomhet sammen, blir samtlige eiere ansvarlige for virksomhetens forpliktelser. En fordringshaver må først gjøre krav gjeldende mot foretaket. En fordringshaver som har krevd foretaket for klar og forfalt gjeld som ikke er betryggende sikret, kan gjøre kravet gjeldende mot en eier. For å gjøre kravet gjeldende mot en eier må fordringshaveren tidligst fire uker etter første påkrav sende ytterligere et påkrav til den opprinnelige skyldneren med betalingsfrist på minst fire uker, og betaling må ikke være mottatt innen utløpet av fristen.”

<sup>41</sup> Unofficial translation from Norwegian: “Etter at foretaket er avviklet, svarer i regionalt helseforetak staten og i helseforetak det foretaket eller de foretakene som eide helseforetaket, overfor kreditorer som ikke har fått dekning. Krav som forfaller innen tre år etter det tidspunktet da avviklingen av foretaket ble registrert i Foretaksregisteret, foreldes senest tre år etter registreringen, men likevel ikke tidligere enn seks måneder etter forfall. For øvrig gjelder de alminnelige reglene om foreldelse.”



State, the counties or the municipalities or by inter-municipal companies, that are all subject to the general rules on corporate taxation.

- (46) In addition, in relation to the tax exemption that is applicable to RHF and HF pursuant to Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act, the Norwegian authorities state that the logic behind this tax exemption is that the State as the ultimate owner of the entire health care system should not be liable to pay tax, because the entire Norwegian public health care system is financed by budget appropriation and its aim is not to make a profit but to provide a public service of general interest.
- (47) In a letter dated 19 March 2015,<sup>42</sup> the Norwegian authorities provided further information and reiterated that the activities carried out by the State, county authorities, municipalities, RHF and HF mainly consist in the exercise of public powers, public authority tasks or in the performance of statutory services to Norwegian citizens. These activities are financed by the State and should be considered as non-economic activities. However, the Norwegian authorities also recognised that these entities sometimes offer goods and services on a market and therefore could be qualified as undertakings carrying out economic activities. The Norwegian authorities further informed the Authority that more detailed discussion and guidance would be needed on the distinction between economic and non-economic activity. Meanwhile, different solutions are being considered by a working group in order to ensure that the economic activities of public entities would be taxed.
- (48) As regards the investigation into public sector guarantees, the Norwegian authorities merely provided, by letter of 19 September 2015,<sup>43</sup> an overview of the legal bases of the unlimited guarantees without entering into an assessment as to the compatibility with the EEA state aid rules of these public sector guarantees.

---

<sup>42</sup> Document No 751069.

<sup>43</sup> Document Nos 773493 and 773494.

## II. ASSESSMENT

### 1 THE SCOPE OF THE AUTHORITY'S ASSESSMENT

- (49) In the following, the Authority sets out the basis for its preliminary conclusion that the advantages granted to a number of public entities pursuant to the tax exemptions contained in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act as well as the public sector guarantees constitute a system of existing aid. The system of aid is not limited to the specific measures covered by the various complaints mentioned above. Consequently, the Authority's assessment is not limited to those measures mentioned in the complaints, but it covers the system of tax exemptions and public sector guarantees as such in so far as these appear to provide an advantage to State institutions, counties, municipalities and RHF and HF when these public entities carry out economic activities within the meaning of the state aid rules.

### 2 THE PRESENCE OF STATE AID

#### 2.1 Article 61(1) of the EEA Agreement

- (50) Article 61(1) of the EEA Agreement reads:

*“Save as otherwise provided in this Agreement, any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Contracting Parties, be incompatible with the functioning of this Agreement.”*

- (51) It follows from this provision that, for state aid within the meaning of the EEA Agreement to be present, the following conditions must be cumulatively met: (i) the aid must be granted through State resources; (ii) the aid must favour certain undertakings or the production of certain goods, i.e. the measure must confer a selective economic advantage upon the recipient; (iii) the recipient must constitute an undertaking within the meaning of the EEA Agreement; and (iv) the aid must be liable to distort competition and affect trade between the Contracting Parties.
- (52) In the following, the various tax exemptions listed above as well as the public sector guarantees will be assessed on the basis of these criteria.

#### 2.2 Presence of State resources

##### 2.2.1 Introduction

- (53) The first condition requires that the measure be granted by the State or through State resources in some form.

##### 2.2.2 The presence of State resources in the case of the tax exemptions

- (54) According to Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act, State institutions, counties, municipalities and RHF and HF are exempted from income tax (except for the activities listed in Section 2-5 of the Tax Act). Although it is well established that public resources at the disposal of public undertakings owned or controlled by the State (whether national or

regional or local) are considered State resources,<sup>44</sup> the tax systems of the EFTA States are, as a general rule, not covered by the EEA Agreement.<sup>45</sup>

- (55) However, tax systems may have specific consequences which bring them within the scope of Article 61(1) EEA.<sup>46</sup> In referring to “any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever”, Article 61(1) EEA is directed at all aid financed from public resources.
- (56) As the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) held in *Banco Exterior de España*, a measure by which the public authorities grant certain undertakings a tax exemption which, although not involving a cash transfer of State resources, places the persons to whom the tax exemption applies in a more favourable financial situation than other taxpayers, fulfils the notion of “State resources”.<sup>47</sup> Loss of tax revenue is equivalent to the consumption of State resources in the form of fiscal expenditure.<sup>48</sup>
- (57) Therefore, to the extent public authorities are exempted from corporate income tax (except for those activities listed in Section 2-5 of the Tax Act) when they engage in economic activities, the Norwegian authorities forego revenue which constitutes State resources. The tax exemptions therefore involve State resources within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement to the extent that public entities benefit from the tax exemptions when engaging in economic activities.

### 2.2.3 The presence of State resources in the case of public sector guarantees

- (58) As described above, State institutions, counties, municipalities, RHF and HF appear to benefit from either an implicit or explicit unlimited guarantee, in the sense that they cannot be declared bankrupt or be subject to debt settlement proceedings. In the case of RHF and HF, it is even explicitly provided that the owner (*in casu* the State directly or indirectly) has unlimited liability for the obligations incurred by RHF and HF.
- (59) According to case-law, State guarantees are equally considered constituting aid granted by a State or through State resources.<sup>49</sup>
- (60) In particular, with respect to implied guarantees such as the one presumably enjoyed by State institutions, the CJEU confirmed in *La Poste*,<sup>50</sup> where it ruled on an appeal brought by France against Commission Decision C 56/2007 before the General Court, that the Commission may, in order to prove the existence of an implied guarantee, rely on the method of a firm, precise and consistent body of evidence to determine whether the State is

<sup>44</sup> See for instance Article 2 of Commission Directive 2006/111/EC of 16.11.2006 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings as well as on financial transparency within certain undertakings (OJ L 318, 17.11.2006, p. 17) and incorporated into the EEA Agreement by Joint Committee Decision No 55/2007 (OJ L 266, 11.10.2007, p. 15 and EEA Supplement No 48, 11.10.2007, p. 12) (the “Transparency Directive”).

<sup>45</sup> Case E-6/98 *Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct. Rep. 74, paragraph 34.

<sup>46</sup> See Joined Cases E-5/04, E-6/04 and E-7/04 *Fesil and Finnjord, PIL and others and the Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority* [2005] EFTA Ct. Rep. 117, paragraphs 76-81; and section 1(3) of the Authority’s Guidelines on the Application of state aid rules to measures relating to direct business taxation (OJ L 137, 8.6.2000, p. 20 and EEA Supplement No 26, 8.6.2000, p. 10). The Guidelines are also found at the Authority’s website <http://www.eftasurv.int>.

<sup>47</sup> Judgment in *Banco de Crédito Industrial SA, now Banco Exterior de España SA v Ayuntamiento de Valencia*, C-387/92, EU:C:1994:100, paragraph 14.

<sup>48</sup> See Section 3(3) of the Authority’s Guidelines on the Application of State aid rules to measures relating to direct business taxation (cited above).

<sup>49</sup> Judgment in *EPAC - Empresa para a Agroalimentação e Cereais SA v Commission*, T-204/97 and T-270/97, EU:T:2000:148.

<sup>50</sup> Judgment in *France v Commission*, C-559/12 P, EU:C:2014:217.

required under domestic law to use its own resources to cover losses of a state institution in default and therefore, a sufficiently concrete economic risk of burdens on the State budget.<sup>51</sup> As regards explicit guarantees or coverage of losses by the State, it is clear that such explicit guarantees potentially encumber the State's budget and thus could lead to a drain on the resources of the State.

- (61) Indeed, according to the Authority's Guidelines on State Guarantees,<sup>52</sup> the benefit of a State guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State. Under normal circumstances, such risk-carrying by the State should be remunerated by an appropriate premium. When the State foregoes all or part of such premium, there is both an advantage to the undertaking as well as a drain on the resources of the State. The Guidelines further provide that, even if no payments are eventually made by the State under a guarantee, there may nevertheless be state aid under Article 61(1) of the EEA Agreement as the aid is granted at the moment the guarantee is given, not when it is invoked nor when payments are made under the term of the guarantee.

## 2.3 Undertakings

### 2.3.1 Introduction

- (62) The second condition requires that the measure must confer an advantage upon an undertaking. It is well-established case law that undertakings are entities engaged in an economic activity, regardless of their legal status and the way in which they are financed.<sup>53</sup> Economic activities are activities consisting of offering goods or services on a market. The fact that an entity does not seek to make profit is not decisive in establishing whether it is an undertaking or not.<sup>54</sup> Also non-profit entities can offer goods and services on a market.<sup>55</sup> The classification of a particular entity as an undertaking thus depends entirely on the nature of its activities.
- (63) The legal form of the entity is irrelevant when it comes to the assessment of what constitutes an undertaking.<sup>56</sup> Economic and non-economic activities can also co-exist within the same sector and sometimes be provided by the same entity.<sup>57</sup> In that case, the entity will be regarded as an undertaking only with regard to its economic activities.

<sup>51</sup> Judgment in *France v Commission*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, paragraph 65.

<sup>52</sup> EFTA Surveillance Authority's Guidelines on State Guarantees, section 2.1.2, available at <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>. This Chapter corresponds to the Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (OJ C 155, 20.6.2008, p. 10, and Corrigendum published on the OJ C 244, 25.09.2008, p. 32).

<sup>53</sup> Judgment in *Höfner and Elser v Macroton*, C-41/90, EU:C:1991:16, paragraphs 21-23; Judgment in *Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 to C-184/98, EU:C:2000:428; and Case E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority* [2008] EFTA Ct. Rep. 61, paragraph 78.

<sup>54</sup> Judgment in *Ministero dell'Economica e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, C-222/04, EU:C:2006:8, paragraph 108. See also judgment in *MOTOE v Elliniko Dimosio*, C-49/07, EU:C:2008:376, paragraphs 27 and 28.

<sup>55</sup> Judgment in *Van Landewyck and Others v Commission*, C-209/78 to 215/78 and C-218/78, EU:C:1980:248, paragraph 21; Judgment in *FFSA and Others v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94, EU:C:1995:392; and Judgment in *MOTOE v Elliniko Dimosio*, C-49/07, cited above, paragraphs 27 and 28.

<sup>56</sup> Judgment in *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, C-343/95, EU:C:1997:160, paragraphs 16-18.

<sup>57</sup> See the European Commission Decision in Case C-22/2003 (Italy) *Reform of the training institutions* (OJ L 81, 18.3.2006, p. 25), paragraph 43.

- (64) The Authority's SGEI Compensation Guidelines<sup>58</sup> provide some clarification regarding the distinction between economic and non-economic activities with respect to a number of important areas in which the State or public entities are active.
- (65) In the following paragraphs, the Authority summarizes this guidance document, but the description of the different activities is not in any way exhaustive.

### 2.3.2 Section 2-30(1)(b) - the State and State institutions acting as undertakings

- (66) According to case-law of the European Courts, state aid law does not apply when the State acts 'by exercising public power'<sup>59</sup> or where authorities emanating from the State act 'in their capacity as public authorities'.<sup>60</sup> An entity may be deemed to act by exercising public powers where the activity in question is a task that forms part of the essential functions of the State or is connected with those functions by its nature, its aim and the rules to which it is subject.<sup>61</sup> Such activities that form part of the prerogatives of official authority and are performed by the State do not constitute economic activities. The SGEI Compensation Guidelines provide some examples of these types of activities, i.e.: (a) the army or the police; (b) air navigation safety and control;<sup>62</sup> (c) maritime traffic control and safety;<sup>63</sup> (d) anti-pollution surveillance;<sup>64</sup> (e) the organisation, financing and enforcement of prison sentences.<sup>65</sup>
- (67) In so far as State institutions, apart from their classic public authority tasks, offer services and goods on the market, they constitute undertakings with respect to those activities.

### 2.3.3 Section 2-30(1)(c) – counties and municipalities acting as undertakings

- (68) Similarly, Norwegian counties and municipalities engage in a number of activities which, by their very nature or aim, cannot be considered as economic activities. Examples of such activities are the organisation of national education in Norway. Pursuant to the Education Act of 27 July 1998 (the "1998 Education Act"),<sup>66</sup> municipalities are responsible for primary schools and lower secondary schools whereas counties are responsible for upper secondary schools. The case-law of the CJEU makes it clear that national education that is financed, entirely or mainly, by the public budget does not constitute a service provided on the market which would be subject to competition rules.<sup>67</sup> This has also been confirmed by Section 2.1.5 of the SGEI Compensation Guidelines.

<sup>58</sup> Authority's Guidelines on the Application of the state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, available at [www.eftasurv.int](http://www.eftasurv.int).

<sup>59</sup> Judgment in *Commission v Italy*, C-118/85, EU:C:1987:283, paragraphs 7 and 8.

<sup>60</sup> Judgment in *Corinne Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*, C-30/87, EU:C:1988:225, paragraph 18.

<sup>61</sup> See, in particular, Judgment in *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol*, C-364/92, EU:C:1994:7, paragraph 30.

<sup>62</sup> Judgment in *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol*, C-364/92, cited above, paragraph 27; Judgment in *Selex Sistemi Integrati v Commission*, C-113/07 P, EU:C:2009:191, paragraph 71.

<sup>63</sup> Commission Decision of 16 October 2002 in Case N 438/02 — Belgium — Aid to port authorities, OJ C 284, 21.11.2002.

<sup>64</sup> Commission Decision of 16 October 2002 in Case N 438/02 — Belgium — Aid to port authorities, cited above.

<sup>65</sup> Commission Decision in Case N 140/2006 — Lithuania — Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses, OJ C 244, 11.10.2006.

<sup>66</sup> LOV-1998-07-17-61 *Lov om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)*.

<sup>67</sup> Judgment in *Belgian State v Humbel and Edel*, C-263/86, EU:C:1988:451; Judgment in *Wirth v Landeshauptstadt Hannover*, C-109/92, EU:C:1993:916; and Judgment in *Schwarz and Gootjes v Finanzamt Bergisch Gladbach*, C-76/05, EU:C:2007:492.

- (69) However, such public provision of educational services financed entirely or mainly by the public purse must be distinguished (1) from services financed predominantly by pupils or their parents or by commercial revenues, and (2) from educational services offered by schools on a market against remuneration where privately-owned companies also offer similar services (See College Decisions No 267/13/COL and No 55/14/COL regarding the financing of safety training courses by county schools).<sup>68</sup> In the latter circumstances, the educational services must be regarded as economic in nature and the entities providing such services as undertakings.
- (70) The EFTA Court also ruled in Case E-5/07 that municipal kindergartens in Norway could not be regarded as undertakings under the EEA State aid rules because the Norwegian State, when establishing and maintaining a system where every child increases the costs incurred, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields.<sup>69</sup>
- (71) However, as the Norwegian authorities have pointed out, counties and municipalities (whether through county or municipal departments, limited liability companies or inter-municipal companies) are also engaged in other activities which could be classified as economic activities when these are offered on a market in competition with privately-held competitors. Examples of such activities are property management and building operations relating to municipally-owned buildings; management of social housing; production, distribution and sales of energy; parking operations; waste, water and wastewater management activities as well as activities in the fields of culture; sport; transportation; technical services; audit; dental health care and administrative services.<sup>70</sup> Although the classification of such activities as economic activities will depend on a case-by-case analysis, it is clear that, if such activities are qualified as economic activities, then the public entities carrying out these activities should be qualified as undertakings within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement.

#### 2.3.4 Section 2-30(1)(g)(5) – RHF's and HF's acting as undertakings

- (72) Section 2.1.4 of the SGEI Compensation Guidelines also provides some useful guidance on when national health care service entities could be considered to be carrying out economic activities. These guidelines are based on case law, and are thus relevant for the interpretation of Section 2-30(1)(g)(5) in relation to the tax exemption that is applicable to RHF's and HF's.
- (73) On the one hand, the European Courts have found that those that provide medical services for remuneration are engaged in an economic activity. For example, in the case of *Pavlov*,<sup>71</sup> the CJEU was of the opinion that consultant physicians, in their capacity as self-employed economic operators, are engaged in economic activities as they provide services for remuneration and assume the financial risks involved in pursuing their activity. Similarly, the CJEU held in *Ambulanz Glöckner*<sup>72</sup> that the medical emergency transport organisations

<sup>68</sup> College Decisions No 267/13/COL and No 55/14/COL regarding the financing of safety training courses by county schools, available on the Authority's website at <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>.

<sup>69</sup> Case E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority*, cited above, paragraph 83.

<sup>70</sup> See also the activities listed in the report on municipal activities in light of the EEA Agreement state aid rules (21.1.2014), see footnote 17 above.

<sup>71</sup> Judgment in *Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 to C-184/98, cited above.

<sup>72</sup> Judgment in *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, C-475/99, EU: C: 2001:577. In its Judgment in *Blanco Pérez and Chao Gómez v Consejería de Salud y Servicios Sanitarios*, C-570/07 and C-571/07, EU:2010:300, the CJEU refers to the setting up of new pharmacies as establishment of undertakings without discussing the issue of whether a pharmacy is an undertaking (see paragraph 54).

concerned were undertakings because they provided services for economic considerations. On the other hand, in *FENIN*,<sup>73</sup> the General Court and the CJEU concluded that Spanish national health care service entities were not undertakings<sup>74</sup> as they were funded from social security contributions and other state funding and provided services free of charge on the basis of universal coverage.<sup>75</sup>

- (74) In Norway, RHF's and HF's are an integral part of the National Health Service funded by State resources. Where such a structure exists, even activities that in themselves could be of an economic nature, but are carried out merely for the purpose of providing another non-economic service, are not of an economic nature.
- (75) Moreover, according to Section 2.1.4 of the SGEI Compensation Guidelines, an organisation that purchases goods – even in large quantities – for the purpose of offering a non-economic service does not act as an undertaking simply because it is a purchaser in a given market.<sup>76</sup>
- (76) Still, the Authority has found that, albeit to a limited extent and only in some respects, RHF's and HF's do carry out economic activities in competition with private operators; and in that capacity they should be regarded as undertakings, see College Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL regarding public hospital pharmacies in Norway.<sup>77</sup> Also, the complaint about meals provided by hospital kitchens has raised similar concerns. Indeed, when hospital kitchens provide meals not only to patients of their respective hospitals but also on the market, they compete directly with commercial caterers on that market and thus clearly engage in an economic activity.

## 2.4 Advantage

### 2.4.1 Introduction

- (77) In order to constitute state aid, the measure must also confer a financial advantage on the recipient. The notion of advantage covers not only positive benefits but also interventions which, in various forms, mitigate the charges normally borne by an undertaking's budget.<sup>78</sup>

### 2.4.2 Advantage in the case of the tax exemptions

- (78) A measure by which public authorities grant certain public undertakings or entities a tax exemption places these undertakings in a more favourable financial position compared to private undertakings, which in principle are subject to corporate income tax.<sup>79</sup> According to Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act, State institutions, counties and municipalities (except for the activities exhaustively listed in Section 2-5 of the Tax Act), RHF's and HF's are exempt from corporate income tax, regardless of whether or not they carry out economic activities, while private undertakings in principle are subject to such corporate income tax. Therefore, these public entities involved in economic activities

<sup>73</sup> Judgment in *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v Commission*, T-319/99, EU:T:2003:50, paragraphs 38-40; and judgment in *FENIN v Commission*, C-205/03P, EU:C:2006:453.

<sup>74</sup> In that context within the meaning of Article 102 TFEU.

<sup>75</sup> Judgment in *FENIN v Commission*, T-319/99, cited above, paragraph 39.

<sup>76</sup> Judgment in *FENIN v Commission*, T-319/99, cited above, paragraph 40.

<sup>77</sup> College Decisions No 460/13/COL and No 36/15/COL regarding public hospital pharmacies in Norway available on the Authority's website at <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>.

<sup>78</sup> Judgment in *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community*, 30/59, EU:C:1961:2, p. 19; Judgment in *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, EU:C:2001:598, paragraph 38.

<sup>79</sup> Judgment in *Banco Exterior de España v Ayuntamiento de Valencia*, C-387/92, cited above, paragraph 14.



benefit from a clear tax advantage over privately-held companies. The tax exemption reduces the charges that are normally included in the operating costs of an undertaking carrying out economic (commercial) activities. The tax exemptions granted to State institutions, counties, municipalities and RHF and HF pursuant to Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act appear to constitute a clear advantage for these entities when they carry out economic activities in (actual or potential) competition with privately-held companies.

#### 2.4.3 Advantage in the case of the public sector guarantees

- (79) As mentioned above, an advantage can consist of positive benefits but also of measures which mitigate the charges normally borne by an undertaking's budget. An advantage also exists when a state guarantee enables a borrower to raise money on more favourable terms in the market than what would have been the case without the guarantee.
- (80) In the above-mentioned *La Poste* judgment, the Court of Justice ruled that “*a simple presumption exists that the grant of an implied and unlimited State guarantee in favour of an undertaking which is not subject to the ordinary compulsory administration and winding-up procedures results in an improvement in its financial position through a reduction of charges which would normally encumber its budget. Consequently, in the context of the procedure relating to existing schemes of aid, to prove the advantage obtained by such a guarantee to the recipient undertaking, it is sufficient for the Commission to establish the mere existence of that guarantee, without having to show the actual effects produced by it from the time that it is granted.*”<sup>80</sup> It further stated that the General Court was correct in finding that “*... such a guarantee ‘is, as a rule, liable to confer an advantage’, as it is granted without something in return and enables its recipient to obtain more favourable credit terms than what it would have obtained on its own merits alone, thereby easing the pressure on its budget.*”<sup>81</sup>
- (81) The exemption from the application of the general bankruptcy or other insolvency rules means that the public entities in question are *de facto* covered by an unlimited guarantee covering all their liabilities. The unlimited guarantee provided by the Norwegian State (or through its State institutions), whether implicit or explicit, to the above-mentioned public entities thus places these entities in a more favourable financial position compared to private undertakings, when they engage in economic activities. The unlimited guarantees offer an effective protection for creditors of these public entities as well as for their potential business partners, because they reduce or even eliminate the risk of entering into business with the public entity or of providing capital to them. This has consequences for the terms which business partners are willing to accept when dealing with these public entities (e.g. insurance terms, payment terms of suppliers) as well as for the interest rates or type of security creditors are willing to accept when providing loans to the public entities. Indeed, due to the unlimited guarantees, business partners and lenders are willing to provide public entities with more favourable terms, which in turn eases the pressure on their budgets.
- (82) It should be recalled that Section 3.4 of the Authority's Guidelines on State Guarantees<sup>82</sup> provides that, if a State guarantee scheme fulfils all of the following conditions, the presence of state aid will be ruled out:
- “(a) *The scheme is closed to borrowers in financial difficulty [...].*  
 (b) *The extent of the guarantees can be properly measured when they are granted. This means that the guarantees must be linked to specific financial transactions, for a fixed maximum amount and limited in time.*

<sup>80</sup> Judgment in *France v Commission*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, paragraphs 98 and 99.

<sup>81</sup> Judgment in *France v Commission*, C-559/12 P, EU:C:2014:217, paragraph 102.

<sup>82</sup> EFTA Surveillance Authority's Guidelines on State Guarantees, section 3.4, available at <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>.



(c) *The guarantees do not cover more than 80% of each outstanding loan or other financial obligation (see details and exceptions in point 3.2.(c) i.e. this limitation does not apply to guarantees covering debt securities).*

(d) *The terms of the scheme are based on a realistic assessment of the risk so that the premiums paid by the beneficiaries make it, in all probability, self-financing. The self-financing nature of the scheme and the proper risk orientation are viewed by the EFTA Surveillance Authority as indications that the guarantee premiums charged under the scheme are in line with market prices. [...]*

(e) *In order to have a proper and progressive evaluation of the self-financing aspect of the scheme, the adequacy of the level of the premiums has to be reviewed at least once a year on the basis of the effective loss rate of the scheme over an economically reasonable time horizon, and premiums adjusted accordingly if there is a risk that the scheme may no longer be self-financing. This adjustment may concern all issued and future guarantees or only the latter.*

(f) *In order to be viewed as being in line with market prices, the premiums charged have to cover the normal risks associated with granting the guarantee, the administrative costs of the scheme, and a yearly remuneration of an adequate capital, even if the latter is not at all or only partially constituted. [...]*

(g) *In order to ensure transparency, the scheme must provide for the terms on which future guarantees will be granted, such as eligible companies in terms of rating and, when applicable, sector and size, maximum amount and duration of the guarantees.”*

- (83) Section 3.6 of the Guidelines on State guarantees further provides that, “*failure to comply with any of the conditions set out in points 3.2 to 3.5 does not mean that the guarantee or guarantee scheme is automatically regarded as state aid. If there is any doubt as to whether a planned guarantee or guarantee scheme constitutes state aid, it should be notified to the EFTA Surveillance Authority*”.
- (84) The unlimited guarantees at stake here do not appear to fulfil the conditions set out above. Indeed, an unlimited guarantee is a 100% guarantee and accordingly does not fulfil the condition laid down in Section 3.4 litra (c), requiring that guarantees do not cover more than 80% of each outstanding loan or other financial obligation. Moreover, as the State carries the risk associated with the guarantee, this risk should normally be counter-balanced by the payment of an appropriate premium. However, in the case of the unlimited guarantees at issue here, the State foregoes such a premium. Consequently, there is not only a drain on the resources of the State but also a benefit for the entity concerned, which puts up with less costs than it would have carried in the normal course of business. As no premium is paid, the conditions laid down in Section 3.4 litras (d), (e) and (f) regarding the need for an appropriate premium are not met. Finally, as these state guarantees are unlimited, neither the extent nor the terms on which they are granted are known in advance. The conditions laid down in Section 3.4 litras (b) and (g) are therefore not met either.
- (85) Based on the above, the public entities benefitting from the unlimited guarantees enjoy an advantage when they engage in economic activities in competition with privately-held undertakings, which are subject to the normal bankruptcy and/or insolvency procedures.
- (86) Moreover, even if no payments are ever made by the State under a guarantee, there is nevertheless state aid within the meaning of Article 61(1) EEA. This is because the aid is granted at the moment when the guarantee is given, and not the moment at which the guarantee is invoked or payments are made under its terms.

## 2.5 Selectivity

### 2.5.1 Introduction

- (87) The third condition in order to constitute state aid within the meaning of Article 61(1) EEA is that the measure must be selective in the sense that it must favour only certain undertakings or the production of certain goods.<sup>83</sup>

### 2.5.2 Selectivity in the case of the tax exemptions

- (88) The assessment of the material selectivity of a measure consists of three stages.<sup>84</sup> First, it is necessary to identify and examine the common or “normal” regime (“system of reference”) applicable in the EFTA State concerned. Second, it is in relation to this common or “normal” tax regime that it is necessary to assess and determine if any advantage granted by the tax measure at issue may be selective. This must be done by demonstrating that the measure derogates from the common regime inasmuch as it differentiates between economic operators that, in light of the objective pursued by that regime, are in a comparable factual and legal situation. Third, if such derogation exists, it is necessary to examine whether it results from the nature or general scheme of the tax system of which it forms a part and could hence be justified by the nature or logic of the tax system. In this context, it is for the EFTA State to demonstrate that the differentiated tax treatment derives directly from the basic or guiding principles of that system.<sup>85</sup>
- (89) In the present case, the reference system should be defined as the Norwegian system for corporate taxation, as laid down in the Tax Act. It follows from the general rules under the Tax Act that companies established in Norway are subject to corporate tax on their profits, less deductible costs.
- (90) The exemption from corporate income tax for the entities listed in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act thus constitutes a derogation from the system of reference, which is the Norwegian system of corporate taxation. Counties and municipalities are only tax liable if they carry out one of the activities that are exhaustively listed in Section 2-5 of the Tax Act. Therefore, the current Tax Act allows a substantial number of public entities that are involved in economic activities to be tax exempt, while they are in the same factual position as privately-owned companies. The fact that the Norwegian authorities have decided to make a limited number of activities of counties and municipalities tax liable does not remove the selective nature of the present tax scheme. The tax exemption of a large number of public entities thus constitutes a derogation from the general Norwegian corporate tax system and therefore could be qualified as granting a selective advantage to public entities carrying out economic activities.
- (91) Taking into account that the tax exemptions at issue appear selective, it must be determined whether these exemptions are justified by the nature or general scheme of the system of which they form part.<sup>86</sup> Thus, a measure which constitutes an exception to the application of the general tax system may be justified if the EFTA State concerned can show that the measure results directly from the basic or guiding principles of its tax system.

<sup>83</sup> Judgment in *P Oy*, C-6/12, EU:C:2013:525, paragraph 17; judgment in *Italy v Commission*, C-66/02, EU:C:2005:768, paragraph 94.

<sup>84</sup> See, *inter alia*, judgment in *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos and Others*, C-78/08 to C-80/08, EU:C:2011:550, paragraph 49; judgment in *Portugal v Commission*, C-88/03, EU:C:2006:511, paragraph 56; and judgment in *Ministerio de Defensa and Navantia SA v Concello de Ferrol*, C-522/13, EU:C:2014:2262, paragraphs 32 to 45.

<sup>85</sup> Judgment in *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke v Finanzlandesdirektion für Kärnten*, C-143/99, cited above, paragraph 42.

<sup>86</sup> Judgment in *Portugal v Commission*, C-88/03, cited above, paragraphs 52 and 80.

- (92) The Norwegian authorities have argued that the tax exemption is justified because the purpose of the public entities benefitting from these tax exemptions is to serve the public good and not to make a profit. As non-profit-making entities are generally not liable to pay tax, public entities should also not be subject to tax. In addition, with respect to the tax exemption that is applicable to RHF and HF pursuant to Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act, the Norwegian authorities state that the logic behind this tax exemption is that the State as the ultimate owner of the entire health care system should not be liable to pay tax, because the entire Norwegian public health care system is financed by budget appropriation and its aim is not to make a profit but to provide a public service of general interest.
- (93) However, these arguments are not convincing when the public entities in question generate income from economic (commercial) activities for which they (actually or potentially) compete with private undertakings. Indeed, the logic of the corporate tax system is to tax profits derived from offering goods and services on a market. Exempting public entities from paying tax on the income they generate from offering goods and services on a market against remuneration, and thus placing these public entities in a more favourable position than private companies, does not fit into this logic.

#### 2.5.3 *Selectivity in the case of public sector guarantees*

- (94) As mentioned above, any measure intended partially or wholly to exempt firms in a particular sector from the charges arising from the normal application of the general system, without there being any justification for this exemption on the basis of the nature and logic of the general scheme of this system, constitutes state aid.<sup>87</sup> The unlimited guarantees in favour of the public entities addressed in this decision constitute a selective advantage within the meaning of the state aid rules.
- (95) The general system or system of reference at stake here is the general bankruptcy or insolvency rules that apply to all undertakings in Norway. As mentioned above, the State and its State institutions, counties, municipalities and HF and RHF are not subject to these normal bankruptcy and insolvency procedures, even when they engage in economic activities. These exemptions from normal bankruptcy and insolvency procedures, which *de facto* provide unlimited guarantees to the entities concerned, constitute a derogation from the general Norwegian bankruptcy and insolvency procedural rules and thus appear to confer a selective advantage on public entities carrying out economic activities.
- (96) As the unlimited guarantees appear selective, it must be determined whether they are justified by the nature or general scheme of the reference system.<sup>88</sup> An exception to the application of the general system of bankruptcy and insolvency law procedures may be justified if the EFTA State concerned can show that the measure results directly from the basic or guiding principles of the bankruptcy and insolvency system.
- (97) The Norwegian authorities have argued that the exemption from bankruptcy and insolvency procedures for counties and municipalities is justified because a bankruptcy could lead to the dissolution of the public entity, which seems to be contrary to the public tasks these entities are entrusted with.
- (98) This argument is not convincing when the public entities engage in economic (commercial) activities for which they compete with private undertakings. Indeed, the logic behind the bankruptcy and insolvency procedures is to enable to liquidate undertakings when they are no longer able to honour their debts built up in the process of their economic activities. Such bankruptcy and insolvency procedures are a real threat for undertakings active on the market. Exempting public entities from such bankruptcy and insolvency procedures when

<sup>87</sup> Judgment in *Italy v Commission*, C-173/73, EU:C:1974:71, paragraph 13 ff.

<sup>88</sup> Judgment in *Portugal v Commission*, C-88/03, cited above, paragraphs 52 and 80.

they engage in economic activities in competition with private undertakings, thus placing the public entities in a more favourable position than the private companies, does not fit into this logic.

#### 2.5.4 Conclusion

- (99) Accordingly, the advantages under assessment appear to represent selective advantages as they only benefit a limited number of public entities whereas similar private undertakings do not receive comparable advantages.

## 2.6 Distorting competition and affecting trade

### 2.6.1 Introduction

- (100) The fourth condition in order to constitute state aid within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement is that the measure must be liable to distort competition and affect trade between the Contracting Parties to the EEA Agreement.
- (101) It is not necessary to establish that an aid measure has a real effect on trade and that competition is actually distorted. It is sufficient to examine whether the aid measure is liable to affect such trade and distort competition.<sup>89</sup> Moreover, the mere fact that aid strengthens an undertaking's position compared to that of other undertakings competing in intra-EEA trade is enough to conclude that the measure is liable to distort competition and affect trade in the EEA.<sup>90</sup>
- (102) Public entities carrying out economic activities and benefitting from the above-mentioned tax exemptions and unlimited guarantees may be involved in intra-EEA trade.

### 2.6.2 Distortion of competition and affecting trade in the case of State institutions, counties and municipalities

- (103) State institutions, counties and municipalities benefitting from the tax exemption and unlimited guarantee may, to the extent they engage in economic activity by offering goods and services on a market, be competing with undertakings at EEA level. The advantage these entities enjoy as a result of the tax exemptions and unlimited guarantees strengthens their position towards these private undertakings and is therefore liable to distort competition and affect trade in the market of products or services on which they are competing. For example in the provision of laboratory or waste collection services the municipal entities involved are competing with other service providers in an increasingly international environment. Similarly, in the field of commercial education, the counties through their schools are providing safety training courses in direct competition with international service providers.

### 2.6.3 Distortion of competition and affecting trade in the case of HFs and RHF's

- (104) HFs and RHF carrying out economic activities while benefitting from a tax exemption and an unlimited guarantee may be involved in intra-EEA trade. For example, in the case of the hospital pharmacies, by exempting hospital pharmacies from paying income tax on their economic activities and maintaining separate accounts and by providing them with an unlimited guarantee in case of default or inability to pay their creditors and/or business

<sup>89</sup> See for example Judgment in *Italy v Commission*, C-372/97, EU:C:2004:234, paragraph 44; judgment in *Libert and Others*, C-197/11 and C-203/11, EU:C:2013:288, paragraph 76.

<sup>90</sup> Judgment in *Philip Morris Holland BV v Commission*, C-730/79, EU:C:1980:209, paragraphs 11-12; judgment in *Libert and Others*, C-197/11 and C-203/11, cited above, paragraph 77; and Joined Cases E-5/04, E-6/04, E-7/04 *Fesil ASA and Finnjord Smelteverk AS v EFTA Surveillance Authority*, cited above, paragraph 94.

partners, those undertakings are granted advantages over private pharmacies, which are often multinational pharmaceutical companies operating in several EEA States.<sup>91</sup>

- (105) Therefore, by exempting certain public entities from paying tax and by providing them with unlimited guarantees, intra-EEA trade is liable to be affected and competition is liable to be distorted between undertakings in the EEA.

## 2.7 Conclusion

- (106) On the basis of the above, the Authority has come to the preliminary conclusion that the tax exemptions and unlimited guarantees from which the above-mentioned public entities benefit when they engage in economic activities, provide these public entities with a selective advantage stemming from State resources that cannot be justified by the nature and logic of the Norwegian corporate tax system or bankruptcy and insolvency procedures. This favourable treatment is liable to distort competition and affect intra-EEA trade.
- (107) Therefore, the Authority has come to the preliminary conclusion that the various tax exemptions listed in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act constitute state aid within the meaning of Article 61(1) EEA to the extent the above-mentioned public entities benefit from these tax exemptions when engaging in economic activities. Similarly, the Authority is of the preliminary view that the unlimited guarantees (i.e. exemptions from bankruptcy and insolvency procedures) implicitly provided to State institutions and explicitly laid down in Section 55 of the Norwegian Local Government Act (regarding counties and municipalities) and Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act (regarding RHF and HF) equally constitute state aid within the meaning of Article 61(1) EEA to the extent that the above-mentioned public entities benefit from these unlimited guarantees when engaging in economic activities.

## 3 EXISTING AID

### 3.1 Definition of new vs existing aid

- (108) According to Article 1(b)(i) of Part II of Protocol 3 of the Surveillance and Court Agreement (“SCA”), “existing aid” shall mean:  
*“all aid which existed prior to the entry into force of the EEA Agreement in the respective EFTA States, that is to say, aid schemes and individual aid which were put into effect before, and are still applicable after, the entry into force of the EEA Agreement”.*
- (109) In Case E-14/10, the EFTA Court stated that: “[...] to qualify as an ‘existing aid measure’ under the EEA state aid rules, it must be part of an aid scheme that was put into effect before the entry into force of the EEA Agreement”.<sup>92</sup>
- (110) Article 1(c) of Part II of Protocol 3 SCA provides that “new aid” shall mean: *“all aid, that is to say, aid schemes and individual aid, which is not existing aid, including alterations to existing aid”.*
- (111) Regarding the legal assessment of whether aid is new or existing, the CJEU held in *Namur-Les Assurances* that: *“the emergence of new aid or the alteration of existing aid cannot be assessed according to the scale of the aid, or, in particular, its amount in financial terms at any moment in the life of the undertaking if the aid is provided under earlier statutory provisions which remain unaltered. Whether aid may be classified as new aid or as*

<sup>91</sup> Apotek 1 Gruppen AS is for instance controlled by the German PHOENIX Group (<http://www.apotek1.no/om-apotek1/om-selskapet>).

<sup>92</sup> Case E-14/10 *Konkurrenten.no AS v EFTA Surveillance Authority* [2011] EFTA Ct Rep. 266, paragraph 53.

*alteration of existing aid must be determined by reference to the provisions providing for it*.<sup>93</sup>

- (112) It has been established by the CJEU that alterations, which have no bearing on the advantage that is conferred on the beneficiary of the aid, do not make existing aid new aid.<sup>94</sup> Furthermore, “*any change [...] which cannot affect the evaluation of the compatibility of the aid measure with the common market*” is not sufficiently substantial to require a reclassification of a measure as new aid.<sup>95</sup>
- (113) Whether aid must be classified as new aid or alterations of existing aid must be determined with reference to the provisions providing for it. Negligible changes,<sup>96</sup> purely administrative changes,<sup>97</sup> or aid which does not influence “*any of the basic features of the previous system of aid*”<sup>98</sup> do not lead to existing aid being reclassified as new aid.
- (114) Amendments to existing systems of aid that are severable do not alter the existing aid nature of that system.<sup>99</sup>

### 3.2 Definition of an aid scheme

- (115) Article 1(d) of Part II of Protocol 3 SCA provides that an “aid scheme” shall mean “*any act on the basis of which, without further implementing measures being required, individual aid awards may be made to undertakings defined within the act in a general and abstract manner and any act on the basis of which aid which is not linked to a specific project may be awarded to one or several undertakings for an indefinite period of time and/or for an indefinite amount.*”

### 3.3 The tax exemptions as an existing aid scheme

#### 3.3.1 Introduction

- (116) First, it needs to be assessed whether the various tax exemptions included in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act could be regarded as an aid scheme within the meaning of Article 1(d) of Part II of Protocol 3 SCA.
- (117) The legal basis for the various tax exemptions is currently found in the 1999 Tax Act, which sets out a framework under which the entities listed in the various provisions are granted an exemption from corporate income tax and thus are granted individual aid awards in a general and abstract manner, without requiring any further implementing measures. The Authority is therefore of the preliminary view that the tax exemptions contained in Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act can be regarded as an aid scheme.
- (118) Second, the Authority must assess whether the aid scheme was put into effect before the entry into force of the EEA Agreement in Norway and whether its substance has not been

<sup>93</sup> Judgment in *Namur-Les Assurances du Crédit SA v Office National du Ducroire and the Belgian State*, C-44/93, EU:C:1994:311, paragraph 28.

<sup>94</sup> Judgment in *Namur-Les Assurances*, cited above, paragraph 29.

<sup>95</sup> The Authority’s Decision No 195/04/COL of 14 July 2004 on the implementing provisions referred to under Article 27 in Part II of Protocol 3 to the Agreement between the EFTA States on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice, Article 4(1) (OJ L 139, 25.5.2006, p. 37 and EEA Supplement No 26, 25.5.2006, p. 1).

<sup>96</sup> Opinion of A.G. Warner in *Pigs and Bacon Commission v Mc Carren and Company Limited*, 177/78, EU:C:1979:164, p. 2204.

<sup>97</sup> Opinion of A.G. Darmon in *Irish Cement Limited v Commission*, 166/86 and 220/86, EU:C:1988:549, p. 34.

<sup>98</sup> Opinion of A.G. Trabucchi in *P.J. Van der Hulst's Zonen v Produktschap voor Siergewassen*, 51/74, EU:C:1975:9, p. 105.

<sup>99</sup> Judgment in *Gibraltar v Commission*, T-195/01 and T-207/01, EU:T:2002:111, paragraphs 109-111.



substantially altered afterwards in order to determine whether the aid measure qualifies as existing aid or as new aid.

- (119) Existing aid encompasses all aid which existed prior to the entry into force of the EEA Agreement. That is to say, aid schemes and individual aid which were put into effect before, and are still applicable after the entry into force of the EEA Agreement in 1994.
- (120) In addition, it must be assessed whether the substance of the various tax exemptions has been substantially altered afterwards, to be reclassified as new aid.<sup>100</sup>

### 3.3.2 *Section 2-30(1)(b) and (c) – tax exemptions applicable to State institutions, counties and municipalities*

- (121) As mentioned above in Chapter 2, the tax exemptions applicable to State institutions, counties and municipalities as laid down in Section 2-30(1)(b) and (c) of the Tax Act were already included in Section 26(b) and (c) of the 1911 Tax Act and thus predate the entry into force of the EEA Agreement in 1994. As the 1999 Tax Act thus consisted merely of a technical rewriting of the 1911 Tax Act, the new Section should simply be regarded as purely administrative changes which do not change the existing aid character of these tax exemptions.
- (122) Similarly, the exceptions to the taxable activities exhaustively listed in Section 2-5 of the Tax Act, such as the tax exemption for counties on income generated on shipping activity which encourages traffic to and from the county or within the county, provided the county does not make a profit on the activity, as well as the municipality's tax exemptions on income from water mains and associated dams and basins as well as from cemeteries, crematoriums with urn groves and urn halls, hospitals and holiday colonies, all go back to the 1911 Tax Act, and in particular to Section 26, last sentence, Section 26(n) and the first and second sentence under Section 26(w) of the 1911 Tax Act. Here again, the 1999 Tax Act appears to merely consist of a technical rewriting of the 1911 Tax Act and therefore should be regarded as a purely administrative change which does not change the existing aid character of these tax exemptions.
- (123) In line with the Gibraltar case, the introduction of Section 2-5(2)(c) of the Tax Act on the taxation of municipal waste collection should be regarded as a severable amendment to the existing system of aid. This is so because it merely excluded an activity from the scope of the tax exemption without affecting the substance of the remaining scheme. In other words, the amendment did not entitle further activities to be tax exempted, nor did it change aid intensities or otherwise affect the existing system of aid.

### 3.3.3 *Section 2-30(1)(g)(5) – the tax exemption applicable to RHF's and HF's*

- (124) As mentioned above in paragraph (27), Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act contains a general tax exemption for RHF's and HF's. This provision was introduced when the Norwegian National Health System was reorganised with the adoption of the Public Health Enterprises Act on 15 June 2001, entering into force on 1 January 2002. After 2001, there have been some amendments to *litra g* of Section 2-30(1) of the Tax Act, but these amendments only concerned technical changes. Originally, the tax exemption for RHF's and HF's was contained in Section 2-30(1)(g)(7) of the Tax Act but when the tax exemption for other institutions mentioned in *litra g* were abolished (such as the tax exemption for Statens Fiskeredskapsimport by virtue of its discontinuation), the tax exemption for RHF's and HF's was moved to Section 2-30(1)(g)(5). Before 2001, public health care entities fell within the responsibility of the counties and therefore benefitted from a general tax exemption pursuant

<sup>100</sup> See paragraphs (108) to (114) above.

to Section 2-30(1)(c) of the Tax Act, exempting counties and municipalities from corporate income tax.

- (125) Although Section 2-30(1)(g)(5) of the Tax Act came into force in 2002,<sup>101</sup> the origin of the tax exemption can be traced back to the exemption that applies to counties (as the previous owners of the public health care entities) under Section 2-30(1)(c) of the Tax Act and before that, under Section 26(c) of the Tax Act of 1911. Consequently, the tax exemption pre-dates the entry into force of the EEA Agreement.
- (126) The change in legal basis for the tax exemption pursuant to the Public Health Enterprises Act should not be regarded as a substantial alteration, in line with the above-mentioned case law, and accordingly does not change the existing aid character of the tax exemption that is applicable to RHF and HF.

### **3.4 The public sector guarantees as existing aid schemes**

#### *3.4.1 Introduction*

- (127) First, it needs to be assessed whether the implicit (in the case of State institutions) or explicit (in the case of counties, municipalities, RHF and HF) unlimited guarantees could be regarded as aid schemes within the meaning of Article 1(d) of Part II of Protocol 3 SCA.
- (128) As mentioned above, no explicit provision appears to exist stating that State institutions are exempt from bankruptcy or insolvency procedures or that their losses will in any event be covered by the State. The Authority would therefore appreciate to receive additional information regarding this presumably unwritten principle of law.
- (129) The legal bases for the unlimited guarantees of the counties, municipalities, RHF and HF on the contrary are laid down in the Local Government Act and the Public Health Enterprises Act respectively. These Acts set out the framework, under which the entities are shielded from bankruptcy and other insolvency procedures, in a general and abstract manner, without requiring any further implementing measures. The Authority is therefore of the preliminary view that the unlimited guarantees contained in Section 55 of the Norwegian Local Government Act and Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act can be regarded as aid schemes.
- (130) Second, the Authority must assess whether the aid schemes were put into effect before the entry into force of the EEA Agreement in Norway and whether their substance has not been substantially altered afterwards in order to determine whether the aid measures qualify as existing aid or as new aid.
- (131) Existing aid encompasses all aid which existed prior to the entry into force of the EEA Agreement. That is to say, aid schemes and individual aid which were put into effect before, and are still applicable after the entry into force of the EEA Agreement in 1994.
- (132) In addition, it must be assessed whether the substance of the various unlimited guarantees has been substantially altered afterwards, to be reclassified as new aid.<sup>102</sup>

#### *3.4.2 Public sector guarantees for State institutions*

- (133) As mentioned above in Chapter 3.2, there appears to be an unwritten principle of law preventing State institutions from being subject to regular bankruptcy or other insolvency procedures. Such unlimited guarantee for State institutions appears to have existed since before the entry into force of the EEA Agreement in 1994 and should therefore be regarded

<sup>101</sup> As mentioned, this part of the Tax Act was amended as a consequence of the reorganisation of the specialist health care services in 2001.

<sup>102</sup> See paragraphs (108) to (114) above.



as existing aid. Further clarifications by the Norwegian authorities as to the origin of this unwritten principle of law would nevertheless be appreciated.

*3.4.3 Section 55 of the Local Government Act – public sector guarantee for counties and municipalities*

- (134) As mentioned above, the Local Government Act of 25 September 1992 entered into force on 1 January 1993. The exemption from bankruptcy and insolvency procedures for counties and municipalities laid down in Section 55 of the Act thus predates the entry into force of the EEA Agreement in 1994 and should therefore be regarded as existing aid. Moreover, it appears from the preparatory works to the Local Government Act that this exemption has been in force since 1927.

*3.4.4 Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act – public sector guarantee for RHF's and HF's*

- (135) As mentioned above, Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act contain a *de facto* unlimited guarantee for RHF's and HF's. These provisions were introduced when the Norwegian National Health System was reorganised with the adoption of the Public Health Enterprises Act on 15 June 2001, entering into force on 1 January 2002. As already discussed, public health care entities fell within the responsibility of the counties before 2001. Although Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act came into force in 2002,<sup>103</sup> the origin of the unlimited guarantee can thus be traced back to the unlimited guarantee that applies to counties (as previous owners of the public health care entities) under Section 55 of the Local Government Act. Consequently, the unlimited guarantee for RHF's and HF's clearly pre-dates the entry into force of the EEA Agreement.
- (136) The change in legal basis for the unlimited guarantee pursuant to the Public Health Enterprises Act should not be regarded as a substantial alteration, in line with the above-mentioned case law, and accordingly does not change the existing aid character of the unlimited guarantee that is applicable to RHF's and HF's.

### 3.5 Conclusion

- (137) The Authority concludes that the measures under Section 2-30(1)(b), (c) and (g)(5) of the Tax Act constitute an existing aid scheme within the meaning of Article 1(b)(i) of Part II of Protocol 3 SCA.
- (138) The Authority equally concludes that the measures contained in the unwritten principle of law regarding State institutions, in Section 55 of the Local Government Act and in Sections 5-3, 7 and 48 of the Public Health Enterprises Act constitute existing aid schemes within the meaning of Article 1(b)(i) of Part II of Protocol 3 SCA.

## 4 COMPATIBILITY OF THE EXISTING AID SCHEMES

### 4.1 Introduction

- (139) The Norwegian authorities have argued that the tax exemption aid scheme is compatible with the EEA Agreement,<sup>104</sup> but have not provided any arguments as to the compatibility of the unlimited guarantees with the EEA Agreement.

<sup>103</sup> As mentioned, this part of the Tax Act was amended as a consequence of the reorganisation of the specialist health care services in 2001.

<sup>104</sup> Document 683568.

- (140) Aid measures caught by Article 61(1) EEA are generally incompatible with the functioning of the EEA Agreement, unless they qualify for a derogation under Article 61(2) or (3) or Article 59(2) EEA.

#### **4.2 Article 61(2) and Article 61(3)(a)-(c) EEA**

- (141) The Norwegian authorities have not provided arguments regarding the applicability of the exceptions described in Article 61(2) or 61(3) of the EEA Agreement to the general exemption from corporate income tax and the unlimited guarantees enjoyed by public entities, even when they engage in economic activity.
- (142) The Authority takes the preliminary view that none of the derogations set out in Article 61(2) of the EEA Agreement are applicable to the aid schemes in question, which are not designed to achieve any of the aims listed in this provision. More specifically, the aid schemes under review do not appear to relate to aid having a social character, which is granted to individual consumers, or to aid making good the damage caused by natural disasters or exceptional occurrences or aid granted to the economy of certain parts of the Federal Republic of Germany.
- (143) Article 61(3) of the EEA Agreement further states that: (a) aid to promote the economic development of certain areas; (b) aid to promote the execution of certain important projects of common European interest; and (c) aid to facilitate the development of certain economic areas or activities, may be found compatible.
- (144) As to the possible application of the exceptions provided in Article 61(3)(a) to (c) of the EEA Agreement, the Authority notes that the tax exemptions and the unlimited guarantees from which Norwegian public entities are benefitting are granted without making a distinction as to the goals pursued by the undertakings in question. Consequently, the Authority comes to the preliminary conclusion that none of the exceptions of Article 61(3)(a) to (c) are applicable.

#### **4.3 Article 59(2) EEA (Services of General Economic Interest; “SGEI”)**

- (145) The Norwegian authorities have not provided sufficient information enabling the Authority to conclude that the tax exemptions and the unlimited guarantees constitute compensation for public service obligations and that these exemptions and guarantees could thus be justified on the basis of Article 59(2) EEA and the SGEI Decision<sup>105</sup> or the SGEI Compensation Guidelines. It is the view of the Authority that the tax exemptions and unlimited guarantees cannot be found compatible with the functioning of the EEA Agreement on that basis. In that regard, the Authority has not been presented with clear entrustments detailing that the public entities shall carry out the relevant economic activities. As a general point, cross-subsidisation of purely commercial activities cannot represent a form of public service compensation. What is more, even if the tax exemptions and unlimited guarantees at hand could be construed as a form of public service compensation, the Authority cannot see how the current national legal framework ensures that the advantages provided in the form of tax exemptions and unlimited guarantees do not exceed what is necessary to cover the net cost incurred in providing the relevant public service.

---

<sup>105</sup> Commission Decision 2012/21/EU of 20.12.2011 on the application of Article 106(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest (OJ L 7 11.1.2012 p. 3). Incorporated into Article 1h of Annex XV to the EEA Agreement.

#### **4.4 Conclusion**

- (146) Based on the above, the Authority has come to the preliminary conclusion that the existing aid measures under assessment cannot be held compatible with the EEA Agreement based on any of the derogations in Articles 61 and 59 of the EEA Agreement.

#### **5 PRELIMINARY PROPOSAL FOR APPROPRIATE MEASURES**

- (147) For the above-mentioned reasons, the Authority takes the preliminary view that the measures assessed above constitute incompatible state aid and should accordingly be abolished by way of appropriate measures.
- (148) The Authority considers that the following measures would qualify as appropriate means to ensure that no aid is granted in the future to the economic activities carried out by State institutions, counties, municipalities, RHF's and HF's:
- The tax exemption and unlimited guarantee for public entities should be modified to ensure that the economic activities of State institutions, counties, municipalities, RHF's and HF's are subjected to income tax and no longer benefit from an unlimited guarantee. The following measure could qualify as an appropriate measure: the introduction of an obligation upon State institutions, counties, municipalities, RHF's and HF's to set up separate legal entities dealing with their economic activities, which would thus be subject to income tax and ordinary bankruptcy and/or other insolvency rules.

#### **6 INVITATION TO SUBMIT COMMENTS AND THE EXISTING AID PROCEDURE AHEAD**

- (149) The Norwegian authorities are invited to submit their comments to this letter within one month.
- (150) The Authority will subsequently take a final decision on whether or not the measures assessed in this letter constitute aid and whether the potential aid is compatible with the functioning of the EEA Agreement. If the Authority finds that the aid is not compatible, it may issue a decision proposing appropriate measures to the Norwegian authorities in accordance with Article 18 of Part II of Protocol 3 SCA.

For the EFTA Surveillance Authority,

Gjermund Mathisen  
Director  
Competition and State Aid

## Vedlegg 2: Metodisk tilnærming

For å få en oversikt over hvilke former for økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand som utøves i offentlig regi, besluttet arbeidsgruppen at det skulle gjennomføres en kartlegging rettet mot statlige etater, kommuner og fylkeskommuner samt helseforetakene. Kartleggingen ble utviklet og gjennomført av sekretariatet ved hjelp av et web-basert verktøy for spørreundersøkelser. Spørsmålssett ble presentert og drøftet med arbeidsgruppen.

Kartleggingen ble gjennomført i to runder.

I første runde ble det sendt en epost til administrasjonssjef/direktør med bakgrunnsinformasjon for undersøkelsen, lenke til mandatet<sup>535</sup>, informasjon om hvordan undersøkelsen var bygget opp, og hva undersøkelsen tok sikte på å bidra med av informasjon. I eposten var det videre en lenke til en web-basert undersøkelse der det ble bedt om benevnelse på kommersiell aktivitet i regi av enheten, og kontaktinformasjon for runde to av undersøkelsen. Videre var det et følgebrev fra ansvarlig departement der respondenten ble oppfordret til å svare på undersøkelsen.

Siden også ordinære forvaltningsoppgaver kan ha en økonomisk karakter ble begrepet *kommersiell aktivitet* brukt i eposten i stedet for *økonomisk aktivitet* for å unngå misforståelser. I eposten ble det presisert hva som lå i begrepet kommersiell aktivitet. I tillegg ble det gitt eksempler tilpasset det aktuelle forvaltningsområdet.

I andre runde fikk de som var oppgitt som kontaktpersoner en epost med bakgrunnsinformasjon for undersøkelsen og en lenke til en web-basert undersøkelse. Her ble respondenten bedt om utdypende informasjon basert på beskrivende tekst og svaralternativer knyttet til følgende hovedelementer:

- generell beskrivelse av den kommersielle aktiviteten
- bakgrunnen for at aktiviteten er etablert
- hvordan aktiviteten er organisert og finansiert
- begrunnelsen for valgt organiseringsform samt
- konkurranseflater

Undersøkelsen ble forhåndstestet på enkelte respondenter før den ble sendt ut. Første del av

<sup>535</sup> <https://www.regjeringen.no/contentassets/951cf2eca98f4fe594f6713641ee38b0/like-konkurransevilkar-mandat.pdf>

undersøkelsen ble sendt ut til alle kommuner, alle fylkeskommuner, alle helseforetak samt alle statlige etater med unntak av de som sekretariatet vurderte kun utførte forvaltningsoppgaver. Dette ble gjort våren og sommeren 2017.

Andre del av undersøkelsen ble fortløpende sendt ut til oppgitte kontaktpersoner i første del.

De kommuner og fylkeskommuner som ikke svarte innen tidsfristen fikk en oppfølgingsepost.

Erfaringene fra første del av undersøkelsen rettet mot kommuner og fylkeskommuner, der epost ble sendt til «postmottak@...», kunne tyde på at eposten ikke i alle tilfeller kom frem til rette mottager. Dette kan være med å forklare en relativt lav svarandel. I undersøkelsen rettet mot stat og helseforetak ble derfor oppfølgingsepost til de enheter som ikke hadde svart rettet mot enhetens direktør ved bruk av vedkommendes personlige epost.

Svarandelen i de ulike rundene av undersøkelsen fremgår av teksten som omtaler resultater for undersøkelsen. Det er klart at svarandelen i undersøkelsen ikke er tilfredsstillende med hensyn til å få en fullverdig oversikt over ulike former for økonomisk aktivitet i EØS-rettslig forstand som utøves i offentlig regi. Særlig for universitet og høyskoler gir undersøkelsen et mangelfullt bilde, da det viste seg at undersøkelsens utforming var lite egnet til å få informasjon om økonomisk aktivitet ved de større lærestedene. Relativt begrenset respons gir heller ikke et faglig grunnlag for å dele svarene opp etter for eksempel kommunestørrelse eller gjennomføre ytterligere statistiske analyser.<sup>536</sup>

Undersøkelsen gir likevel et *inntrykk* av ulike former for økonomisk aktivitet som utøves av kommuner, fylkeskommuner og i regi av statlige forvaltningsorganer, bakgrunn for etablering av økonomisk aktivitet, samt hvilke vurderinger som har ligget bak valgt organiseringsform.

Spørreskjema for undersøkelsene kan fåes ved henvendelse til sekretariatsleder.

<sup>536</sup> Resultater fra undersøkelsen har ikke vært sammenholdt med tall fra for eksempel KOSTRA. En slik sammenstilling vil kunne gi et bedre grunnlag for fremtidig informasjonsinnhenting. Dette har ikke vært prioritert i sammenheng av arbeidsgruppens arbeid.

# Vedlegg 3:

## Kartlegging – fase 1: Kommuner

Navn på kommune	Benevnelse på økonomiske aktivitet
Vestnes kommune	0
Bremanger kommune	0
Frøya kommune	0
Berlevåg kommune	0
Vestvågøy kommune	Vestvågøy Eiendomsdrift KF
Lavangen kommune	0
Askøy kommune	Utleie skolelokaler Utleie kulturlokaler Kurs i brannvern og førstehjelp Regnskapstjenester Lønnstjenester
Hattfjelldal kommune	Treningsstudio Scooterløyper Utleie av samfunnssal Utleie av kommunale leiligheter Utbygging av fiber/breiband
Lund kommune	PNM Oppvekst og kultur
Trøgstad kommune	Catering
Sveio kommune	Utleie av bustad Utrykking ved alarm – avtale med vaktelskap
Åfjord kommune	Kjøkkendrift
Grane kommune	Utleie lokaler Kopiering Kjøkken/kafe
Gratangen kommune	0
Øksnes kommune	0
Hvaler kommune	Kjøkkenet sykehjemmet Utleie av lokaler innen kultur og idrett Utleie av kommunale bygg
Halden kommune	Avfallshåndtering næringsavfall Utleie av kommunale bygg og idrettsanlegg Legetjenester kommunelege
Aure kommune	Salg av sykehjemsplasser
Eidsvoll kommune	0
Oppegård kommune	Utleie av lokaler Bruktbutikk i forbindelse med gjenvinningsstasjon
Ørskog kommune	Utleie av kommunale boliger
Stordal kommune	0
Bamble kommune	Grenland Havn IKS Frisk Bris Bamble Helsehus – kjøkkendrifta Vaksinasjonskontoret – Bamble kommune Skjærgårdshallen as

<b>Navn på kommune</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
Lunner kommune	0
Fet kommune	Utleie av lokaler
Alta kommune	0
Osen kommune	Utleie av møtelokaler
Søndre Land kommune	0
Kvinesdal kommune	Salg av mat i kafe på sykehjemmet Utleie/utlån av lokaler til private og frivillige lag og foreninger Kommunens brøytebiler brøyter private veier Salg av bøker pluss diverse småting på servicekontoret Utleie/utlån av utstyr fra teknisk drift til ansatte og private Salg av sykehjems plasser/plasser for heldøgnsomsorg (til andre kommuner)
Rendalen kommune	Kantine/kafe Kantine/catering/vaskeritjenester
Lillehammer kommune	Utleie av idrettsanlegg Utleie av boliger Kino Utleie kulturlokaler
Karmøy kommune	Næringsutvikling Kulturaktiviteter
Gjøvik kommune	Gjøvik Olympiske Anlegg Gjøvik kulturhus AS Industribygg/AS Rådhusbygg Gjøvik brannvesen
Malvik kommune	Utleie/utlån av kulturhus
Modum kommune	0
Eidsvoll kommune	Utleie næringsbygg (Brannstasjon/Esso Minnesund) Renholdsvirksomhet (statlig NAV) Salg av mat til hjemmeboende Kommuneskogene (tømmersalg) Salg BOA Gladbak cafe
Lenvik kommune	0
Nord-Aurdal kommune	Kursavdeling – brannvesen
Nordreisa kommune	0
Brønnøy kommune	0
Sula kommune	0
Ringerike kommune	Utleie av kommunale arealer Salg av ferdigmat Salg av produkter fra arbeidstreningssentre
Skiptvedt kommune	Utlån av kommunale bygg
Kviteseid kommune	Utlån av bygg Salg av mat

<b>Navn på kommune</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
Hammerfest kommune	Utlån/-leie kommunale bygg/lokaler kveld/helger Frivillig undervisning kveldstid Salg av brukte gjenstander Salg av sikkerhetssystemer (oppkopling) Sikkerhetsundervisning/-kursing Kontrollarbeid sikkerhet Utlån/-leie kommunale haller Utleie/-lån kommunale scener/sceneareal
Eide kommune	0
Kristiansund kommune	Utleie av kommunale boliger Innsamling av næringsavfall
Herøy kommune	Stab Samfunnsutvikling
Lenvik kommune	0
Ringebu kommune	0
Vikna kommune	0
Vågsøy kommune	0
Ørsta kommune	0
Forsand kommune	0
Suldal kommune	Suldal Elverk KF
Nesna kommune	0
Gloppen kommune	Utleie av industrilokale
Kvæningen kommune	0
Skien kommune	0
Rødøy kommune	0
Odda kommune	Lindenes verksted Bokkotunet kafe Odda kommune v/Bygg og eiendom Odda dagsenter
Hyllestad kommune	Bygging av idrettshall Ombygging av sjukeheim
Vevelstad kommune	0
Luster kommune	0
Ullensaker kommune	Salg av norskopplæring Salg av reisevaksine Kulturhuskafe Kino Kulturhus, kommersielle arrangement Utleie av lokaler og anlegg
Sel kommune	Salg av slam
Haugesund kommune	0
Lørenskog kommune	0
Fjell kommune	0
Kautokeino kommune	Utleie av lokaler
Ballangen kommune	0
Kvinnherad kommune	Kvinnherad Energi Kvinnherad Breiband
Neset kommune	0



<b>Navn på kommune</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
Øygarden kommune	Utleie kommunale lokaler
Time kommune	Kino
Stange kommune	Boliger
Sola kommune	Klargjøring og salg av tomter Utleie av lokaler (kultur)
Strand kommune	Kino Offentlig svømming Utleie av ulike lokaler (boliger, Strand Psyk senter) Kommunal havn Bobilparkering og gjestehavn Språkopplæring arbeidsinnvandrere
Lardal kommune	Utleie kommunale lokaler Varm middag til hjemmeboende eldre
Skaun kommune	Brøyting i boretslag Vasking av kontorlokaler Utleie av kontorlokaler Utleie av lokaler til diverse private arrangementer
Nome kommune	0
Lindesnes kommune	Cafe
Skedsmo kommune	0
Storfjord kommune	0
Hå kommune	Sirevåg Havn
Førde kommune	Utleie av lokale Førdehuset Utleie av lokale Førde rådhus Kantine og transport Sal av musikartenester Sal av rekneskapstenester til andre som ikke er kommunale
Tromsø kommune	Innkjøp
Stord kommune	0
Hitra kommune	Hitra Storkjøkken
Jondal kommune	0
Sokndal kommune	0
Vaksdal kommune	0
Sør-Fron kommune	Kommersielt salg fra Sør-Fron kommune
Os kommune	Osbadet Oseana kunst og kultursenter Os bygg og eiendom
Hjartdal kommune	Kjøkkendrift – Catering
Oslo kommune	Plan- og bygningsetaten Eiendoms- og byfornyelsesetaten Brann- og redningsetaten Vann- og avløpsetaten Renovasjonsetaten Energigjenvinningsetaten Klimaetaten Bymiljøetaten – idrett Bymiljøetaten – anskaffelser og entrepriser
Sørum kommune	0

<b>Navn på kommune</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
Evje og Hornnes kommune	0
Klæbu kommune	0
Tynset kommune	Utleie av kommunale lokaler
Berg kommune	0
Ålesund kommune	Næringsdrift avfall VH Næringsdrift
Bærum kommune	Utleie kommunal eiendom Brannalarmer (Asker og Bærum brannvesen IKS) Bærum Kulturhus Utleie ved skoler

# Vedlegg 4:

## Kartlegging – fase 1: Fylkeskommuner

Navn på fylkeskommune	Benevnelse på kommersiell aktivitet
Vest-Agder fylkeskommune	IT-tjenester/drift av server og programmer for VAM og AKT Salg av lønn og regnskapstjenester til AKT/IKAVA/Lister BOM/EVA IKS Arkivtjenester AKT Salg av skoleprodukter (planter, dyrkede matvarer, byggarbeid, bilreparasjoner) Tannklinikker selger tjenester til betalende pasienter Utleie av lokaler til utenforstående (videregående skoler)
Sogn og Fjordane fylkeskommune	Utleie lokaler Oppdragsundervisning IKT drift Innkjøpsamarbeid Arkivtenester Sal av kurs ved dei vidaregåande skulane Utleie av fylkeskommunale eigedommar/lokale Sal av IKT-tenester - § 27 samarbeid Innkjøpsamarbeid
Rogaland fylkeskommune	Tannhelsetjenester til private betalende Salg av kursvirksomhet
Buskerud fylkeskommune	Tannhelsebehandling Utleie av fast eiendom Salg kurs-/opplæringstjenester Salg av produkter produsert i forbindelse med undervisning Salg av tjenester som produseres som ledd i undervisningen
Nordland fylkeskommune	Tannhelsetjenester Sikkerhetskurs, maritime offshore Maritime kurs, simulatornavigasjon etc. OPUS-kurs, norskkurs, arbeidstiltak Servering fra elevkantiner Elevarbeid, frisør bilmekaniker m.m. Drift av kultursenter, servering, møte, overnatting Salg av landbruksvarer Salg innenfor fiskeri Utleie av bustad og næringseiendom
Oppland fylkeskommune	Kollektivtransport Tannhelse, tilbud til betalende pasienter Fylkesarkiv, salg av tjenester til kommuner og private Karriere Oppland, salg av kursvirksomhet Eiendom, utleie av lokaler Eiendom, eiendomsforvaltningstjenester Eiendom, salg av vaktmestertjenester

# Vedlegg 5:

## Kartlegging – fase 1: Statlige etater

Navn på statlig virksomhet	Benevnelse på økonomiske aktivitet
Direktoratet for økonomistyring	0
Senter for IKT i utdanningen	0
Konkurransetilsynet	Utleie av lokaler Konferanse konkurranserett
KORO – Kunst i offentlige rom	0
Statens jernbanetilsyn	0
Statens sivilrettsforvaltning	Kursvirksomhet
Patentstyret	Forundersøkelser NPI-oppdrag
Statens vegvesen	0
Nasjonal kommunikasjonsmyndighet	0
Utdanningsdirektoratet	0
Universitetet i Agder	Langtidsutleie av lokaler Salg av lab-tjenester Oppdragsprosjekter Konferanser Etter- og videreutdanning
Miljødirektoratet	Fremleie lokaler
Statsbygg	Utleie og drift av bygg
Norges forskningsråd	0
Petroleumstilsynet	0
Husbanken	Startlån til kommuner for videretildeling Grunnlån
Oljedirektoratet	Bistand til Olje for utvikling-programmet
Direktoratet for samfunnsikkerhet og beredskap	Kantine- og renholdstjenester IKT-tjenester til øvrige statlige virksomhet i samlokalisering Rådgivningsbistand innenfor anskaffelser til øvrige statlig virksomhet i samlokalisering
Høgskolen i Sørøst-Norge	Oppdragsprosjekter/Oppdragsfinansiert aktivitet Regl F-07-13
Brønnøysundregistrene	Oppdragsinntekter registerinformasjon
Forsvarets forskningsinstitutt	Forskning og utvikling
Jernbanedirektoratet	Norsk jernbaneskole Norsk jernbanemuseum
Høgskolen i Østfold	Etter og videreutdanning
Pensjonstrygden for sjømenn	Forvaltning av pensjonsordning
Finanstilsynet	0
NTNU	Utleie av lokaler IT-tjenester, driftstjenester, grafiske, konferanser, laboratorier, oppdragsforskning/salg

<b>Navn på statlig virksomhet</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
Justervesenet	Kalibrering og andre måltjenester Tjenester som teknisk kontrollorgan for EU-direktiv Arrangement av kurs og seminarer Forsknings- og utviklingsprosjekter
Norsk pasientskadeerstatning	Saksbehandling av erstatningskrav på vegne av legemiddelforskningen
Direktoratet for samfunnssikkerhet og beredskap	0
Meteorologisk institutt	Kommersiell turnus Oppdragsvirksomhet Opplæring
Direktoratet for byggkvalitet	0
Helsedirektoratet	Salg av registerdata
Statens Kartverk	Salg av Kartdata Land og Sjø Salg av CPOS abonnementer Salg av eiendoms- og matrikkeldata
Statens helsetilsyn	0
Høgskulen på Vestlandet	Utleie av lokale – Bergen Undervisnings og forskingsoppdrag – Bergen Undervisnings og forskingsaktivitet – Bergen Utleie av Lokale – Stord-Haugesund Undervisnings- og forskingsoppdrag – Sogn og Fjordane Undervisnings- og forskingsoppdrag Stord-Haugesund
Norsk filminstitutt	Filmmuseet Cinamatek- og kinodrift
Veterinærinstituttet	Oppdragsprosjekter
Senter for internasjonalisering av utdanning	Utleie av egenutviklet IKT-system
Landbruksdirektoratet	0
Arkiverket	0
Statped	Utleie av ledig kapasitet på kursarealer, og tilhørende kantine og renhold Fremleie av arealer som det ikke lenger er behov for i virksomhetene, men der man fortsatt er bundet av leieavtale
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon	Renhold Vakt Trykkeri
Arbeids- og velferdsetaten	0
Norsk kulturråd	0
Nidaros Domkirkes Restaureringsarbeider	Billett- og varesalg Utleie Restaureringsoppdrag
Høgskulen i Volda	Kurs- og utredningsaktivitet
Norges vassdrags- og energidirektorat	Hydrologisk oppdragsvirksomhet Oppdrag for Norad eller samarbeidsavtale direkte i de enkelte land NVE Anlegg
Forsvarsbygg	Rådgivningstjenester Utleievirksomhet

<b>Navn på statlig virksomhet</b>	<b>Benevnelse på økonomiske aktivitet</b>
NHH	NHHE – Etter- og videreutdanning Eksterne samarbeidsrelasjoner
Norges miljø og biovitenskapelige universitet	0
Norges geologiske undersøkelse	Samfinansiering og oppdrag
NIBIO	0
HI	0
Tollregion Oslo og Akershus	Kursvirksomhet
Tolletaten	Kursvirksomhet mot næringslivet Salg av forsikringspoliser på grensen
Folkehelseinstituttet	Vaksinesalg Laboratorieanalyser Biobanktjenester Helseanalyser

# Vedlegg 6:

## Kartlegging – fase 1: Helseforetak

Navn på helseforetak	Benevnelse på økonomiske aktivitet
Helse Stavanger HF	0
Helse Fonna HF	Kantinedrift Utleie eiendom Salg overskudd av termisk energi til en offentlig kunde
Sykehuset Østfold HF	Kafedrift Parkering Areal utleie og kantine
Sunnaas Sykehus HF	Utleie lokaler Utleie basseng
Akershus Universitetssykehus HF	Utleie av lokaler Kantine / cafe Parkeringsvirksomhet Sikkerhetstjenester (til Boligstiftelse)
Finmarkssykehuset	0
St Olav Hospital HF	Catering
Sykehuset Telemark HF	Barnehage Kafedrift

# Vedlegg 7:

## Referat fra dialogmøte 24. januar 2017

Problemstillinger relatert til  
kommunesektoren

### *Oslo kommune*

Oslos avfallshåndtering favner om en rekke aktiviteter (forvaltning, utvikling og planlegging, publikumstjenester ved innsamling og mottak, logistikk, prosessindustri (energiutnyttelse), sorteringsanlegg, biologiske prosesser). Det er også noe salg av råvarer og andre produkter som kommer som følge av avfallshåndteringen.

Kommunens avfallsmarkedstjenester:

- Egenregi (fører eget næringsregnskap): henting av næringsavfall for mindre næringsdrivende, mottak av park- og hageavfall fra profesjonelle gartnere, avfall på gjenbruksstasjoner.
- Klemetsrudanlegget AS: mottar restavfall til forbrenning.

Grunnlaget for valgte styringsformer: Innovasjon, risiko, markedssituasjon, integrering av målsetting om energiforsyning, luftkvalitet, arealutvikling, andre politiske føringer m.m.

Det har vært en rekke endringer i rammebetingelsene for kommunenes avfallshåndtering siden 1990-tallet: Fokus på gjenvinning, lovpålagt ansvar har blitt redusert, anskaffelsesregelverket gjelder, innskjerping i konkurransereguleringen, samt en innskjerping i tolkning av støttereguleringen.

Kommunen vurderte i 2015 alternative driftsformer for avfallshåndtering på selvkost.

Utfordringer: Flere utfordringer, herunder at et strengt regelverk gjør det vanskelig å tenke og planlegge helhetlige løsninger, for eksempel nye logistikk-løsninger for husholdningsavfall og næringsavfall. Håndtering av avfall er integrert i byutviklingssammenheng.

Oslo kommune påpekte at EØS-reguleringen knyttet til økonomisk aktivitet utøvd av kommunen ikke nødvendigvis sikrer at kommunen er i stand til å løse sine oppgaver på en god og effektiv måte. Den er nødt til å bygge for fremtiden, og dermed vil det være restkapasitet som kan utnyttes.

### *Trondheim kommune*

Trondheim kommunes analysesenter er et laboratorium som analyserer vann, mat, miljø og luftprøver for kommunen. Eksterne oppdrag (salg og markedsføringsfunksjoner) utføres av Lab-Tjenester AS (heleid av kommunen). Sistnevnte kjøper tjenester av Analysesenteret og betaler en markedsbasert husleie og dekker sin andel av felletjenester. Organiseringen er et resultat av en ESA-sak. Tiltaket er akseptert av ESA i 2015. Lab-Tjenester AS betalte et utbytte på 24 000 kroner i 2015.

Trondheim kommune vurderer at organiseringen isolerer økonomisk aktivitet i eget selskap.

Kommunen uttalte at det var ett valg på et område hvor de tilbyr tjenester i et marked, og det var avvikling eller å opprette eget selskap.

### *Bærum kommune*

Bærum kommune har hatt fritt brukervalg i tjenestene hjemmesykepleie og praktisk bistand siden 2015.

Kommunen treffer vedtak om tildeling av ulike typer tjenester, og bruker kan velge mellom fire private leverandører i tillegg til kommunen. Kommunen har overopsyn med kvaliteten på tjenestene som leveres.

Få brukere velger private, men tallet øker. Brukere med omfattende behov velger i større grad private. Brukere som ikke velger, får kommunen som leverandør.

Hvordan sikre «rettferdige konkurransevilkår» og et reelt brukervalg? Det er særlig viktig med fokus på dette i den forberedende fasen for anskaffelsen, ved blant annet vurdering av hva riktig kvalitet og riktig pris er. Kommunen ønsker like vilkår mellom aktører i markedet. Tilrettelegging for reelt brukervalg krever også fokus på kulturholdning og -endring, samt forankring i kommunen/blant de ansatte. Brukerne må også få god, nøytral, uheldet informasjon om tilbudene. Prisene var gitt, og tilbyderne skulle konkurrere på kvalitet.



### **Norsk vann**

Området for vann er et naturlig monopol, og vann- og avløpsanlegg kan ikke selges til private. Utfordringer: strengere kvalitetskrav, bedre forvaltning av anlegg, styrke sikkerhet og beredskap, et endret klima.

Noe næringsvirksomhet: produksjon av slam som gjødsel, biogass som drivstoff, drift av tjenester i nabokommuner, utvikling av innovative løsninger, vann til cruiseskip, rørlegger-tjenester.

Økonomisk aktivitet skiller normalt ut i egne AS.

Kommunale garantier bidrar til god rente for bransjens meget store investeringsbehov (særlig fornyelsestakten på ledningene).

### **KS Bedrift**

Arbeidsgruppens utredning er svært relevant for kommunalt eide selskaper.

- legger føringer for kommunal organisering
- vurderinger av hva som utgjør økonomisk aktivitet
- relevans for kommunalt eide foretak/selskaper og deres interne organisering av oppgaver

KS Bedrifts medlemmer utfører i all hovedsak viktige lovpålagte oppgaver for kommunens innbyggere. Driver noe næringsvirksomhet (avfall, havn og energi), hvor mye økonomisk aktivitet er lagt til egne selskaper (AS). Det er betydelig økende bevissthet om statsstøtte og ulovlig kryssubsidiering.

KS Bedrift vurderer at mye lovpålagt ligger i selskapene. Selskapsorganisering bidrar til effektivitet i det kommunale tilbudet. Økonomisk aktivitet er ofte kombinert med andre formål (utvikle lokalsamfunn, skape arbeidsplasser, utføre lovpålagte oppgaver).

Norge varierer i geografi, befolkningstetthet og næringsliv. Ikke alltid velfungerende marked – kommunen er gjerne den eneste som kan stå for et tilstrekkelig tilbud, (det lønner seg ikke for private (for eksempel næringsavfall i distriktene).

En eventuell utskillingsplikt bør kun omfatte aktivitet av et visst omfang og varighet, restkapasitet/overskuddskapasitet må kunne brukes, det er bedrifts- og samfunnsøkonomisk fornuftig.

Kommunale selskaper er ofte omfattet av regler som private ikke er omfattet av, for eksempel for-

valtningslov, offentlighetslov, anskaffelsesregler, pensjonsregler og øvrige arbeidsvilkår.

KS Bedrift mener: Bevar kommunal organisasjonsfrihet, administrative tjenester må kunne utføres i egenregi, bevar handlingsrommet innenfor regler om utvidet egenregi, adgang til konsernorganisering.

### **Eurofins**

Eurofins er et privat laboratorieselskap som selger analysetjenester til private og offentlige virksomheter. Selskapet har 200 ansatte i Norge.

Eurofins uttalte at Trondheims Analysesenter var integrert i kommunen, utførte tjenester for kommunen og private med kommunalt ansatte, hadde ingen offentlige regnskaper og hadde tilgang på administrative tjenester gjennom kommunen. ESA vurderte den tidligere ordningen som uakseptabel i lys av støttereglene. Kommunen opprettet derfor Labtjenester AS (et salgsselskap).

Laboratorieaktiviteten utføres fortsatt av Analysesenteret. Labtjenester AS har ifølge Eurofins ingen ansatte/lønnskostnader. Ifølge Eurofins kan rådmannen disponere inntil ti millioner til bruk for omstilling av Analysesenteret. Eurofins stilte blant annet spørsmål ved om Labtjenester AS faktureres den fulle kostnaden Analysesenteret har, og hvem som sjekker om den kommunale delen dekker sine kostnader. Labtjenester AS har kommunal garanti, som etter Eurofins' oppfatning er viktig ved anbud.

Eurofins ønsker en rettferdig modell hvor alle konkurrerer på samme vilkår. Det bør derfor være et selskap som rommer all aktivitet, og det er ikke tilstrekkelig å bare skille ut salg.

### **Prima Omsorg AS**

Prima Omsorg er et privat firma som tilbyr sykepleie, omsorg og assistansetjenester. Selskapet leverer til kommuner, men også noe direkte til private.

Prima Omsorg ser utfordringer i konkurransen med det offentlige om fritt brukervalg ved at forvalter også er utfører, og at bruker alltid tilfaller kommunen dersom ikke bruker foretar et aktivt valg. Selskapet mangler innsikt i hvordan kommunen driver (hva betaler kommuner for husleie, bilpark, utstyr, uniformer, lønnskostnader?).

Selskapet ønsker mer transparens, for eksempel ved at kommunen organiserer drift av hjemmetje-

nester gjennom KF, og fornuftige konkurransebetingelser – først når det er like vilkår vil man se de økonomiske fordelene ved konkurranseutsetting.

#### **Espern Aktivitetspark AS**

Espern Aktivitetspark AS har drevet siden 2003, har 3000 medlemmer, 300 000 besøk årlig, omsetning 16,7 millioner kroner (2015).

Espern opplevde at en eksisterende privat aktør ble presset (ut) av en ny kommunal aktør.

Ankerskogen er et kommunalt foretak som driver svømmehall og friskvørsenter. I 2011 startet en total renovering av Ankerskogen. Nytt anlegg inkluderer et kommunalt treningssenter. Siden 2011 har Espern hatt en sak med Hamar kommune for å få klarhet i om Ankerskogen treningssenter skal drives på like kommersielle vilkår i henhold til støttereglene. Espern mener at Ankerskogen ble subsidiert, noe som ga dem en betydelig konkurransefordel. Det er blitt vurdert og diskutert om finansieringen av rehabiliteringen har skjedd i tråd med statstøttereguleringen, om det føres separate regnskap, om medlemsskapsprisen reflekterer kostnadene, om det er krav til markedsmessig avkastning, om leie av lokaler skjer til markedsmessige vilkår, hvordan kostnadsføres bruk av fellespersonell og allokering av felleskostnader, om det er skatteplikt for Ankerskogen på lik linje med kommersielle virksomheter i markedet.

Espern har opplevd betydelig medlemstap, omsetningstap (ca. 2 millioner/10 prosent av omsetning), gått fra overskudd i 2014 til underskudd i 2015, mulig omdømmetap gjennom fronting av saken i media, tap av instruktører og kompetanse, kostnader knyttet til å føre saken.

I følge Espern har Hamar kommune erkjent feil i håndteringen av saken, herunder krysssubsidiert og samprising. Iverksette tiltak er: system for å skille trening og bading, eget abonnement for treningssenter, økning i priser, økning i husleien og avkastningskrav på drift. Espern mener imidlertid at det gjenstår å få klarhet i andre forhold.

#### **NHO Service**

NHO Service organiserer en rekke bransjer og bedrifter som sysselsetter 74 500 årsverk. NHO ønsker markedsadgang, og da konkurranse på like vilkår.

Erfaringer: Vanskelig for private å nå frem overfor etater og politikere når de opplever ulike konkur-

ransevilkår. Det er for lang vei til Brussel for nær sagt alle private. Indirekte kostnader i form av manglende gründervirksomhet, usynlig subsidiering av aktiviteter, gratis bruk av offentlig merkevare, manglende reelt innsyn i intern «lånevirkosomhet» tas ikke på alvor. Forsvares gjerne med bruk av restkapasitet, men NHO stiller spørsmål om det er reell restkapasitet eller om det dimensjoneres for restkapasitet. Restkapasitet blir gjerne økt i tråd med de utvidede oppgavene som etaten selv opplever som egennyttig, og politikere vil gjerne gjøre noe som er bra for innbyggerne. Det kan også være habilitetsutfordringer ved at det offentlige uansett har en rolle nært tilknyttet tjenesten som selges i markedet i konkurranse med private.

Tiltak må være preventive, øke bevisstgjøringen av hvor de lovpålagte oppgavene slutter, tilby en reell og nasjonal forvaltningsmessig håndhevelse, herunder:

- gi Konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn og gi pålegg til offentlige virksomheter om konkurranseuskadelig adferd
- kreve at offentlig eiet virksomhet skal utføre forretningsaktivitet gjennom en selvstendig økonomisk og juridisk enhet
- sikre transparens/sammenlignbare regnskapsregler, og i flere tilfeller er det vanskelig å beregne pris
- gi pålegg om at konsekvensutredning utføres regelmessig om forretnings-/forvaltningsvirksomhetens virkning på private initiativ og forretningsførsel på samme område

#### **Norsk Industri**

Norsk Industris forslag til tiltak:

- sikre at kommunale monopolselskap og konkurranseutsatt virksomhet ikke kan være organisert innen samme konsern eller foretak, og heller ikke ha eiendeler i hverandre
- avvikle kommunenes praksis med tildeling av enerett til egne selskap/konsern som i tillegg til monopolvirksomheten driver omfattende kommersiell næringsvirksomhet
- styrking av Konkurransetilsynet som selvstendig myndighetsorgan:
  - ansvar for å følge opp konkurranse mellom offentlige og private aktører
  - ansvar for å håndheve statsstøttereglene.
- bringe lov om interkommunale selskaper (IKS-loven) i tråd med EUs statsstøtteregler

Særlig om enerettstildelinger til kommunale selskaper:

Tildeling av enerett til (inter)kommunale avfalls-selskap som tar imot både kommunens eget hus-holdningsavfall og konkurranseutsatt avfall gir betydelige utfordringer og svingninger i avfalls-markedet. Enerett gir helt andre investeringsvil-kår for kommunale bedrifter (som kan garantere for 30-40 prosent av kapasiteten, uansett konkur-ransesituasjon).

## Oppsummering av innspill fra aktører knyttet til statlig virksomhet

### **Kartverket**

Kartverket er et forvaltningsorgan under Kom-munal- og moderniseringsdepartementet, med et budsjett på 1,2 milliarder kroner årlig. Oppga-vene er i stor utstrekning gitt i lov og/eller for å samordne offentlig innsats på nasjonalt nivå. Et fellestrekk ved oppgavene er registrering, innsam-ling og formidling av data. Kartverket leverer data og tjenester til både offentlige og private aktører. Private aktører tilbyr konkurrerende løsninger til noen av oppgavene/tjenestene.

En mindre andel av formidlingen skjer mot beta-ling, som er lov- og forskriftshjemlet. I hovedsak dekker betalingen kun formidlingskostnadene. Kartverket pekte på regjeringens strategi for gra-tis data.

En relativt ny tjeneste fra Kartverket er [www.seeiendom.no](http://www.seeiendom.no), der både private og profesjonelle brukere kan sjekke eiendomsinformasjon på nett. Kartverket er også aktuell til å ta ansvar for et planlagt sentralt ledningseierregister (jf. forslag til endringer i kart- og planforskriften og bredbånds-utbygningsloven).

### **Statistisk sentralbyrå (SSB)**

SSB er faglig uavhengig i henhold til statistikk-loven, og ellers underlagt Finansdepartementet. Statistikkloven gir SSB tilnærmet monopol på å levere noen statistikker, mens andre statistikker/analyser kan leveres av flere aktører, også private.

Rundt 30 prosent av virksomheten er oppdragsfi-nansiert, dels fra departementene og dels gjennom deltakelse i oppdragskonkurranser. Det bidrar ifølge SSB til kritisk masse av ansatte på kjerneom-råder, og til effektiv drift (benytte kortsiktig ledig kapasitet). SSB bruker selvkostprinsippet i prising av oppdrag, men påpeker at det er spenning rundt dette.

### **Statsbygg**

Statsbygg er en forvaltningsbedrift under Kommu-nal- og moderniseringsdepartementet. Statsbygg prosjekterer og er byggherre for statlige formåls-bygg, og gir råd til departementer og statlige virk-somheter som skal bygge eller leie i markedet. Statsbygg utvikler også eiendommer i forbindelse med bruksendring og salg. Statsbygg kjøper 95-98 prosent av sine tjenester i markedet. Statsbygg ga uttrykk for at de ikke driver økonomisk aktivitet etter at konkurransebygg ble skilt ut i Entra AS i år 2000.

Statsbygg finansierer mer enn 90 prosent av sam-let budsjett med inntekter fra statens husleieord-ning, bygningsmessige oppdrag, rådgivning og billettinntekter.

### **IKT Norge**

IKT Norge pekte på utfordringene ved at staten beveger seg utover i verdikjeden og tilbyr tje-nes-ter i konkurranse med private aktører. Det ble hevdet at staten regulerer markedet på en urime-lig måte slik at private aktører diskrimineres. Som eksempel ble det blant annet vist til Kartverkets innsynsløsning «[seeiendom.no](http://seeiendom.no)», som etter inten-sjonene skulle være en gratis publikumsløsning. Næringslivet må betale 2,4 millioner kroner pr. år for tilgang til rådata, men Kartverket har ingen varekostnad og får egen produktutvikling bekos-tet over offentlige budsjetter. Andre eksempler er NDLA, Venteliste for fastlegeordningen, E-helsedi- rektoratet, Altinn og Nasjonal ID.

Som forslag til løsning argumenteres det for at politisk ledelse må fastsette og kommunisere gren-sene mellom statlig og privat virksomhet og følge opp at grensene overholdes.

### **Abelia**

Abelia mener det må foretas en overordnet og prin-sipiell vurdering av hvilke aktiviteter staten skal utøve, og på hvilke områder. Den største utfordrin-gen mot markedet oppstår når statens ulike roller blandes, når staten både opptrer som lovgiver, regulator, innkjøper og konkurrent. Særlig kre-vende er det når staten opptrer som konkurrent i et velfungerende marked. Det ble vist til at staten i en del tilfeller (forsøksvis) tar markedsandeler fra private etablerte aktører. Som eksempel nevnes blant annet satsingen på innføring av Nasjonal e-ID som en ny løsning i tillegg til allerede eksisterende Buypass/Bank-ID. Et annet eksempel er Statens kartverk, som selv utvikler en løsning for digital

tinglysning der en konkurranseutsatt aktør allerede har utviklet en løsning.

Det ble pekt på at Finland tilsynelatende har løst skatteproblemet på en god måte ved at økonomisk aktivitet må skilles ut i egne selskaper. Konkurransetilsynet bør få et utvidet mandat til å overvåke det offentlige aktiviteter i markedet.

#### **Norsk institutt for naturforskning (NINA)**

NINA er et privat forskningsinstitutt som ble fristilt fra staten i 1988. Instituttet har drevet blant annet forskning og overvåking på lakselus og oppdrettsfisk. I 2010 og 2014 opplevde instituttet at oppgaver som det tidligere hadde utført, ble overført til statlige forskningsinstitutter hvor NINA ble en underleverandør. NINA mente det er et problem at de statlige forskningsinstituttene har tilnærmet monopol på kunnskapsleveranser til eget eierdepartement (og dermed har grunnfinansiering fra staten) samtidig som de konkurrerer om oppdrag på de åpne markedene. NINA mente at et mulig tiltak kan være utskilling av flere statlige forskningsinstitusjoner.

NINA viste blant annet til at instituttet hadde tapt et tilbud i konkurranse med en offentlig aktør som ikke hadde godkjente regnskaper de siste tre årene. Det ble vist til at den offentlige aktøren uansett ikke ville gå konkurs.

#### **Hovedorganisasjonen Virke**

Virke påpekte at mange offentlige aktører har flere konkurranseflater mot privat sektor, og viste til flere eksempler på kryssubsidiering. Virke er kjent med flere bransjer som er utsatt for konkurranse på ulike vilkår med offentlige aktører. Det har vært særlig mange henvendelser om dette fra treningssenterbransjen.

Virke mente at det er viktig med en lovgivning som forhindrer offentlige særfordeler og kryssubsidiering, og viste til at utskillingsplikt er en nærliggende løsning. Virke mente at den offentlige aktøren må kunne dokumentere at det ikke er fare for kryssubsidiering. Det er derfor også viktig at eiendeler mv. verdsettes riktig ved utskillelse, det vil si at åpningsbalansen er mest mulig korrekt. Virke viste endelig til at det er behov for et nasjonalt håndhevelsesorgan.

#### **Arbeidsgiverforeningen Spekter/Geomatikk**

Geomatikk er et resultat av dereguleringen av tele- og energimarkedene på 1990-tallet. Geomatikk opererer en landsdekkende tjeneste for gravemel-

ding og kabelpåvisning med tilknyttede tjenester. Netteierne kjøper tjenester som kartlegger og formidler geografisk informasjon for å ivareta nettets sikkerhet. Geomatikk viste til at Samferdsdepartementets forslag gjennom bredbåndsutbyggingsloven om å opprette en sentral informasjonstjeneste (for eksempel gjennom Kartverket) som finansieres gjennom en sektoravgift, ville føre til at det offentlige overtar denne tjenesten. Geomatikk mente dette vil gi økt byråkrati og kostnader uten tilsvarende gevinst siden markedet allerede leverer denne tjenesten. Geomatikk mente at forslaget ville redusere interessen for å utvikle nye innovative løsninger og undergrave norsk eksport.

### Oppsummering av innspill fra aktører på helseområdet

#### **Oslo Universitetssykehus HF (OUS)**

OUS har identifisert følgende konkurranseflater:

- Utleie av arealer: De største leietakere er Universitetet i Oslo og Oslo kommune. Utleieporteføljen inkluderer også avtaler uten krav til vederlag samt makebytteavtaler. Utleien er begrunnet i samlokalisering av tjenester/oppdrag innenfor sykehusenes areal.
- Parkeringsvirksomhet: OUS eier parkeringshus. All parkering er avgiftsbelagt etter markedspriser. Brukere er ansatte, besøkende og pasienter. Parkeringstjenesten er begrunnet i ansatte og pasienters behov.
- Hotellvirksomhet: OUS eier fire hotellbygg. Driften er satt ut til en privat aktør som leier lokalene. Hotellvirksomheten er begrunnet i behovene til pasienter og pårørende.
- Vaskeritjenester: OUS har eget vaskeri som avvikles i 2017. en tredjedel av dagens behov leveres av privat aktør. I løpet av 2017 overtar privat aktør all vask for sykehuset. OUS leverer vaskeritjenester blant annet til Universitetet i Oslo og Oslo kommune i forbindelse med arealleie og andre samarbeidsavtaler mellom offentlige institusjoner.

Laboratorie- og røntgentjenester ble omtalt for å illustrere at private tilbydere kan velge det tjenestetilbudet som gir mest fortjeneste, mens det offentlige må ha et heldekkende tilbud.

OUS leverer i svært liten grad tjenester på det åpne markedet i konkurranse med andre, men oppretter og tilbyr interne tjenester for å kunne ivareta samfunnsoppdraget. Helseforetakene har

ikke som målsetning å opprette og tilby leveranser ut over samfunnsoppdraget.

De tjenestene som leveres til eksterne er i første rekke konsekvenser av overordnede samarbeidsavtaler/felles samfunnsoppdrag med andre offentlige institusjoner.

Det eksisterer svært lite overkapasitet. Dersom overkapasitet skulle forekomme, vurderes reduksjon i kapasitet, konkurranseutsetting og forbedring av prosesser.

Innhenting av tjenester vurderes der dette er økonomisk lønnsomt eller på grunn av kapasitetsmangel i sykehuset. Ordningen med merverdikompensasjon innført i 2017 har medført at kjøp fra private fremstår som 25 prosent billigere enn tidligere.

#### **Sykehusapotekene HF**

Leveranser av legemidler og farmasifaglige tjenester til sykehusene regnes ikke som økonomisk aktivitet ifølge ESA. Sykehusapotekene HF driver etter eget utsagn lite økonomisk aktivitet, men har identifisert følgende konkurranseflater:

- publikumsutsalg
- avtaler om produksjon av spesialiserte legemidler mv. med mange private apotek og apotekkjeder. De private aktørene har hverken kompetanse eller produksjonsanlegg til å håndtere dette, for eksempel steril produksjon. Sykehusapotekene må uansett ha kompetanse for å dekke sykehusenes behov
- besvarer primærhelsetjenestens behov for farmasifaglig kompetanse som de kommersielle aktørene ikke har
- forsyner pasienter med legemidler når de returneres fra spesialisthelsetjenesten og ut til primærhelsetjenesten/hjem. Deretter overtar private apotek

Publikumsavdelingen er i første rekke myntet på sykehusets pasienter, men alle andre kan også i prinsippet benytte det som ordinært apotek. Loven krever utsalg for alle apotek.

I 2015 aksepterte Norge følgende krav fra ESA til publikumsavdelingene: Føring av separate regnskap, korrekt fordeling av kostnader, avkastningskrav og fjerning av skattefritak.

Sykehusapotekene HF fører separate regnskaper og fordeler kostnader korrekt – også markedsleie. Det var relativt uproblematisk å gjennomføre dette. Lønnsomheten er lav i oppstarten, men er

sterkt økende. Skatteloven er endret slik at skattefritak ikke lenger gjelder publikumsavdelingen.

Sykehusapotekene HF deltar ikke i anbudskonkurranser.

#### **Direktoratet for e-helse**

Direktoratet for e-helse fremhevet at helsesektoren består av tusenvis av aktører som i økende grad må samhandle. Helsesektoren benytter i all hovedsak løsninger som er utviklet i det private markedet. Direktoratet investerer for ca. 4 milliarder i året, og det aller meste er kjøp i markedet. Til sammen brukes årlig 8,5 milliarder på IKT, herunder drift som også ofte leveres fra det private marked.

Hovedaktørene har journalløsninger fra 7 norske leverandører. Løsningene kommuniserer ikke med hverandre.

Det ble påpekt at for 10-15 år side var staten ansett for å ha for lav kompetanse på IKT. Som kunde var staten uprofesjonell på mange områder og en dårlig bestiller. Det var også stor oppmerksomhet knyttet til høy konsulentbruk.

Direktoratet mente at staten i dag er på samme nivå som norsk næringsliv når det gjelder IKT. En av grunnene til dette har vært at staten har ansatt dyktige personer og gjennomført en del prosjekter selv, herunder utviklet løsninger. Dette har vært en tydelig strategi. For 6 år siden var Helsedirektoratet uten kompetanse på e-helse. Staten har nå ca. 300 ansatte i en sektor med 300 000 ansatte og har kompetanse og erfaring som er viktig for tiden fremover.

Det ble uttalt at staten har hatt en tydelig strategi for etablering av nasjonale plattformer og har langt på vei lykkes med dette. En av plattformene er anskaffet i markedet – e-resept. En annen er utviklet av Accenture under direktoratets ledelse – kjernejournal. Helsenorge.no er mer i egenregi, men 80-85 prosent av utviklerne er konsulenter.

Videre ble det hevdet at statens kompetanseutvikling de siste 10 årene gir bedre rammevilkår for næringslivet. En profesjonell kunde er utrolig viktig.

Om rammevilkår for private leverandører ble følgende fremhevet:

1. Vi mangler infrastruktur – grunnmur. Journalen er en viktig del, men også helsefaglige kode-

verk, terminologi, standarder etc. Virksomheter som tilbyr såkalt lett IKT, for eksempel velferdsteknologi, kan ikke vise til gode effekter av løsningene uten dette.

2. Vi har ikke gode nok finansieringsmodeller. Vi har utredet disse overordnet og vil foreslå bruk av disse fremover i løpet av våren.
3. Vi har etablert plattformer, men de er ikke tilgjengelige for leverandørene. Vi ønsker å bestille løsninger i markedet. Vi bør også åpne plattformene for leverandører som kan innovere på disse. Dette er krevende og vil ta tid. Vi bør også tilgjengeliggjøre åpne data for innovasjon, for eksempel grunndata.
4. Fremtiden er økosystemer. Vi har planer for velferdsteknologi og helsedata. Anskaffelser i markedet som både store og mindre leverandører kan delta i.
5. Forutsigbar styring og prioritering er viktig. Leverandørene må kjenne til behovene i helse, vite hvordan det offentlige prioriterer og finansierer løsninger. Felles bestillinger fra stat og kommune vil styrke produktutviklingen.

Staten trenger god dialog med leverandørindustrien. I fjor hadde direktoratet rundt 60 møter med leverandører. Det er god respons på strategier, men mange mener det tar for lang tid. En måte å øke tempoet på, er at vi oppnår enighet og samler oss om krav til endringer.

#### **Abelia**

Abelia er bekymret over utviklingen i helse- og velferdsteknologimarkedet. Eksempler:

- Legelisten: Helsedirektoratet jobber med en digital løsning der alle som vil gratis kan sette seg på venteliste hos fastleger de ønsker å bytte til. Dermed vil de trolig utkonkurrere eksisterende private tilbud som legelisten.no der man kan betale en sum og bli varslet om ledige plasser.
- Endring i stønadsforskrift: Helse- og omsorgsdepartementet har foreslått endringer som kan forstås som forbud mot brukerfinansiering av kommunikasjon med fastlege.

Det er en utfordring at helseforetak, helsenett og Helsedirektoratet opptre som lovgiver, bestiller, utvikler og konkurrent til de samme tjenestene som bedrifter har investert i og utviklet for et større marked.

Forslag til løsning:

- Det må kommuniseres tydelig til alle underliggende etater at markedet skal brukes hvor det

er et fungerende marked. Statens viktigste oppgave er å være en tydelig og smart bestiller/anskaffer på funksjon – ikke på detaljer.

- Vil advare mot tendensen vi ser at staten bygger opp stadig flere teknologimiljøer i konkurranse med næringslivet.
- Det må utarbeides klare grenser (hjemlet i lov) for hva markedet skal levere og hva som er staten sin kjerneoppgave.
- Staten må være medspiller, ikke motspiller, til markedet.

#### **Apotek 1**

Apotek 1 anser at sykehusapotekene er store virksomheter, med en stor konkurranseflate mot private apotek. Apotek 1 pekte på at publikumsavdelingene i Sykehusapotekene HF i 2015 omsatte for 1298 millioner kr, som var 45 prosent av totalt varesalg.

Apotek 1 mener at de tiltakene som klagen til ESA resulterte i ikke har blitt fulgt opp.

Problemet med den norske organiseringen av sykehusapotek er at de har en svært fordelaktig beliggenhet og tilgang til farmasøytiske ressurser. Konkurranseseparatene i apoteknæringen er i liten grad pris, ettersom de reseptpliktige legemidlene er prisregulert. I stedet konkurreres det på beliggenhet, service og farmasøytiske ressurser. Private apotek ønsker tilgang til dette. Ingen andre europeiske land har en ordning med publikumsutvalg i sykehusapotek.

# Vedlegg 8:

## Ulike virksomhetsformer i Norge

### **Aksjeselskap**

Aksjeselskap er den vanligste selskapsformen i Norge og reguleres av lov av 13. juni 1997 nr. 44 (aksjeloven). I et aksjeselskap har ingen av eierne (aksjonærene) personlig ansvar for selskapets forpliktelser. Aksjonærene kan som utgangspunkt bare tape den aksjekapital de har skutt inn i selskapet eller det de har betalt for aksjen. Selskapets kreditorer kan bare holde seg til selskapets formue for dekning. Et aksjeselskap skal ha en samlet aksjekapital på minimum kr 30 000. Generalforsamlingen er selskapets øverste myndighet, og det er selskapets aksjonærer som har møte- og stemmerett. Et aksjeselskap skal ha et styre. Styret har ansvar for forvaltningen av selskapet og skal organisere selskapets virksomhet. Som hovedregel er det styret som ansetter eventuell daglig leder. Utdelinger fra aksjeselskap uten vederlag kan enten skje ved utdeling av tidligere innbetalt kapital, eller ved utdeling av utbytte. Aksjeloven inneholder begrensninger i adgangen til å foreta utdelinger fra selskapet.

Organisasjonsformen er i utgangspunktet tiltenkt private aktører og er utviklet for virksomheter med økonomisk formål. Kommuner kan likevel benytte seg av den. Energi, utleie, næringsutvikling, havn, kino og museum er eksempler på virksomhet som kan drives som aksjeselskap. Som hovedregel vil det ikke være adgang til å delegerer offentlig myndighet til et aksjeselskap.

En kommune kan delta i et aksjeselskap sammen med andre kommuner (som en form for interkommunalt samarbeid) eller offentlige rettssubjekt (staten) i tillegg til private. En kommune kan også være enaksjonær. Styret i et aksjeselskap har i utgangspunktet mye større økonomisk handlingsrom enn styret i et interkommunalt selskap (IKS). Deltakerne i aksjeselskap har et begrenset økonomisk ansvar for selskapets forpliktelser. Når kommuner vil etablere et rettsfellesskap med begrenset ansvarsform er aksjeselskap den aktuelle selskapsformen.

### **Statsforetak**

Statsforetak er en særskilt selskapsform for stats-eide virksomheter, regulert i lov om statsforetak av 30. august 1991 nr. 71 (statsforetakloven). Kon-

gen i statsråd treffer vedtak om opprettelse av et statsforetak, og fastsetter hvilket departement som skal representere staten som eier av foretaket. Foretaksmøtet er statsforetakets øverste myndighet hvor statsråden representerer staten som eier. Et statsforetak skal ha et styre, som velges av foretaksmøtet. Statsforetak skal også ha en administrerende direktør. Statens ansvar overfor statsforetakets kreditorer er begrenset til innskudd i selskapet. Utdeling av foretakets midler til staten som ikke skjer ved nedsettelse av innskuddskapitalen eller ved oppløsning, kan bare foretas som utdeling av utbytte.

### **Helseforetak og regionale helseforetak**

Et helseforetak (HF) er en norsk, statlig virksomhet som eies av et regionalt helseforetak (RHF). Helseforetak yter spesialisthelsetjenester, forskning, undervisning og andre tjenester som står i naturlig sammenheng med dette. Regionale helseforetak eies av staten, og har ansvar for å sørge for at befolkningen i regionen blir tilbudt spesialiserte helsetjenester. Det er fire regionale helseforetak. Både de regionale helseforetakene og helseforetakene er egne rettssubjekter som er regulert i særskilt lov, jf. lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven).

### **Samvirkelag**

Samvirkelag reguleres av lov av 29. juni 2007 nr. 81 (samvirkeleva). Med samvirkeforetak (samvirkelag) menes åpen sammenslutning som har til hovedformål å fremme de økonomiske interessene til medlemmene gjennom deres deltakelse i virksomheten. Et samvirkeforetak må til enhver tid ha minst to medlemmer. Ingen av medlemmene har personlig ansvar for samvirkeforetakets forpliktelser. Årsmøtet er foretakets øverste myndighet. Alle medlemmene har rett til å møte i årsmøtet. Det er ingen krav til minstekapital, men stifterne kan likevel fastsette at det skal betales innskuddskapital. Et samvirkeforetak skal ha daglig leder med mindre vedtektene sier noe annet. Samvirkeforetaket skal ha et styre. Avkastning som ikke blir stående i virksomheten skal fordeles mellom medlemmene på bakgrunn av deres omsetning med foretaket.

### ***Ansvarlig selskap***

Ansvarlig selskap er en selskapsform som reguleres av lov av 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven). Et ansvarlig selskap er et selskap hvor eierne (deltakerne) har ubegrenset, personlig ansvar for selskapets samlede forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser (solidaransvar) og som opptrer som sådant overfor tredjemann. Selskapsmøtet er selskapets øverste myndighet. Når ikke annet er avtalt er samtlige deltakere medlemmer av selskapsmøtet. Hvert medlem har én stemme. Det kan avtales at selskapet skal ha et styre som da må overlates den alminnelige forvaltningen av selskapet. Selskapsmøtet kan ansette daglig leder. Overskudd og underskudd skal deles likt mellom deltakerne.

### ***Stiftelser***

Stiftelser er regulert i lov 15. juni 2001 nr. 59 om stiftelser (stiftelsesloven). Stiftelser er selveiende formuesmasser som opprettes ved at en formuesverdi, grunnkapital, stilles til disposisjon for et bestemt formål av ideell, humanitær, sosial, økonomisk eller annen art, gjerne ved gave eller testament. Den behandles som en juridisk person, og kan derfor selv ha så vel rettigheter som plikter. Loven skjelner mellom alminnelige stiftelser og næringsdrivende stiftelser.

### ***Kommandittselskap***

Kommandittselskap reguleres av lov 21. juni 1985 nr. 83 om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven). Et kommandittselskap er en selskapsform der minst én eier (deltaker) hefter med ubegrenset ansvar (komplementaren), og én eller flere deltakere hefter med begrenset ansvar (kommandittisten). Komplementaren er som oftest et aksjeselskap. Med mindre det er avtalt noe annet er selskapsmøtet selskapets øverste myndighet. Samtlige deltakere er normalt medlemmer av selskapsmøtet. Komplementaren forestår forvaltningen av selskapet når ikke annet følger av selskapsloven. Det kan avtales at selskapet skal ha et styre med myndighet til å forvalte selskapet, men likevel slik at den daglige ledelse alltid hører inn under komplementaren. Komplementaren eller styret kan ansette daglig leder. Overskudd og underskudd deles likt mellom deltakerne etter andel i selskapet med mindre det er avtalt noe annet.

### ***Interkommunalt selskap***

Interkommunale selskaper er regulert i lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper

(IKS-loven). Et interkommunalt selskap (IKS) kan bare etableres med kommuner, fylkeskommuner eller andre interkommunale selskaper som deltakere. Den enkelte deltaker hefter ubegrenset for en prosent- eller brøkdel av selskapets forpliktelser. Til sammen skal delene utgjøre selskapets samlede forpliktelser. Den enkelte deltakers ansvar for selskapsforpliktelsene svarer til deltakerens eierandel i selskapet med mindre annet fremgår av selskapsavtalen. En selskapskreditor må først gjøre sitt krav gjeldende mot selskapet. Dersom kreditor ikke oppnår dekning av selskapet kan kreditor kreve den enkelte deltaker direkte for deltakerens andel av forpliktelsen. Selskapet skal ha et representantskap hvor samtlige deltakere er representert med minst én representant. Representantskapet er selskapets øverste myndighet, og det er kommunestyret eller fylkestinget som velger representantskapets medlemmer. Selskapet skal også ha et styre og en daglig leder som ansettes av styret med mindre det er fastsatt i selskapsavtalen at daglig leder ansettes av representantskapet. Selskapet kan bare ta opp lån dersom dette er fastsatt i selskapsavtalen. Selskapets eiendeler kan ikke være gjenstand for utlegg eller arrest. Konkurs eller gjeldsforhandling kan ikke åpnes i selskapet. Utdeling av selskapets midler besluttet av representantskapet etter forslag fra styret eller med styrets samtykke etter at regnskapet for siste regnskapsår er fastsatt.

Samarbeidsformen har eksistert siden 1. januar 2000. Organisasjonsformen er utviklet for virksomhet med forretnings-/næringspreg og er ikke tiltenkt offentlig myndighetsutøvelse. Bakgrunnen for lov om interkommunale selskaper er at selskapsledelsen skal ha en forholdsvis stor grad av økonomisk og forretningsmessig selvstendighet i forhold til deltakerne, herunder at selskapet skal ha sin egen formue som ledelsen kan disponere over. Samtidig skal loven tilby en organisasjonsform hvor det er muligheter for større politisk styring og kontroll enn det man har adgang til etter aksjeselskapsformen.

Med unntak av § 27-samarbeid i eget rettssubjekt, er IKS-samarbeid er den eneste formen for interkommunalt samarbeid i eget rettssubjekt hvor deltakerne har ubegrenset ansvaret. I november 2014 sendte Kommunal- og moderniseringsdepartementet et forslag om endringer i IKS-loven på høring. De sentrale forslagene var at ansvarsreglene erstattes av nye regler om begrenset deltakeransvar, og at det åpnes for at interkommunale selskaper kan tas under ordinær konkursbehand-



ling. Et annet alternativ for etterleve reglene om offentlig støtte som ble omtalt, var å innføre en aktivitetsbegrensning slik at IKS-ene ikke kan drive med EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Departementet varslet i Prop. 123 S (2015–2016) at en lovendring som avskjærer IKS-ene fra å utføre økonomisk aktivitet har flere fordeler, men at det videre arbeidet må gjøres i sammenheng med annet pågående arbeid om forståelsen av begrepet økonomisk aktivitet.

#### ***Kommunalt foretak***

Kommunale foretak reguleres av lov 25. september 1992 nr. 107 (kommuneloven) kapittel 11. Kommunale foretak er ikke egne rettssubjekter, men er betegnelsen på kommunale tjenesteytende organisasjoner som har en fristilt status i forhold til administrasjonssjefen. Foretakene er del av kommunen, og kommunen er ubegrenset ansvarlige for foretakets forpliktelser. Opprettelse av kommunale eller fylkeskommunale foretak treffes av henholdsvis kommunestyret og fylkestinget, som også velger styre og fastsetter vedtekter for foretaket. Foretaket ledes av styret og en daglig leder som ansettes av styret. Reglene om kommunale foretak skal ifølge forarbeidene ta sikte på å være et tilbud for kommunal organisering av mer forretningspreget virksomhet, men hvor det likevel er ønske om å knytte virksomheten tettere opp til de sentrale kommunale organene enn det som er vanlig praksis for selskaper. Organisasjonsformen er ikke tilpasset virksomhet der innslaget av offentlig myndighetsutøvelse er fremtredende.

#### ***Interkommunalt styre/samarbeid, jf. kommuneloven § 27***

Med hjemmel i kommuneloven § 27 kan kommunene opprette et styre til å løse felles oppgaver (§ 27-samarbeid). Et § 27-samarbeid innebærer etablering av et selvstendig interkommunalt beslutningsnivå, hvor styret får delegert beslutningsmyndighet på et avgrenset område. § 27-samarbeid kan være en del av kommunens rettssubjekt, men det er antatt at disse som oftest er selvstendige rettssubjekter. Oppgavetyperne etter

§ 27 er avgrenset til drift og organisering. Verken private eller staten kan delta i dette samarbeidet, men det er adgang til å samarbeide mellom kommune- og fylkesnivå. Det er ikke konkret regulert i kommuneloven hvilken ansvarsform som gjelder for § 27-samarbeid dersom samarbeidet er et eget rettssubjekt. De alminnelige ansvarsreglene som gjelder for kommunen antas da å gjelde, det vil si at det gjelder et ubegrenset deltakersansvar tilsvarende deltakernes/kommunenes eventuelle andel av samarbeidet.

#### ***Vertskommunesamarbeid, jf. kommuneloven kapittel 5 A***

Vertskommunesamarbeid innebærer at en kommune (samarbeidskommunen) delegerer bestemte oppgaver og beslutningsmyndighet til en annen kommune (vertskommunen). Verken private eller staten kan delta i vertskommunesamarbeid. Det er heller ikke adgang til samarbeid mellom kommune- og fylkesnivå. Samarbeidene foregår som administrativt vertskommunesamarbeid etter kommuneloven § 28-1 b, eller som et vertskommunesamarbeid med felles folkevalgt nemnd etter kommuneloven § 28-1 c.

Et hovedmål med vertskommunesamarbeidet, er å etablere forsvarlige rammer for at kommuner skal kunne delegerer beslutningsmyndighet til andre kommuner, også på områder som innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Dette legger til rette for å etablere og styrke fagmiljøene i tillegg til at en samling av oppgaveløsning også vil kunne gi rasjonaliseringsgevinst. Modellen er ikke tiltenkt eller egnet for oppgaver av mer forretningsmessig art, men loven avgrenser ikke mot denne muligheten.

Selv om en kommune overlater til en vertskommune å utføre en oppgave, har samarbeidskommunen fortsatt det formelle ansvaret for at oppgaven utføres forsvarlig og i overensstemmelse med lover og regler. Lovverket sikrer at kommunen oppgavene gjelder, har instruksjons- og omgjøringsmyndighet på de aktuelle områdene.

# Vedlegg 9:

## Like konkurransevilkår for private og offentlige aktører – mandat for arbeidsgruppe

### 1 Bakgrunn

#### 1.1 Behovet for tiltak

På et økende antall områder konkurrerer offentlige og private aktører i samme marked. Konkurransen bidrar til økt verdiskaping, sysselsetting og innovasjon i samfunnet. Konkurransvilkår som favoriserer offentlige aktører kan imidlertid føre til motsatt resultat, f.eks. ved at mer effektive bedrifter presses ut av markedet av offentlige virksomheter.

#### *Problemstillinger i lys av EØS-avtalens reglene om offentlig støtte*

EØS-reglene om offentlig støtte regulerer i dag forhold av stor betydning for konkurransen mellom offentlige og private aktører. EFTAs overvåkingsorgan, ESA, har behandlet en rekke klagesaker om støtterettslige problemstillinger knyttet til kryss-subsidiering, skattefritak og manglende etterlevelse av markedsinvestorprinsippet de siste årene. På bakgrunn av enkeltsakene har ESA på generelt grunnlag reist spørsmål om skattelovens generelle skattefritak for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak, og ubegrensede garantier for de ovennevnte subjektene, er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte når disse utøver økonomisk aktivitet. ESA har også anmodet norske myndigheter om å innføre tiltak som hindrer at det offentlige kryss-subsidierer sin økonomiske aktivitet.

Skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 gjelder i utgangspunktet all aktivitet som staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak utøver innenfor sitt rettssubjekt. Det omfatter alle inntekter, herunder inntekter fra kommersiell virksomhet, utbytte, gevinster og renteinntekter. ESA har foreløpig konkludert med at det generelle skattefritaket i skatteloven § 2-30 for ovennevnte subjekter er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte når disse aktørene utøver økonomisk aktivitet.

ESA har også foreløpig konkludert med at ubegrensede garantier til fordel for de ovennevnte aktørene ikke er forenlige med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. ESA mener at offentlige aktører mottar ulovlige økonomiske fordeler i form av ubegrensede offentlige garantier, blant annet som følge av konkursforbudet i kommuneloven. ESA har anmodet norske myndigheter om å se dette i sammenheng med skattespørsmålet.

#### *Produktivitetskommissjonen*

Produktivitetskommissjonen peker i sin første rapport, *NOU 2015:1 Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*, på at konkurransen mellom offentlige og private tjenestetilbydere bør skje på like vilkår i den forstand at rammebetingelsene for offentlige og private virksomheter er konkurransenøytrale. En forutsetning for å kunne oppnå konkurranse på like vilkår er at det må være synlig hvordan aktørene direkte eller indirekte mottar offentlig støtte.

Produktivitetskommissjonen mener at virkemidlene i konkurranseloven ikke er tilstrekkelige for å sikre konkurranse på like vilkår mellom offentlige og private tjenestetilbydere. Norge har svake virkemidler for å løse konkurranseutfordringer som oppstår når offentlige virksomheter utfører oppgaver i et marked. Konkurransemyndighetene i våre naboland har de senere årene fått nye redskap som tar sikte på å løse konkurranseutfordringer som oppstår når det offentlige utfører oppgaver i et marked. Produktivitetskommissjonen mener at det er viktig at Norge får et sterkere håndhevingsregime på dette området.

#### 1.2 Hensynet til det offentlige samfunnsoppdraget

Offentlig sektor tilbyr en rekke ulike tjenester som er organisert på ulikt vis. Det er viktig at gjennomføringen av reglene om offentlig støtte i norsk rett tar tilstrekkelig høyde for at staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak fortsatt skal kunne oppfylle det offentlige samfunnsoppdraget de er tillagt.

Offentlig sektor i Norge utfører i ikke ubetydelig grad økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand.

Når det gjelder statens rolle, er det ingen enhetlig regulering av statlige virksomheter som utøver økonomisk aktivitet.

Norske fylkeskommuner og kommuner er selvstendige og uavhengige rettssubjekter, og utgjør et eget politisk beslutningsnivå. Kommunene har en omfattende oppgaveportefølje med ansvaret for sentrale lovpålagte velferdstjenester. Kommunenes kompetanse er negativt avgrenset, slik at de kan tilby alle tjenester som ikke er forbudt ved lov. Kommuner har organiseringsfrihet og bestemmer i utgangspunktet selv hvordan de vil organisere sin virksomhet.

De statlig heleide regionale helseforetakene har ifølge spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a første ledd ansvar for å sørge for at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste. Ansvaret kan oppfylles gjennom egne helseforetak eller ved å kjøpe tjenester fra private tjenesteytere.

### 1.3 Regulering i andre nordiske land

I Sverige er kommuner som subjekt unntatt inntektsbeskatning. Etter kommunaloven kan imidlertid kommuner kun drive næringsvirksomhet dersom virksomheten ikke genererer profitt og den går ut på å gi allmenntilgjengelige fasiliteter eller tjenester til innbyggerne i kommunen. I Sverige er det innført bestemmelser i konkurranseregelverket som kan begrense det offentlige mulighet til å drive salgsvirksomhet, inkludert utleie. Reglene trådte i kraft 1. januar 2010, og gjelder kommuner, landsting, staten, og juridiske personer hvor det offentlige har en dominerende innflytelse. Det følger av reglene at den som mener at en offentlig aktør begrenser konkurransen, kan ta kontakt med Konkurrentverket, som kan ta saken til Stockholms tingsrett for å få vedtatt et forbud.

I 2013 vedtok man i Finland en såkalt *"bolagiseringskyldighet"* (utskyllingsplikt) for kommunal virksomhet i markedet. Den aktuelle lovbestemmelsen angir at når kommunene *"sköter uppgifter [ ] i ett konkurrensläge på marknaden"*, må denne aktiviteten skilles ut i et aksjeselskap, samvirkeforetak, forening eller stiftelse. Bestemmelsen angir ikke nærmere hva som anses som *"oppgifter i ett konkurrensläge"*, men det er foretatt flere presiseringer knyttet til hvilken type aktiviteter som ikke er å anse som slik virksomhet. Videre er det

også gjort flere unntak fra utskyllingsplikten. Dette gjelder kommunal virksomhet som i utgangspunktet utøves i markedet, men som likevel unntas fra utskyllingsplikten på grunn av virksomhetens natur. Etter den finske konkurranseloven kan Konkurrans- og forbrukermyndigheten på visse vilkår gripe inn mot en kommune, en sammenslutning av kommuner, staten eller en enhet som kontrolleres av en av de nevnte aktører. Forutsetningen er at de driver kommersiell virksomhet som har forretningspraksis eller en organisatorisk struktur som er egnet til å hindre eller vri konkurransen.

Etter endringer i den danske konkurranseloven i 2000, ble det innført en bestemmelse i lovens § 11 a som skal medvirke til at offentlig næringsvirksomhet utøves på samme vilkår som privat næringsvirksomhet. Regelen tar sikte på at offentlig næringsvirksomhet ikke mottar ulovlig, konkurransevridende støtte. Bestemmelsen omfatter for eksempel kryss-subsidiering, indirekte fordeler i form av leiepriser under markedspris, avgiftslettelser, garantier og lån på særlig gunstige vilkår.

## 2 Utredningen

### 2.1 Formålet

Formålet med utredningen er å gi norske myndigheter et godt grunnlag for å iverksette tiltak som skal sørge for at reguleringen av økonomisk aktivitet utøvd av staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er i tråd med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og at offentlige og private aktører har like konkurransevilkår. Samtidig er det viktig å sikre at det offentlige er i stand til å løse sine oppgaver på en god og effektiv måte.

### 2.2 Utredning

Arbeidsgruppen skal:

- Identifisere hvilke konkurransemessige fordeler og ulemper offentlige aktører har i forhold til private aktører, og drøfte de konkurransemessige virkningene av disse. Herunder skal arbeidsgruppen vurdere virkninger av det generelle skattefritaket (både for virksomhets-, formues- og kapitalinntekter), kryss-subsidiering, implisitte garantier og manglende etterlevelse av markedsinvestorprinsippet.
- Vurdere hvilke aktiviteter som er omfattet av dagens skattefritak og implisitte garantier, og som utgjør økonomisk aktivitet og derfor er underlagt EØS-avtalens regler om offentlig

støtte. Herunder skal arbeidsgruppen vurdere aktiviteter produsert i egenregi eller i samarbeid med andre offentlige aktører, tjenester der myndighetene er eneste kjøper, tjenester som tidligere har vært konkurranseutsatt, og tjenester som er basert på solidaritet og finansiert av offentlig midler. Arbeidsgruppen skal særlig vurdere i hvilken grad kommunale helse- og omsorgstjenester berøres.

- Vurdere i hvilken utstrekning samhandelskriteriet og konkurransebegrensnings-kriteriet vil påvirke vurderingen av hvilke aktiviteter som omfattes av EØS-avtalens regler om offentlig støtte.
- Med utgangspunkt i de foreløpige vurderingene fra ESA, foreta en EØS-rettslig vurdering av om dagens norske regelverk er i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte.
- Vurdere om EØS-avtalens regler om eiendomsretten og bestemmelser om foretak som er tillagt å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, setter grenser for hvor langt ESA kan gå i å pålegge tiltak som innebærer en bestemt organisering av offentlig virksomhet.
- Kartlegge regelverket og erfaringene med de ulike tiltakene som er gjennomført i Sverige, Danmark og Finland, og innhente informasjon om hvordan de samme problemstillingene er løst i andre utvalgte EU-land, samt innhente informasjon fra OECD.

### 2.3 Forslag til tiltak

Arbeidsgruppen skal på grunnlag av sine utredninger, anbefale løsninger og virkemidler, og fremme forslag til eventuelle lovbestemmelser eller andre tiltak, som gjennomfører gruppens forslag.

Arbeidsgruppen skal synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Arbeidsgruppen skal vurdere hvilke tiltak som er nødvendige etter EØS-avtalen, og hvilke som ikke er påkrevet, men som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn.

Arbeidsgruppen skal foreslå tiltak under to forutsetninger:

- a. Krav om at den offentlige virksomheten som er økonomisk aktivitet skilles ut.
- b. Ingen utskillingsplikt.

Arbeidsgruppen skal vurdere hvorvidt en eventuell utskillingsplikt skal begrenses, for eksempel til visse sektorer, til nærmere avgrenset aktivitet eller til aktivitet som overstiger et visst omsetningsnivå.

Uten utskillingsplikt må arbeidsgruppen vurdere og foreslå hvordan en skatteplikt bør utformes, hvordan offentlige regnskapsregler og rapporteringsrutiner må tilpasses en skatteplikt, hvilke tiltak som må innføres for å hindre skattemessige tilpasninger og hvordan eventuelle fordeler av implisitte offentlige garantier kan utlignes.

Arbeidsgruppen skal utrede forslag til tilsyns- og håndhevingsregime for de ulike løsningene.

### 2.4 Virkninger av tiltakene

Arbeidsgruppen skal gjennomføre en samfunnsøkonomisk analyse for å klarlegge gevinster og kostnader forbundet med tiltakene, herunder konsekvensene for det offentliges tjenestetilbud til befolkningen, det offentliges mulighet til å organisere og styre sin egen virksomhet og hvordan arbeidstakere kan bli berørt av de foreslåtte tiltakene.

## 3 Sammensetning

### 3.1 Forslag til medlemmer

- Erling Hjelmeng (professor, UiO) – leder
- Nils-Henrik von der Fehr (professor, UiO)
- Trond Bjørnenak (professor, NHH)
- Elin Halvorsen (forsker, SSB)
- Miriam Schei (kommuneadvokat, Sandefjord)
- Malgorzata Cyndecka (førstemanuensis, UiB)

I tillegg gis KS, LO, NHO og Spekter mulighet til hver å oppnevne en representant til arbeidsgruppen.

### 3.2 Sekretariat

Arbeidsgruppens sekretariat legges til Konkurransopolitisk avdeling i Nærings- og fiskeridepartementet. Sekretariatet består av medlemmer fra FIN, HOD, KMD, NFD og Konkurransetilsynet.

Leder av sekretariatet: Kjell Sunnevåg (internasjonal direktør i Konkurransetilsynet).

## 4 Tidsramme

Arbeidsgruppen skal levere sin rapport til Nærings- og fiskeridepartementet 1. januar 2018.

Utvalgsleder skal sette opp milepæler hvor arbeidsgruppen møter med de ansvarlige departementene slik at disse får informasjon om status og de vurderinger arbeidsgruppen har gjort så langt.

## 5 Økonomiske og administrative konsekvenser

Arbeidsgruppen skal utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av sine forslag.

Utgitt av:  
Nærings- og fiskeridepartementet

Offentlige institusjoner kan bestille flere eksemplarer fra:  
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon  
Internett: [www.publikasjoner.dep.no](http://www.publikasjoner.dep.no)  
E-post: [publikasjonsbestilling@dss.dep.no](mailto:publikasjonsbestilling@dss.dep.no)  
Telefon: 222 40 000

Publikasjonskode: W-0022 B  
Trykk: Departementenes sikkerhets- og  
serviceorganisasjon 01/2018 – opplag 200

