



DET KONGELIGE
SAMFERDSELSDEPARTEMENT

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8014 Dep.
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

Dato

18/237-6

25. mai 2018

Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører - høringsvar fra Samferdselsdepartementet

1. Innledning

Samferdselsdepartementet viser til brev av 30. april 2018 fra Nærings- og fiskeridepartementet vedrørende høring av rapport fra arbeidsgruppen som har vurdert like konkurransevilkår for offentlige og private aktører. Det vises også til e-post av 13.04 og 07.05 hvor Samferdselsdepartementet har fått utsatt høringsfrist.

Ifølge mandatet skal arbeidsgruppen synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å oppfylle EØS-avtalen. Dette har arbeidsgruppen funnet vanskelig, og det er delte meninger i gruppen om hva som utgjør minimumsløsninger for å oppfylle statsstøtteregelverket. Dette gjør arbeidet med å gi høringsuttalelser mer utfordrende. Vi har fått forståelsen av at Nærings- og fiskeridepartementet i det videre arbeidet skal søke å i større grad klargjøre det EØS-rettslige handlingsrommet. Samferdselsdepartementet vil imidlertid ut fra den informasjonen som fremkommer i rapporten fremme noen kommentarer til arbeidsgruppens konklusjoner samt gi en omtale av relevant aktivitet under departementets sektoransvar.

2. Kort om arbeidsgruppens konklusjoner

Arbeidsgruppens flertall anbefaler ikke en generell utskillingsplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Flertallet anser at en løsning basert på plikt til regnskapsmessig skille og skatteplikt vil være tilstrekkelig til å avhjelpe støtteproblematikk.

Når det gjelder konkursimmunitet mener arbeidsgruppen at dette uansett ikke representerer et problem dersom markedsaktørprinsippet etterlevs. Flertallet ønsker at det etableres et

Postadresse
Postboks 8010 Dep
0030 Oslo
postmottak@sd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.sd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
972 417 904

Avdeling
Kyst- og
miljøavdelingen

Saksbehandler
Anne Katrine
Flornes
22 24 64 29

kontrollregime for å sikre etterlevelse av markedsaktørprinsippet og at Konkurransetilsynet får kompetanse til å avgjøre om virksomheten representerer en EØS-rettslig økonomisk aktivitet, om det foreligger brudd på forpliktelsen til separate regnskaper og etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

Flertallet foreslår videre som et ytterligere tiltak for å oppnå like konkurransevilkår, at det innføres et generelt prinsipp om at når det offentlige driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre skal dette gjøres på markedsmessige vilkår, dvs. at det stilles krav om markedsmessig avkastning i virksomheten.

Flertallet foreslår også at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å gi konkrete pålegg om utskilling, omorganisering eller andre tiltak, og at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge en støttemottaker å tilbakeføre ev. ulovlig mottatt støtte til statskassen.

3. Relevant økonomisk aktivitet

Nedenfor følger en kort omtale av relevant økonomisk aktivitet under Samferdselsdepartementets sektoransvar.

3.1 Nytt parkeringsregelverk

Nytt parkeringsregelverk trådte i kraft 1. januar 2017, se forskrift 18. mars 2016 nr. 260 om vilkårsparkering for allmennheten og håndheving av private parkeringsreguleringer (parkeringsforskriften). Regelverket erstatter det tidligere avtalebaserte regimet for private parkeringsvirksomheter og det tidligere offentligrettslige regimet for kommunale virksomheter. Regelverket er, med visse unntak, likt for private og kommunale virksomheter. Likere konkurranseforhold mellom parkeringstilbydere er også et av formålene med nytt regelverk, se parkeringsforskriften § 1 bokstav d).

Det viktigste skille mellom private og kommunale parkeringsvirksomheter går frem av parkeringsforskriften § 7, der det presiseres at kommunen har et "[...] særlig ansvar for å ivareta trafikale hensyn ved regulering av vilkårsparkering på offentlig ferdselsåre¹". Kommunens særlige ansvar har tradisjonelt vært begrunnet med hensynet til trafikksikkerhet og fremkommelighet, inkludert offentlig trafikkstyringshensyn som håndheving av de offentlige parkerings- og stanseforbud. De senere år synes også miljøhensynet å ha blitt mer fremtredende. Innenfor dette området kan kommunen enten håndheve selv, samarbeide med eller overlate håndhevingen til andre kommuner eller heleide kommunale selskaper. Kommunene kan derimot ikke overlate håndhevingen av vilkårsparkeringen til private parkeringsvirksomheter. Påbudet om kommunal håndheving av vilkårsparkering på "*offentlig ferdselsåre*" kan karakteriseres som en enerett, begrunnet i de ovenfor nevnte hensyn.

Utenfor området "*offentlig ferdselsåre*" kan kommunene drive vilkårsparkering både på kommunal og privat grunn (oppdragsvirksomhet). Parkeringsforskriften stiller her ikke særlige krav til organisering eller noe forbud mot privat håndheving. Kommunal

¹ Offentlig ferdselsåre er definert i forskriften § 2 d) som: "*Ferdselsdelen av offentlig veg, beregnet på trafikk med motorvogn, med integrerte arealer som kantsteinsparkering og lignende.*".

vilkårsparkering utenfor området "*offentlig ferdselsåre*" er verken tjenester som er lovpålagt eller tillagt kommunen særskilt. Kommunal parkering på dette området utøves normalt mot vederlag og i full konkurranse med private parkeringsvirksomheter. Slik kommunal aktivitet er således klart å regne som økonomisk aktivitet.

3.2 Særlig om offentlige havner

Havne- og farvannsloven trådte i kraft 1. januar 2010 og er en særlov om havnevirksomhet, farvannsforvaltning og sikkerhet og fremkommelighet i alle sjøområder ut til territorialgrensen.

Havnene, både offentlige og private, er viktige for transportsystemet. I Nasjonal transportplan 2018-2029 understrekes det at *«[s]jøtransporten utfører om lag 80 pst. av transportarbeidet på norsk område. Et fortsatt godt transporttilbud med tilstrekkelig kapasitet, effektiv terminalhåndtering og pålitelighet, vil være avgjørende for godstransporten både på sjø og jernbane fremover»*. I forarbeidene til havne- og farvannsloven fremholdes det at *«[d]e kommunale havnene utgjør viktig infrastruktur som dekker lokale, regionale og nasjonale transportbehov»*.²

Offentlig eierskap er dominerende i norske havner, og de offentlige trafikkhavnene er eid av kommunene. Kommunene har plikt til å legge til rette for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområde. Denne offentlige oppgaven kan kommunene velge å finansiere med anløpsavgift etter et selvkostprinsipp, jf. havne- og farvannsloven § 25 og tilhørende forskrift.

I tillegg driver kystkommunene normalt også med havnevirksomhet som en økonomisk aktivitet. Den økonomiske virksomheten kan være av forskjellig karakter, for eksempel utleie av kaiplass, tjenester overfor fartøyer og passasjerer og utleie av eiendom og parkeringsplasser.

Havne- og farvannsloven begrenser ikke kommunens muligheter til selv å velge hvordan virksomheten skal organiseres. I mange kommuner er havnevirksomheten organisatorisk skilt ut i kommunale foretak eller interkommunale samarbeid, men det er også vanlig, særlig i små kommuner, at virksomheten foregår innenfor teknisk etat.

Havnevirksomheten i de utskilte enhetene er imidlertid normalt ikke en helt rendyrket økonomisk virksomhet. De fleste kommunene velger å plassere de offentlige oppgavene de er pålagt etter havne- og farvannsloven i enheten. Videre skal det nevnes at de kommunale havnene også kan utføre *andre* offentlige oppgaver, som for eksempel kommunal planlegging etter plan- og bygningsloven.

I NOU 2018:4 *Sjøveien videre* har et lovutvalg lagt frem forslag til ny havne- og farvannslov. Utredningen er for tiden på høring. Utvalget foreslår en plikt til å skille organisatorisk mellom kommunens myndighetsutøvelse etter havne- og farvannsloven og kommunens havnevirksomhet. Det foreslås ikke at myndighetsutøvelsen og drift av havnevirksomheten skilles slik at drift legges i et eget rettssubjekt, men det må sikres en organisering som gir et reelt skille mellom styring og forvaltning av myndigheten og styring og forvaltning av driften.

² Ot.prp. nr. 75 (2007-2008) Om lov om havner og farvann side 118

Dersom forslagene blir vedtatt, vil imidlertid mange kommunale havner antakelig bli mer rendyrket som økonomiske virksomheter.

3. Merknader til arbeidsgruppens konklusjoner

3.1 Utskillingsplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet

Arbeidsgruppens flertall anbefaler ikke en generell utskillingsplikt for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet, men mener at det skal være opp til kommunene selv å avgjøre om utskilling er hensiktsmessig i hvert enkelt tilfelle.

Samferdselsdepartementet støtter flertallets syn om at etterlevelse av statsstøtteregulverket ikke krever at kommunene pålegges en plikt til å skille ut EØS-rettslig økonomisk aktivitet i egne rettssubjekter. En utskillingsplikt vil gripe inn i kommunenes frihet til å bestemme hvilken organisasjonsform som er mest hensiktsmessig, og er i seg selv ingen garanti for at statsstøtteregulverket overholdes. Videre vil en utskillingsplikt kunne innebære store administrative og økonomiske kostnader, og spesielt for små virksomheter kan en slik plikt få negative konsekvenser. I mange tilfeller vil imidlertid en utskilling av EØS-rettslig økonomisk aktivitet være hensiktsmessig og gjøre det enklere å operere i samsvar med regelverket. Kommunene vil imidlertid være nærmest til å foreta den konkrete vurderingen for organisering av egen virksomhet.

Samferdselsdepartementet støtter på denne bakgrunn flertallet i at det ikke bør være en generell utskillingsplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Departementet vil knytte noen særskilte kommentarer til rapportens omtale av parkeringsregelverket. Vi deler arbeidsgruppens vurdering som fremkommer på s. 101 andre spalte andre avsnitt i rapporten: "[...] en kommune, kan samtidig være både foretak og offentlig myndighet. I slike tilfeller vil støttereglene gjelde for den del av virksomheten som anses som et foretak. For eksempel vil støttereglene sannsynligvis gjelde for den delen av en kommunes virksomhet som gjelder drift av parkeringsplasser, mens støttereglene ikke vil gjelde når kommunen gir regler om parkering i kommunen, eller håndhever parkeringsbestemmelsene." Vi vil imidlertid presisere at støttereglene sannsynligvis gjelder for den delen av en kommunes virksomhet som gjelder drift av parkeringsplasser, inkludert ileggelse av kontroll sanksjon, mens støttereglene ikke vil gjelde når kommunen gir regler om parkering i kommunen, eller håndhever parkeringsbestemmelsene gjennom ileggelse av parkeringsgebyr." Vi viser her til at både private og kommunale parkeringsvirksomheter i medhold av parkeringsforskriften kan ilegge kontroll sanksjon for overtredelse av vilkårene for parkeringsplassen, mens det kun er politiet og kommuner (med tildelt gebyrkompetanse) som kan ilegge parkeringsgebyr, se forskrift 18. mars 2016 nr. 261 om offentlig parkeringsgebyr. Parkeringsgebyret er et offentlig overtredelsesgebyr, og dermed ikke en økonomisk aktivitet i denne sammenheng. I høringsnotat II (2014) til nytt parkeringsregelverk ble det kort orientert om muligheter og krav til kommunal organisering av parkeringsvirksomhet, inkludert foreslått større grad av fleksibilitet for kommunal organisering av parkeringsvirksomheten "... forutsatt etterlevelse av annen lovgiving, blant annet konkurranselovgivningen.". Nærmere bestemmelser enn de som følger av parkeringsforskriften § 7, ble imidlertid ikke innført.

3.2 Regnskapsmessig skille

Arbeidsgruppens flertall har konkludert med at innføring av et krav om regnskapsmessig skille vil være nødvendig for å etterleve støttereglene med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå kryss-subsidiering. Det fremgår også at EU-domstolen i nyere praksis har definert separate regnskaper som et krav for at en og samme enhet skal kunne drive både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Flertallet i arbeidsgruppen mener derfor at det bør innføres en generell plikt til å føre separate regnskaper for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Flertallet mener likevel at det bør vurderes om plikten til å etablere et regnskapsmessig skille skal avgrenses, for eksempel avhengig av omsetning.

Samferdselsdepartementet støtter arbeidsgruppens syn om at det bør innføres et krav om regnskapsmessig skille mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet for å unngå kryss-subsidiering, og dermed ulovlig statsstøtte, mellom skjermet og konkurranseutsatt virksomhet. For at det regnskapsmessige skillet skal kunne hindre kryss-subsidiering, er det blant annet viktig å fastsette et riktig kapitalgrunnlag for den økonomiske aktiviteten og fordele kostnader på korrekt måte mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Samferdselsdepartementet mener at ved innføring av plikt til regnskapsmessig skille og utforming av nærmere regler for dette, bør følgende hensyn ivaretas:

- Reglene for kostnadsallokering bør tillate at offentlig virksomhet får anledning til å utnytte stordrifts- og samdriftsfordeler og ledig kapasitet slik at samfunnets ressurser utnyttes på en effektiv måte.
- Regelverk for regnskapsmessig skille samt retningslinjer bør være praktikable.
- Det bør vurderes å innføre en nedre terskel for når reglene slår inn. Kommuner driver i dag mange små virksomheter med blandet aktivitet, og ofte er noe EØS-rettslig økonomisk virksomhet integrert i kommunene. Dette nødvendiggjør en vurdering av hensiktsmessigheten av reglene for disse aktivitetene.

For kommunal parkeringsvirksomhet støtter vi at det tydeliggjøres et regnskapsmessig skille mellom kommunal vilkårsparkering innenfor og utenfor "*offentlig ferdselsåre*". Dette for bedre å tydeliggjøre forbudet mot kryss-subsidiering fra den delen av kommunal virksomhet som foregår innenfor "*offentlig ferdselsåre*" og til den delen som foregår utenfor dette området (og i full konkurranse med private parkeringsvirksomheter).

For kommunale havner følger visse krav om regnskapsmessig skille i dagens havne- og farvannslov. Kommunene har adgang til å finansiere offentlige oppgaver etter havne- og farvannsloven med anløpsavgift. Anløpsavgiften skal kun benyttes til å finansiere kommunens kostnader ved utøvelse av offentlig myndighet med hjemmel i havne- og farvannsloven og tilhørende forskrifter, samt kostnader til å legge til rette for sikkerhet og fremkommelighet i kommunens sjøområde, og skal ikke gå til for eksempel drift og investering knyttet til de kommunale havneanleggene. Kommuner som krever inn anløpsavgift, må føre separat regnskap som viser at midlene går til lovlige formål. Kystverket fører tilsyn med at regelverket vedrørende anløpsavgift overholdes. Kommuner som har såkalt havnekapital, skal holde havnekapitalen regnskapsmessig atskilt fra kommunens øvrige midler, jf. havne- og farvannsloven § 47 andre ledd. Havnekapitalen skal som hovedregel kun benyttes til havnevirksomhet, jf. havne- og farvannsloven § 48. Havneforordningen som antas å tre i kraft

i mars 2019 setter også krav til finansiell transparens i havner og at havnetjenestevederlag og havneinfrastrukturvederlag er identifiserbare.

3.3 Skatteplikt

Arbeidsgruppens flertall mener at skattefritak der det drives økonomisk aktivitet normalt vil innebære offentlig støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 6, og anbefaler at det innføres en skatteplikt med ev. nedre grense for eksempel basert på omsetning, for hvilke offentlige aktiviteter som skal anses skattepliktige. Et mindretall anser at selektivitetsvilkåret i flere tilfeller ikke vil være oppfylt, særlig fordi det offentlige og private ikke befinner seg i tilsvarende rettslige og faktiske situasjon.

Etter Samferdselsdepartementets vurdering bør grensen for hva som minimum kreves i henhold til EØS-avtalen knyttet til skattefritak klarlegges nærmere. Videre er det svært viktig at en ev. skatteplikt utformes slik at den blir praktikabel og forutberegnelig for de offentlige aktørene.

3.4 Konkursimmunitet

Arbeidsgruppen mener at konkursimmunitet ikke vil være et statsstøtterettslig problem dersom markedsaktørprinsippet etterleves og at det ikke er nødvendig med særskilte regler for konkursimmunitet og garantier. Flertallet mener at det vil være tilstrekkelig med et krav om etterlevelse av markedsaktørprinsippet og håndhevelse av dette. De mener at dette vil si at det stilles krav til fortjeneste som om konkursimmunitet ikke eksisterte.

Samferdselsdepartementet støtter at det ikke innføres særskilte regler når det gjelder konkursimmunitet og garantier. Markedsaktørprinsippet vil være relevant for å vurdere hvorvidt det foreligger statsstøtte når det offentlige gir lån og garantier. Disse må være på markedsvilkår for at de ikke skal innebære statsstøtte. Dette er i dag et gjeldende prinsipp som blant annet beskrives i Notion of Aid.³

3.5 Avgrensningskriterier for tiltak

Arbeidsgruppen har vurdert flere alternativer for å avgrense de ulike tiltak. Dersom avgrensning skal innføres, mener flertallet at en løsning med en omsetningsterskel før reglene slår inn, er den som fremstår som mest hensiktsmessig.

Samferdselsdepartementet støtter at det bør vurderes en ev. nedre grense, for eksempel basert på omsetning, før regler om regnskapsplikt og ev. skatteplikt slår inn. Dette anses fornuftig da tiltakene for små virksomheter kan innebære byrdefulle krav som vil gi liten samfunnsmessig gevinst.

3.6 Krav til markedsmessige vilkår

Flertallet i arbeidsgruppen anbefaler 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, dvs. at det stilles krav om markedsmessig avkastning i virksomheten.

³ 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 (2016/C 262/01)

Flertallet viser her til at det bør være like vilkår mellom private og offentlige aktører uansett om samhandelen i EØS påvirkes eller ikke, og at det er samfunnsøkonomisk lønnsomt at driften skjer på markedsvilkår.

Samferdselsdepartementet støtter et mindretall (Hennyng, Reegård) som er uenige i forslaget om å innføre et generelt prinsipp om markedsmessige vilkår/markedsaktørprinsippet. Mindretallet påpeker at forslaget synes å være mangelfullt begrunnet og gjennomarbeidet.

Samferdselsdepartementet viser igjen til samme mindretall som påpeker at markedsaktørprinsippet ikke alltid er den relevante testen og at det passer best for større transaksjoner. Videre vises det til at de krav til avkastning som private leverandører antas å sette, ikke nødvendigvis kan legges direkte til grunn av kommunale etater, da de oftere vil forfølge andre målsetninger med sine vare- og tjenestetilbud enn private leverandører. Siden markedsaktørprinsippet skal gjelde uavhengig av samhandelskriteriet og dermed går lengre enn EØS-avtalen artikkel 61 (1), vil forslaget også ramme små, lokale offentlige virksomheter og ubetydelige aktiviteter.

Basert på det grunnlaget som fremkommer i rapporten støtter ikke Samferdselsdepartementet flertallets forslag om at det innføres et generelt prinsipp om markedsmessige vilkår for offentlig kommersiell aktivitet. Et slikt generelt prinsipp synes også vanskelig å følge opp og kreve betydelige ressurser for å håndheve. Videre antas at hva som er markedsmessige vilkår og markedsmessig avkastning i mange tilfeller vil kunne være vanskelig å fastslå. Mange offentlige virksomheter vil ha samfunnsmessig betydning og flere hensyn å ta enn profit.

Samferdselsdepartementet viser til at parkeringsvirksomhet på "offentlig ferdselsåre" krever at kommunene må ta hensyn til trafikksikkerhet, fremkommelighet og miljø. Det tilsier at kommunene også må ha mulighet til å fravike et slikt generelt prinsipp om at parkeringsvirksomheten alltid må skje på markedsmessige vilkår. Et slikt generelt prinsipp kan, etter vår vurdering, også medføre utfordringer med å opprettholde krav om gratis kommunale parkeringsplasser, især for de forflytningshemmede, null eller lav sats for el- og hydrogenbiler og lav sats for beboerparkering, som skal sikre også andre hensyn enn kun markedsprinsippet.

Videre påpekes at kommunale havner har en viktig rolle i transportsystemet og dermed en samfunnsmessig betydning utover bare profitthensyn. Inntjeningspotensialet i havnevirksomhet kan variere mellom ulike typer havner. Det er usikkert hvordan et krav om markedsmessig avkastning vil slå ut for offentlige havner da mange infrastrukturinvesteringer i havner ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomme.

3.7 Håndheving

Flertallet ønsker at det etableres et kontrollregime for å sikre etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Det foreslås at Konkurransetilsynet skal få kompetanse til å avgjøre om virksomheten representerer en EØS-rettslig økonomisk aktivitet, om det foreligger brudd på forpliktelsen til separate regnskaper og etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

Samferdselsdepartementets syn er at det ikke kommer klart frem hvordan et slikt tilsyn skal operere i praksis. Kommisjonen/ESA har gått i retning av å konsentrere seg mer om større saker som får betydning for konkurransen og gå bort fra å vurdere mindre saker som har liten betydning for konkurranse og samhandel. Det savnes en vurdering av hvorfor Norge skal ha et tilsynsorgan som skal gå i motsatt retning.

Et mindretall (Hennyng, Reegård) stiller seg ikke bak forslaget om å etablere et nasjonalt tilsynsorgan med ansvar for å håndheve reglene om offentlig støtte. De mener det er uklart hvilken kompetanse et slikt tilsynsorgan skal ha og om det er behov for dette. Som påpekt av samme mindretall vil kontrollutvalg og kommunerevisor kunne håndheve en ev. plikt til å føre separate regnskap mens skattemyndighetene kan påse at ev. skatteregler følges. Det som gjenstår er da oppfyllelsen av markedsaktørprinsippet. Det er videre til dels EØS-rettslig uavklart når testen kommer til anvendelse og hvordan den skal anvendes.

I Kommisjonens Notion of Aid fremgår det at markedsaktørprinsippet er en samlebetegnelse på tre prinsipper eller metoder for å utelukke at en transaksjon foretatt av et offentlig organ innebærer statsstøtte fordi et foretak mottar en fordel: markedsinvestorprinsippet, privat kreditortest og privat selgertest. Testene går ut på å undersøke om en økonomiske transaksjon gjennomført av offentlige myndigheter også ville blitt foretatt av en rasjonell privat aktør i tilsvarende situasjon. Disse testene er egnet til å vurdere enkelttransaksjoner og statlige inngrep. Prinsippet er relevant for å vurdere om lånevilkår og garantier innebærer statsstøtte. I lys av dette synes det lite praktikabelt med kontroll av om drift av økonomisk virksomhet i regi av det offentlige følger markedsaktørprinsippet i videre forstand.

Basert på grunnlaget som fremkommer i rapporten støtter Samferdselsdepartementet mindretallet (Hennyng og Reegård) som påpeker at det kan være bedre ressursanvendelse å styrke veiledningsfunksjonen fremfor å etablere en kontroll- og tilsynsmyndighet.

Med hilsen

Ottar Ostnes
ekspedisjonssjef

Anita Christoffersen
avdelingsdirektør

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer