

NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENTET
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO

Deres ref:
18/337-3

Oslo, 02.05.2018
Vår ref: Anita Sundal/ 18-11753

Høringssvar

Det vises til høringsnotat av 30. januar 2018, der rapport fra arbeidsgruppe om like konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører sendes på høring med høringsfrist 2. mai 2018.

Virke er den ledende hovedorganisasjonen for handels- og tjenestenæringene og representerer over 21 000 virksomheter. Våre medlemsbedrifter kommer fra bransjer som handel, kunnskap, teknologi, reiseliv, service, helse, omsorg, utdanning, kultur og frivillighet. Til sammen utgjør de over 225 000 arbeidsplasser.

Når det offentlige leverer tjenester til innbyggerne kan dette skje ved at det offentlige leverer tjenesten selv (i egenregi) eller ved at tjenestene leveres av private tjenesteleverandører. Private leverer tjenester innen en rekke sektorer, blant annet utdanning, renovasjon, helse- og omsorgstjenester, kino og kulturhus, drift og vedlikehold av anlegg og bygninger. Hvor stor andel av tjenesteutøvelsen som leveres av det offentlige selv, varierer fra sektor til sektor. Virke mener mer offentlig finansiert tjenesteproduksjon bør utføres av private og ideelle tjenestetilbydere, fordi et økt innslag av private vil gi høyere kvalitet og valgfrihet for brukerne, større mangfold, innovasjon og en mer effektiv tjenesteproduksjon. Ut over den EØS-rettslige betydningen, er dette en del av bakgrunnen for at Virke mener det er viktig med like konkurransevilkår for offentlige og private aktører.

Dette er en sak av stor betydning for mange virksomheter, og vi vil derfor understreke betydningen av at den videre behandlingen av saken skjer uten opphold, og at regjeringen så raskt som mulig fremmer forslag til regelendringer og andre tiltak.

Virke deltok i arbeidsgruppen ved advokat Anita Sundal, og vi stod bak flertallets anbefalinger til tiltak.

Hovedorganisasjonen Virke

Besøksadresse:
Henrik Ibsens gate 90
NO 0255 Oslo
Postadresse:
P.O. Box 2900 Solli
NO-0230 Oslo
Tel +47 22 54 17 00
Fax +47 22 56 17 00
E-post
info@virke.no
Bankgiro
6030.05.18543
Org nr.
970 134 646 MVA

Her oppsummeres Virkes sentrale innspill til rapportens forslag til tiltak:

1. Det bør innføres et eget norsk regelverk. Det vil være en fordel for både private og offentlige virksomheter om man i fremtiden kan forholde seg til et norsk regelverk og en kjent, norsk instans som kan både veilede og behandle klager.
2. Det er behov for et norsk regelverk som regulerer dette på en oversiktlig måte, ut over at EØS-rettslige forpliktelser skal overholdes. Når markedspåvirkning vurderes, bør også hensynet til lokale markeder ha betydning. I spørsmålet om like vilkår mellom offentlige og private aktører bør derfor ikke spørsmålet om samhandlingspåvirkning nødvendigvis være avgjørende.
3. Virke støtter innføring av et krav om regnskapsmessig skille, og mener dette representerer en nødvendighet for å etterleve støttereglene med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå kryss-subsidiering. 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.
4. Det er betydelige fordeler med utskilling av økonomisk aktivitet knyttet til etterlevelse av EØS-regelverket, og Virke vil derfor peke på en løsning med utskillingsplikt. Et forbud mot å drive økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet i ett og samme foretak ikke bør være absolutt.
5. Det bør innføres et generelt prinsipp om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre skal dette gjøres på markedsmessige vilkår, det vil si at det stilles et krav om markedsmessig avkastning i virksomheten. Dette er ønskelig av hensyn til konkurransenøytralitet også der EØS-avtalens regler om offentlig støtte ikke kommer til anvendelse på grunn av manglende samhandlingspåvirkning. En slik plikt bør gjelde uavhengig av hvordan aktiviteten er organisert, det vil si om den skjer i egne rettssubjekter eller ikke.
6. Det er behov for mer veiledning, og forslaget om et nasjonalt kompetansesenter bør følges opp. Både kvalitet og kvantitet i veiledningen er viktig. Arbeidsgruppen pekte også på at det er behov for et nasjonalt kompetansesenter for spørsmålene som ble utredet i rapporten, og Virke mener dette bør følges opp.
7. Det må innføres et norsk tilsyn. Det er viktig at dette tilsynet blir «døren inn» også for tilfeller der ESA er kompetent. Dette innebærer at klager også i slike tilfeller kan rettes til tilsynet, som så eventuelt vil overføre saken til ESA. Formålet er å sikre at mindre private aktører, uten kjennskap til kompliserte støtteregler, slipper å foreta vurderingen av hvor klagen skal rettes i første omgang. Virke viser til at et flertall i arbeidsgruppen pekte på Konkurransetilsynet som tilsynsmyndighet.
8. Virke er ikke imot at det offentlige kan tilby tjenester i kommersielle markeder. Men det må skje på transparente, etterprøvbare og ikke-diskriminerende vilkår, og vi mener at selv om det lå utenfor arbeidsgruppens mandat å utrede, bør det utredes om det bør være lovbestemte vilkår for når det offentlige kan drive økonomisk aktivitet.

Bakgrunn

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 (krysssubsidiert) på aktiviteter en offentlig aktør driver i markedet. At norske virksomheter mener offentlig næringsvirksomhet har mottatt økonomiske fordeler i strid med EØS-avtalen, er årsaken til at Virke i svært lang tid har jobbet tett mot norske myndigheter knyttet til denne problemstillingen. På arbeidsgruppens dialogmøte 24. januar 2017 deltok flere medlemsvirksomheter, og referat fra dialogmøtet er inntatt som rapportens vedlegg 7. Vi vil vise til enkelte erfaringer, fordi disse godt illustrerer betydningen av saken:

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 og kommunen opprettet derfor Labtjenester AS (et salgsselskap). Laboratorieaktiviteten utføres fortsatt av Analysesenteret. Labtjenester AS har ifølge Eurofins ingen ansatte/lønnskostnader. 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.

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.

Espern Aktivitetspark AS

Espern Aktivitetspark AS har drevet siden 2003 og har 3000 medlemmer. Espern opplevde at de som en eksisterende privat aktør ble presset (ut) av en ny kommunal aktør, Ankerskogen som er et kommunalt foretak som driver svømmehall og friskvernsenter. I 2011 startet en total renovering av Ankerskogen, der et nytt anlegg inkluderer et kommunalt treningssenter. Etter dette 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. Espern har opplevd betydelig medlemstap, omsetningstap (ca. 10 prosent av omsetning) og kostnader knyttet til å føre saken. I følge Espern har Hamar kommune erkjent feil i håndteringen av saken, herunder krysssubsidiert og samprising. Iverksatte tiltak er: system for å skille trening og bading, eget abonnement for treningssenter, økning i priser, økning i husleien

og avkastningskrav på drift. Espern ga samtidig uttrykk for at det gjenstår å få klarhet i andre forhold.

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 kroner, som var 45 prosent av totalt varesalg. Apotek 1 mener at de tiltakene som klagen til ESA resulterte i ikke har blitt fulgt opp. Konkurransesparametrene i apoteknæringen er i liten grad pris, ettersom de reseptpliktige legemidlene er prisregulert.

Arbeidsgruppens mandat

Virke mener det er svært positivt at regjeringen i 2016 nedsatte arbeidsgruppen for like vilkår, og at regjeringen ved lanseringen av arbeidsgruppen fremhevet at arbeidsgruppe skulle foreslå tiltak som kan styrke konkurransen. Vi mener rapporten underbygger behovet for å styrke konkurransen, og at det er viktig at regjeringen holder fast ved at det skal være like konkurransevilkår for private og offentlige aktører når de er i samme marked. Vi viser til at næringsminister Monica Mæland i forlengelsen av dette i regjeringens pressemelding uttalte at «Når konkurransevilkårene er ulike, kan det føre til at gode og effektive bedrifter presses ut av markedet.» Dette er en analyse som får støtte i rapporten som nå foreligger.

Vi viser samtidig til at arbeidsgruppens mandat har hatt klare avgrensninger, og det vises til arbeidsgruppens forståelse av mandatet i rapportens kapittel 1.3. Virke er ikke imot at det offentlige kan tilby tjenester i kommersielle markeder. Men det må skje på transparente, etterprøvbare og ikke-diskriminerende vilkår, og vi mener at selv om det lå utenfor arbeidsgruppens mandat å utrede, bør det utredes om det bør være lovbestemte vilkår for når det offentlige kan drive økonomisk aktivitet.

At det kan være gode grunner til at det offentlige konsentrerer seg om sin kjernevirksomhet, er ikke et særnorsk spørsmål. Det ble 5. april 2018 inngått en bred avtale som skal sikre virksomheter mot ulike konkurransevilkår fra det offentlige i Danmark. Blant annet skal regler for prissetting av næringsvirksomhet endres, slik at offentlig prissetting skjer på fair vilkår og i overensstemmelse med OECDs anbefalinger. Det skal også bli bedre klageadgang, og det opprettes en ny uavhengig klagenemnd, som skal gi virksomheter en klageinngang hvis de opplever unfair konkurranse fra det offentlige. Avtalen ble inngått mellom de danske regjeringspartiene, Socialdemokratiet, Dansk Folkeparti og Radikale Venstre. Innovasjonsminister Sophie Løhde (V) uttalte at:

«Den offentlige sektor skal bruke kræfterne på sine kerneopgaver fremfor at konkurrere med private virksomheder på ulige vilkår. Det skal være lettere for virksomheder at klage, hvis de oplever unfair konkurrence. Det glæder mig, at vi nu har sikret bred politisk opbakning til at tage vigtige skridt for at sikre fair og lige konkurrence mellem det offentlige og private virksomheder.»

Offentlige tjenester og konkurranseflater mot private aktører

I rapportens kapittel 2 omtales offentlige tjenester og konkurranseflater mot private aktører.

I følge SSB var det ved utgangen av 2016 registrert i overkant av 2 200 offentlige ikke-finansielle foretak i Norge, om lag 1800 av disse var kommunalt eide. Om lag 94 prosent av de offentlige foretakene var registrert som aksjeselskaper.

Rapporten viser til en hel rekke konkurranseflater mellom kommunal sektor, helseforetakene og statlig sektor. Det ble også gjennomført en kartlegging.

I kommunene ble dette gjennomført i form av en spørreundersøkelse. Spørreundersøkelsen ble besvart av 103 kommuner, hvorav et flertall (58) oppgav at de drev med kommersiell aktivitet. Det ble oppgitt 138 eksempler på kommersiell aktivitet i undersøkelsens fase 1. Fremtredende kommersielle aktiviteter i kommunene er utleie av lokaler og catering/kjøkkendrift/kafe. Ellers er det oppgitt salg av slam, innsamling av næringsavfall, brøyting, tømmer salg, uttrykning ved alarm, lønns- og regnskapstjenester, brukbutikk, avfallsstasjon mm. Hele 90 % oppga at det finnes private konkurrenter til den kommersielle aktiviteten.

6 fylkeskommuner svarte på undersøkelsens del 1 og oppga 39 eksempler på kommersiell aktivitet i fylkeskommunene. Som for kommunene er utleie av lokaler en fremtredende kommersiell aktivitet. Det er også meldt inn 10 eksempler på kommersiell aktivitet i kurs- og undervisningsvirksomhet. Det er meldt inn tannehelsetjenester, IT, vaktmester, eiendomsforvaltning, salg av elevprodukter mm. Kundegruppen består særlig av privatpersoner (55 %), næringsdrivende (52 %), andre offentlige instanser (34 %), kommuner (28 %), kommunale selskaper (14 %), fylkeskommunale selskaper (10 %) og andre fylkeskommuner (7 %). 78 % av respondentene oppgir at det finnes private konkurrenter til den kommersielle aktiviteten.

I statlig sektor ble det sendt ut spørreskjema til 109 virksomheter, og 56 virksomheter responderte. Av de som svarte, oppga et flertall (40 virksomheter) at de utfører kommersiell virksomhet. Kartleggingen viste flest tilfeller av kommersiell aktivitet i form av oppdrag, salg av tjenester og kurs- og opplæringsvirksomhet. Tjenestene selges hovedsakelig nasjonalt (52 %), men også internasjonalt (23 %). Kjøperne er først og fremst næringsliv (83 %). For rundt 70 % av de kommersielle aktivitetene oppgis det at det finnes private konkurrenter.

Spørreskjema ble også sendt 20 helseforetak, hvorav åtte responderte. Av disse oppga seks 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. Oslo Universitetssykehus HF identifiserte i åpent dialogmøte med arbeidsgruppen utleie av arealer, parkeringsvirksomhet, pasienthotellvirksomhet (driften er satt ut til privat aktør som leier lokalene) og vaskeritjenester (privat aktør overtar i løpet av 2017) mulige konkurranseflater.

Svarandelen i undersøkelsen er ikke tilfredsstillende med hensyn til å få en fullverdig oversikt over ulike former for kommersiell aktivitet som utføres i offentlig regi. Vi viser til

at det i rapportens vedlegg 2 om metodisk tilnærming fremkommer at resultater fra undersøkelsen ikke har vært sammenholdt med tall fra for eksempel KOSTRA. En slik sammenstilling kunne gitt et bedre grunnlag for fremtidig informasjonsinnhenting, og er en tilnærming departementet bør vurdere i sitt videre arbeide.

Selv om undersøkelsen ikke er dekkende, viser den at det er mange og ulikeartede former for økonomisk aktivitet. Det kan heller ikke på bakgrunn av arbeidsgruppens undersøkelser sies noe sikkert om den økonomiske aktivitetens omfang. Her mener vi hensynet til lokale markeder tilsier at eventuelle videre undersøkelser også tar hensyn til norske forhold, og ikke utelukkende tar sikte på å vurdere om samhandelen i EØS-området påvirkes.

Konkurransen på «like vilkår»?

Rapporten viser i kapittel 3 til at det 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. Konkurransen bidrar også til mer innovasjon, høyere investeringer og økt økonomisk vekst. Det er en omfattende teoretisk og empirisk litteratur som underbygger disse sammenhengene.

En virksomhets konkurransefortrinn kan imidlertid også stamme fra en myndighetsbestemt særstilling. Arbeidsgruppen kalte 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. Vi mener «kunstige» fortrinn er et begrep som godt dekker slike tilfeller av ulike konkurransevilkår som her behandles. Et motstykke til kunstige konkurransefortrinn vil da være kunstige ulemper.

Virke stiller seg bak rapportens forståelse når det gjelder samfunnsøkonomisk effektivitet og konkurranse, og vil særlig fremheve følgende fra oppsummeringen kapittel 3.5:

«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 kapittelet 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 consideration 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.»

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.»

Når det gjelder kryss-subsidiering, har Oslo Economics i en rapport¹ utarbeidet for Virke pekt 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.

Offentlig sektor er et viktig marked for mange bedrifter, og hvordan det offentlige opptrer har altså stor betydning for norske bedrifters muligheter. Dette gjelder både effekter ovenfor eksisterende privat virksomhet, men også effekter i den forstand at nye virksomheter unnlater å etablere seg i et marked der det offentlige opptrer som næringsaktør (etableringshindring). Betydningen av dette forsterkes av at dette kan være et bidrag til økt produktivitet, noe som vil bli viktigere i årene som kommer da det offentliges økonomiske handlingsrom forventes å minke.

¹ Oslo Economics: Samfunnsøkonomiske gevinster ved økt bruk av private tjenesteytere/nummer, rapport nr. 2017-30.

EØS-avtalen og rettslige føringer

Et hovedformål med EØS-avtalen er å sikre norsk næringsliv deltakelse i EUs felles indre marked, med fri bevegelighet 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. Denne saken er et eksempel på at EØS-avtalen kan bidra til å sikre norske virksomheters konkurransesituasjon i det norske markedet. Samtidig er EØS-avtalen i seg selv av stor betydning for norsk næringsliv og dets tilgang til betydningsfulle markeder.

Arbeidsgruppen er bedt om å vurdere hvilke aktiviteter omfattet av dagens skattefritak og konkursimmunitet som utgjør EØS-rettslig økonomisk aktivitet. 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. Virke stiller seg bak arbeidsgruppens forståelse av de EØS-rettslige vurderinger. Vi kan blant annet vise til kapittel 7.2.5:

«Basert på vurderingene ovenfor er det klart at det gjeldende generelle skattefritaket for stat, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak oppfyller 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 virk konkurransen eller påvirker samhandelen.»

Og kapittel 7.3.5:

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. 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.»

At arbeidsgruppen til tross for at det ligger utenfor mandatet påpeker at konkurransimmunitet for selvstendige rettssubjekter vil måtte vurderes i henhold til reglene som er utkrystallisert gjennom La Poste- og IFPEN-avgjørelsene, vil vi fremheve særskilt som et forhold som bør bli gjenstand for særskilt oppfølging i regjeringens videre arbeid.

Erfaringer og tilnærminger i andre land

Arbeidsgruppens kartlegging og gjennomgang av andre lands regler og erfaringer viser relativt store variasjoner mellom de ulike landene. I de fleste land arbeidsgruppen har sett på er enten reglene om det offentliges adgang til økonomisk virksomhet eller skattereglene endret som følge av at gjeldende regler ikke var i overensstemmelse med EUs regler om offentlig støtte. 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. Vi viser også til omtalen av den danske avtalen tidligere i dette høringssvaret. Virke mener dette viser at Norge «henger etter» naboland det er naturlig å sammenligne seg med, og understreker betydningen av at vi får et eget regelverk.

Rapporten fremhever at OECD har hatt konkurransenøytralitet på dagsorden i mer enn ti år. 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.

Virke mener regler som skal forhindre kryss-subsidiering og på andre måter bidra til likere vilkår, vil derfor gi kommunene større mulighet til å fatte informerte valg om hva slags virksomhet den bør drive. Det ligger muligheter i å få et nytt regelverk på dette området, for gjennom transparens kan vi få økt demokratisk forståelse for det offentliges virksomhet.

Tiltaksforslag

Saker om statsstøtte avgjøres i dag i Brussel. Det vil være en fordel om man i fremtiden kan forholde seg til et norsk regelverk og en kjent, norsk instans som kan både veilede og behandle klager. Det vil god veiledning når det med tiden bygger seg opp en base av avgjorte saker etter norske forhold, ikke ulikt det vi i dag ser med avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

Markedspåvirkning og lokale markeder

Arbeidsgruppens flertall konkluderte med at konkurranseloven ikke representerer et regelverk som adresserer problemstillinger knyttet til ulike konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører. Dette var også Produktivitetskomisjonens vurdering, slik den også ble gjengitt i arbeidsgruppens mandat:

«Produktivitetskommisjonen 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. Produktivitetskommisjonen mener at det er viktig at Norge får et sterkere håndhevingsregime på dette området.»

Behovet for et norsk regelverk som regulerer dette på en oversiktlig måte, ut over at EØS-rettslige forpliktelser skal overholdes, synes åpenbart.

Flere av sakene der det har vært reist spørsmål om ulovlig statsstøtte til offentlig næringsvirksomhet, er reist av norske virksomheter. Virke mener derfor regjeringen også bør se hen til effekten nye regler vil ha for å skape og ivareta sunne, lokale markeder.

Virke vil i denne forbindelse vise til særmerknad fra arbeidsgruppens medlemmer Djupvik og Sundal i kapittel 10.8, som gjelder spørsmål knyttet til rekkevidden av det såkalte samhandelsvilkåret:

«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 støtteregele uavhengig av samhandelspåvirkning tilpasset norske forhold.»

Regnskapsmessig skille og skatteplikt

Virke støtter innføring av et krav om regnskapsmessig skille, og mener dette representerer en nødvendighet for å etterleve støtteregele med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå kryss-subsidiering. 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 reglele om offentlig støtte.

Vi mener separate regnskap bør innbefatte både balanse og resultatregnskap, og at man ved etablering av regnskapsplikt må vurdere eiendeler og gjeld til virkelig verdi for å få et godt utgangspunkt for riktig kostnadsberegning.

Utskillingsplikt

Et flertall i arbeidsgruppen mente at 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. Virke vil i denne forbindelse vise til

særmerknad fra arbeidsgruppens medlemmer Djupvik og Sundal, knyttet til fordelene med utskilling knyttet til etterlevelse av EØS-regelverket:

«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 inntre skatteplikt og muligheter for konkurs.

Utskilling vil gjøre det er 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-økonomisk 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 kostander kan i unntakstilfeller tilsi at virksomheter blir drevet i samme foretak.»

Markedsinvestorprinsippet

Et flertall 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, det vil si at det stilles et krav om markedsmessig avkastning i virksomheten. Det er samfunnsøkonomisk lønnsomt at driften skjer på markedsvilkår.

Virke mener dette er 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 (altså uavhengig av om støtteforbudet inntreffer fordi støtten påvirker eller kan påvirke samhandelen innenfor EØS-området). En slik plikt bør gjelde uavhengig av hvordan aktiviteten er organisert, det vil si om den skjer i egne rettssubjekter eller ikke, og Virke er enig med flertallet i at det må utredes nærmere hvordan en slik regel best kan innpasses i lovverk, prinsipper for eierstyring eller liknende.

Vi vil understreke betydningen for konkurransen, av at det blir innført en slik regel. Det vil skape økt bevissthet rundt prinsippet, noe som kan føre til en større grad av etterlevelse. Arbeidsgruppen har konkludert med at verken utskilling, eller separat regnskap i kombinasjon med skatteplikt, i seg selv løser problematikk knyttet til markedsaktørprinsippet og kryss-subsidiering, se blant annet tabell 10.2 om Fordeler og ulemper ved ulike tiltak.

Veiledning og kompetanse

Arbeidsgruppen omtaler et behov for veiledning, noe som vil gi en ytterligere bistand til kommuner og andre som må forholde seg til et ikke ukomplisert statsstøtteregulativ. Virke mener kvalitet og kvantitet i veiledningen er viktig.

Arbeidsgruppen pekte også på at det er behov for et nasjonalt kompetansesenter for spørsmålene som ble utredet i rapporten, og Virke mener dette bør følges opp.

Økt veiledning og kompetanse 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.

Arbeidsgruppen mente 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. Virke vil i denne forbindelse ikke mene noe om hvilket organ som skal tillegges slik informasjons- og veiledningsoppgaver hvis de skal ligge til eksisterende strukturer, men vil fremheve betydningen av det bør være enkelt å henvende seg for å få veiledning, og at veiledning bør kunne gis raskt. Dette gjelder både spørsmål fra private og fra offentlige virksomheter.

Tilsyn

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.

Et flertall i arbeidsgruppen pekte på Konkurransetilsynet som norsk tilsynsorgan. 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.

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 støtteregler, slipper å foreta vurderingen av hvor klagen skal rettes i første omgang.

Innenfor et håndhevelsessystem er det 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. 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. Se side 245.

Det er også 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 støttereglene. Se side 246.

Det må på plass effektive virkemidler, herunder både pålegg om endringer for fremtiden og nøytralisering av allerede tildelt støtte gjennom tilbakeføring. Se side 246.

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 arbeidsgruppen foreslo som et krav), pålegg om verdivurdering av kapitalbase, pålegg om avkastningskrav og eventuelt også pålegg om avvikling av virksomhet der prinsippet ikke kan etterleves. Se side 246.

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. Se side 246.

Videre bør Konkurransetilsynet kunne pålegge en støttemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til statskassen. Tilbakeføring til statskassen vil i utgangspunktet kunne ha en preventiv virkning overfor støttegivere som kommuner og offentlige foretak mv. siden eventuell ulovlig støtte ikke vil betales tilbake til støttegiver. Se side 246 og 247.

Videre prosess

Hovedorganisasjonen Virke vil understreke betydningen denne saken har for mange virksomheter, og ber om at saken får en prioritert behandling. Vi bidrar gjerne i dialog, med innspill og på andre møter departementet måtte ønske i dets videre arbeid med saken.

Vennlig hilsen

Hovedorganisasjonen Virke

Inger Lise Blyverket

Direktør politikk og forhandlinger

Anita Sundal

Advokat