



Nærings- og fiskeridepartementet - NFD

Vår referanse: 18/00253-4  
Arkivkode: U00  
Saksbehandler: Jostein Selle,  
Deres referanse: 18/337  
Dato: 26.04.2018

## Høringsuttalelse - rapport fra arbeidsgruppe om like konkurransevilkår for offentlige og private aktører

Vi viser til høringsbrev av 30. januar 2018.

### 1. Innledning

KS mener at arbeidsgruppen til tross for en 311 siders lang rapport, på vesentlige områder ikke har gjort et tilstrekkelig grundig arbeid for å fatte beslutninger av stor betydning for bl.a. kommuner og fylkeskommuner.

KS mener at arbeidsgruppen i liten grad har redegjort for omfanget av problemet med ulovlig offentlig støtte og dermed behovene for tiltak. De foreslåtte tiltakene er til dels uklare og de samfunnsøkonomiske konsekvensene er i liten grad analysert.

KS legger til grunn at EØS-avtalen skal overholdes og slutter seg til arbeidsgruppens forslag om å innføre plikt til å føre separat regnskap og skatteplikt for økonomisk aktivitet, *forutsatt* at den økonomiske aktivitet er av en viss størrelse og at de øvrige begrensninger som er angitt under pkt. 3 og 4 nedenfor ivaretas. Det bør ikke iverksettes tiltak som går utover det som er strengt nødvendig for å oppfylle EØS-avtalens forpliktelser. Det bærende hensyn må være at en eventuell skatteplikt utformes slik at det ikke etableres skatteplikt for virksomhet hvor dagens skattefritak ikke er ulovlig offentlig støtte, slik at man ikke går lenger enn det som er påkrevd etter EØS-avtalen art. 61(1). KS går også i mot en eventuell utskillingsplikt, og forslaget om å innføre et generelt prinsipp om markedsmessig vilkår, samt forslaget om et nasjonalt tilsynsorgan med myndighet til å pålegge omorganisering, utskilling eller andre tiltak.

### 2. Arbeidsgruppens forslag

#### 2.1 Er skattefritak og konkursimmunitet ulovlig offentlig støtte?

Arbeidsgruppens flertall - herunder representanten fra KS - mener at skattefritaket er i strid med EØS-avtalens art. 61(1) når det offentlige driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet.<sup>1</sup>

KS og LO sine representanter i arbeidsgruppen påpekte i en særmerknad at fylkeskommuner og kommuner ikke alltid vil være i en faktisk og rettslig sammenlignbar situasjon som private leverandører,

---

<sup>1</sup> LO dissenterer.

fordi de ofte har andre målsettinger enn rent kommersielle med sitt tjenestetilbud. I slike tilfeller bør trolig heller ikke en eventuell skatteplikt gjelde.

Når det gjelder konkursimmunitet, mener arbeidsgruppen at dette ikke utgjør et generelt tiltak som automatisk innebærer offentlig støtte. Arbeidsgruppen legger her 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 vil her være opp til den enkelte enhet å sikre at fordeler oppnådd i markedet grunnet konkursimmunitet ikke tilflyter den økonomiske aktiviteten. Representantene fra KS og LO mener i tillegg at selektivitetskriteriet ikke vil være oppfylt i alle tilfeller, fordi kommuner kan være i en annen rettslig og faktisk situasjon enn private, blant annet fordi virksomheten ikke bare har et kommersielt formål.

## 2.2 Minimumsløsninger som er påkrevd etter EØS-avtalen

Et flertall i arbeidsgruppen, herunder representanten fra KS, mener EØS-avtalen krever at det innføres en plikt til regnskapsmessig skille for EØS-rettslig økonomisk aktivitet, uavhengig av hvordan virksomheten er organisert.<sup>2</sup>

Begrunnelsen er at det vil være nødvendig for å etterleve markedsaktørprinsippet, for å hindre kryss-subsidiering, og er en forutsetning for innføring av et konkurransenøytralt skatteregime. Dette flertallet mener videre at EØS-avtalen krever innføring av skatteplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet som drives av det offentlige.

Arbeidsgruppens flertall anser således at en løsning basert på separate regnskaper og skatteplikt vil være tilstrekkelig til å avhjelpe støtteproblematikken knyttet til skattefritak, forutsatt at dette representerer støtte.

Arbeidsgruppen foreslår at slike ordninger eventuelt kan avgrenses, ved at det angis en nedre terskel for når de skal inntre. Arbeidsgruppen anser at en omsetningsterskel er det mest hensiktsmessige som avgrensningskriterium.

## 2.3 Ytterligere tiltak som kan sikre like konkurransevilkår, men som ikke er påkrevet etter EØS-avtalen

### 2.3.1 Nasjonalt markedsaktørprinsipp

Et annet flertall<sup>3</sup> foreslår at det som et minstekrav innføres et generelt prinsipp, om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre, skal dette gjøres på markedsmessige vilkår. Dette prinsippet følger imidlertid allerede av EØS-avtalen, så langt art. 61(1) rekker. Slik vi forstår forslaget foreslås prinsippet her gitt generell anvendelse, utover rekkevidden av støttereglene. Det foreslås slik sett at det skal gjelde også der virksomheten opererer i et lokalt marked, der samhandelsvilkåret ikke er oppfylt. Det er imidlertid ikke beskrevet i detalj hva et slikt krav skal gå ut på, eller hvordan det skal implementeres. Arbeidsgruppen lar dette stå åpent, og uttaler at «(d)et må utredes nærmere hvordan en slik regel best kan innpasses i lovverk, prinsipper for eierstyring eller liknende».

---

<sup>2</sup> LO dissenterer.

<sup>3</sup> KS, LO, SSB og Spekter dissenterer.

### 2.3.2 Eventuell utskillingsplikt

En samlet arbeidsgruppe legger til grunn at EØS-avtalen ikke innebærer plikt til utskilling av virksomhet som driver EØS-rettslig økonomisk aktivitet. Det var heller ikke flertall for en helt generell utskillingsplikt for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet, men det er foreslått av et mindretall.

### 2.3.3 Tilsynsordning

Et flertall<sup>4</sup> foreslår at konkurransetilsynet skal føre kontroll med etterlevelse av markedsaktørprinsippet, innenfor rammen av EØS-avtalens art. 61. I dette ligger at alle vilkår etter art. 61(1) må være oppfylt for at tilsynet skal kunne gripe inn. Kompetansen er foreslått avgrenset som følger: «Der det offentlige driver økonomisk aktivitet i et marked, skal Konkurransetilsynet ha kompetanse til å håndheve EØS-avtalens artikkel 61(1) om offentlig støtte.»

Konkurransetilsynet er foreslått å få kompetanse til å kunne pålegge utskilling, omorganisering og andre tiltak, dersom det ikke finnes like effektive adferdsregulerende tiltak, eller dersom disse ville være mer byrdefulle. Videre foreslår et flertall at konkurransetilsynet skal kunne pålegge virksomheten som har mottatt ulovlig støtte, å betale tilsvarende beløp til statskassen.

## 2.4 Dissenser

Det er ulike flertall og mindretall i arbeidsgruppen knyttet til de ulike forslag og vurderinger. Representantene fra KS (Hennyng) og LO (Reegård) har dissenterert på de forslagene som går lenger enn det EØS-avtalen krever. Representantene fra Spekter (Kvalheim) og SSB (Halvorsen) har sluttet seg til dissensen på forslaget til innføring av et generelt prinsipp om markedsmessig avkastning. Representanten fra SSB har også sluttet seg til dissensen på forslaget om tilbakebetaling av støtten til fordel for statskassen. LO har dessuten dissenterert på forslaget om innføring av regnskapsmessig skille og skatteplikt.

KS slutter seg til dissens fra KS' representant i arbeidsgruppen. Der det hører hjemme er det i teksten nedenfor dels gjengitt det nærmere innholdet i dissensene på enkelte punkter.

## 3. Generelle merknader til arbeidsgruppens rapport

### 3.1 Om mandatet og temaet for rapporten

Det fremgår av arbeidsgruppens mandat at 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.

Arbeidsgruppen oppsummerer sitt oppdrag slik (rapporten side 10): «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. 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.»

---

<sup>4</sup> KS og LO dissenterer.

KS oppfatter rapporten slik at det ikke er gjort en bred og generell utredning om konkurransevilkår mellom offentlig og privat virksomhet. Arbeidsgruppen har vurdert om skattefritak og konkursimmunitet for økonomisk aktivitet innad i det offentlige er i strid med reglene om offentlig støtte. I tillegg foreslår arbeidsgruppen andre tiltak som etter arbeidsgruppens vurdering er ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, utover de krav som følger av EØS-avtalen.

Utenfor det som er påkrevet etter regelverket, gir EØS-avtalen et handlingsrom. KS vurderer det slik at arbeidsgruppen bare i begrenset grad har tydeliggjort dette handlingsrommet. Dette gir ikke et godt grunnlag for å innføre generelle og inngripende tiltak. Det er et begrenset antall saker som ligger til grunn for ESAs henvendelse, og flere rettsspørsmål er uklare. Dersom det skal innføres tiltak som går lenger enn det EØS-avtalen krever, bør det kreves langt grundigere utredning og dokumentasjon, blant annet for å sikre at tiltakene er samfunnsøkonomisk lønnsomme. Vi kan ikke se at arbeidsgruppen har etablert et slikt grunnlag og en slik dokumentasjon. Innføring av slike tiltak reiser en rekke politiske spørsmål om grensen mellom offentlig sektor og markedet.

Det fremgår av mandatet til arbeidsgruppen, at det offentlige skal være i stand til å løse sine oppgaver på en god og effektiv måte. Etter KS' oppfatning går arbeidsgruppens rapport i liten grad inn på dette. Det er også i begrenset grad redegjort for omfanget av problemet med ulovlig offentlig støtte for virksomhet som drives som en del av det offentlige. Arbeidsgruppen har også i liten grad gjennomført en samfunnsøkonomisk analyse av de tiltak som beskrives. Disse manglene er berørt nærmere nedenfor. Generelt tilsier dette at arbeidsgrupperapporten ikke kan brukes som grunnlag for å innføre inngripende tiltak, utover det som er strengt nødvendig for å oppfylle EØS-avtalen.

På flere punkter er arbeidsgruppens forslag til tiltak uklare. Dette gjør at det er vanskelig å vurdere hvilken virkning de vil ha. Blant annet er det uklart hva som ligger i forslaget om at det som et minstekrav innføres et generelt prinsipp, om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre, skal dette gjøres på markedsmessige vilkår. Dette prinsippet følger allerede av EØS-avtalen, så langt art. 61(1) rekker. Slik vi forstår forslaget foreslås prinsippet her gitt generell anvendelse, utover rekkevidden av støttereglene. Forslaget går slik ut på at prinsippet også skal gjelde der virksomheten kun opererer i et lokalt marked, der samhandelsvilkåret ikke er oppfylt. Det er imidlertid ikke beskrevet nærmere hva et slikt krav skal gå ut på, eller hvordan det kan implementeres. Arbeidsgruppen lar dette stå åpent, og uttaler at «(d)et må utredes nærmere hvordan en slik regel best kan innpasses i lovverk, prinsipper for eierstyring eller liknende».

Ettersom flere av forslagene vil kreve at det senere tas nærmere stilling til hvordan de skal utformes og implementeres, vil våre kommentarer i denne omgang nødvendigvis måtte være av overordnet art. Først når det foreligger mer konkrete forslag være mulig å gjøre mer presise vurderinger.

Dette gjelder også spørsmålet om hvordan eventuell plikt til å føre separat regnskap og innføring av skatteplikt skal utformes. Det bærende hensyn må her være at en eventuell skatteplikt utformes slik at det ikke etableres skatteplikt for virksomhet hvor dagens skattefritak ikke er ulovlig offentlig støtte. Hvordan dette skal oppnås, vil det først kunne tas stilling til i det videre arbeid med saken. KS vil imidlertid allerede nå peke på at det ved eventuell skatteplikt vil være viktig at den utformes slik at den ikke vanskeliggjør at kommuner og fylkeskommuner kan drive virksomhet der det ut fra en bredere samfunnsmessig vurdering er ønskelig. Kommuner og fylkeskommuner leverer for eksempel ikke tjenester innenfor sektorer som havn, elektrisitet, vann, renovasjon, transport, utleie av sosialboliger og SFO mm, med det hovedformålet at det skal være bedriftsøkonomisk lønnsomt. Kommuner og fylkeskommuners motivasjon for utvikling av tjenestetilbud er som oftest begrunnet i behovet for gode samfunnsmessige tilbud til innbyggere og næringsliv. KS mener at kommunen ikke bør bli underlagt skatteplikt for lovpålagte vare- og tjenestetilbud som er underlagt selvkostprinsippet, og at det også bør vurderes å begrense skatteplikten til virksomhet med en klar forretningsmessig målsetting. Videre må det klargjøres hvorvidt skatteplikt skal omfatte tilfeller der det offentlige tilbyr tjenester av allmennøkonomisk

betydning (SGEI) for å dekke opp for en markedssvikt. Arbeidsgruppen har etter det vi kan se ikke drøftet dette. KS vurderer i utgangspunktet en skatteplikt for slik virksomhet som dårlig begrunnet. Det bør også vurderes om det kan tas inn avgrensninger mot virksomhet hvor det er lite sannsynlig at de øvrige vilkår for ulovlig offentlig støtte er oppfylt.

Videre har arbeidsgruppen i liten grad tatt stilling til hvilke tjenesteområder tiltaksforslagene vil gjelde for. Det er gjort noen generelle avgrensninger av begrepet økonomisk aktivitet, blant annet mot offentlig myndighetsutøvelse og virksomhet drevet i tråd med det såkalte solidaritetsprinsippet, med universell dekning og i høyden svært begrenset brukerbetaling.

I rapporten pekes det på at SFO-tilbudet muligens kan anes å ha konkurranseflater til det private markedet og dermed anses å utgjøre økonomisk aktivitet. Denne vurderingen er KS ikke enig i. Kommunene har et lovpålagt ansvar å tilby SFO. SFO skal være en trygg oppholdsplass for barna utover skoletiden, gi barna omsorg og tilsyn, legge til rette for lek, kultur- og fritidsaktiviteter og være tilpasset barnas og foreldrenes behov. Selv om brukere må betale for SFO, dekker brukerbetalingen neppe de reelle kostnadene SFO-tilbudet utgjør. Selv om det finnes private leverandører som tilbyr ulike aktiviteter som fotball, tennis osv. rett etter skolen, er det neppe private aktører i alle kommuner som kan/ønsker tilby tilsvarende helhetlige løsninger for foreldre og barn mht. åpningstider, innhold og plassering. I sak E-5/07, konkluderte også ESA med at barnehager ikke utgjør økonomisk aktivitet selv om det er mange private barnehager i markedet. SFO bør her ikke vurderes annerledes enn barnehager, særlig også med tanke på at det er få private leverandører av et helhetlig SFO tilbud.

Dette må etter KS' syn også gjelde for de kommunale kulturskolene, i hovedsak finansiert over offentlige budsjetter og hvor kommunene etter opplæringslova har en lovfestet plikt til alene eller i samarbeid med andre kommuner å ha et musikk- og kulturskoletilbud til barn og unge, organisert i tilknytning til skoleverket og kulturlivet ellers.

Enkelte mer konkrete sektorer/tjenesteområder er også berørt, men på flere områder vil det være vanskelig, uten en nærmere konkret vurdering, å ta stilling til hva som er eller ikke er økonomisk aktivitet.

Dette gjør at det heller ikke av arbeidsgruppens rapport kan sies noe nærmere om omfanget av økonomisk aktivitet. Dette gjør det også vanskelig å vurdere virkningen av de tiltak som foreslås. KS forutsetter at dette blir utredet nærmere i det videre arbeid.

Det er generelt et godt utgangspunkt at forslagene til tiltak vurderes ut fra hvor stort problemet med ulovlig offentlig støtte i offentlig sektor er, og avpasses etter det. Arbeidsgruppen har gjennomført en kartlegging av kommersiell aktivitet som drives innen det offentlige. Svarprosenten var lav. Den tyder på at mye økonomisk aktivitet allerede er skilt ut i egne selskaper. Den indikerer videre at økonomisk aktivitet utover dette er av begrenset omfang, med unntak av havner, som kan være av noe størrelse. Kartleggingen gir ikke grunnlag for å trekke sikre konklusjoner om omfanget. Som arbeidsgruppen selv påpeker, er det «et inntrykk (er) at det som EØS-rettslig kan karakteriseres som økonomisk aktivitet er relativt begrenset så lenge det er tale om aktivitet som drives innenfor det offentlige i egen regi.» Vårt inntrykk samsvarer med dette.

Når arbeidsgruppens egen vurdering er at det som EØS-rettslig kan karakteriseres som økonomisk aktivitet er relativt begrenset så lenge det er tale om aktivitet som drives innenfor det offentlige i egen regi, gir ikke det et godt grunnlag for å innføre omfattende tiltak. Arbeidsgruppen har i liten grad gått inn på hvilken betydning dette har for hvilke tiltak som bør iverksettes. For KS er det åpenbart at dette må ha betydning slik at det ikke iverksettes tiltak utover hva som er strengt nødvendig for å oppfylle EØS avtalens forpliktelser.

Den generelle utviklingen i offentlig støttereguleringen de senere år underbygger også at behovet ikke er stort for å iverksette tiltak overfor økonomisk aktivitet av begrenset omfang. Blant annet har EU-

kommisjonen ønsket å bruke ressursene på de større sakene, og ikke små saker som har liten betydning for samhandelen mellom EØS-statene.

Samtidig er det etter KS' vurdering, av ulike årsaker, grunn til å tro at store deler av den økonomiske aktivitet i kommunene er forenlig med EØS-avtalen. Særlig gir utviklingen i EU Kommisjonens syn på når samhandelen anses påvirket grunn til å anta at terskelen for når samhandelskriteriet er oppfylt er betydelig hevet. Sammen med de store unntaksmuligheter under gruppeunntaksforordningen, gir dette grunn til å anta at det som gjenstår av økonomisk aktivitet i kommunene som faller inn under støttereguleringen ikke er av stort omfang. Her er også begrepet «ancillary activity» (tilknyttet aktivitet) relevant. Det fremgår her av retningslinjene for offentlig støtte at der bruken av en infrastruktur i all hovedsak er ikke-økonomisk kan man se bort fra at deler av bruken er økonomisk aktivitet dersom den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20% av den totale kapasiteten til infrastrukturen. Noe som i praksis innebærer at for eksempel et kulturhus med inntil 20 prosent aktivitet i markedet likevel i sin helhet anses som ikke-økonomisk aktivitet.

Ut fra arbeidsgruppens rapport er det vanskelig å vurdere om verdien av de tiltak arbeidsgruppen foreslår overstiger ulempene fra et samfunnsøkonomisk synspunkt. Med bakgrunn i de mangler i rapporten som gjelder samfunnsøkonomisk effektivitet og samfunnsøkonomiske konsekvenser, har KS bestilt en FOU om dette. Formålet er en nærmere beskrivelse av de samfunnsøkonomiske virkningene av arbeidsgruppens forslag, med særskilt vektlegging av konsekvensene for kommunene og innbyggerne. Resultatene av denne vil imidlertid først foreligge over sommeren. KS vil formidle resultatene til departementet når de foreligger. Vår forhåpning er at en slik FOU vil kunne gi et noe bedre bilde av konsekvensene av å innføre de foreslåtte tiltakene til arbeidsgruppen, selv om det fortsatt vil knytte seg noe usikkerhet til dette, siden FOU-en også vil måtte ta utgangspunkt i arbeidsgruppens forslag. Uklarhetene med hensyn til forslaget innhold vil videre påvirke hvor sikre konklusjonen man kan gjøre om virkningene. KS finner likevel grunn til å fremheve at jo større usikkerhet som foreligger om virkningene, jo mer taler det for å være særlig varsom med å innføre inngripende tiltak.

### 3.2 Spørsmålet om konkursimmunitet innebærer offentlig støtte – særlig om selektivitetskriteriet

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 oppfyller selektivitetskriteriet ser ESA på om konkursimmunitet kan begrunnes i systemets logikk. ESA peker på at det naturlige referansesystemet for 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 frita 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.”*

Arbeidsgruppen ser ut til å mene 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. KS vil bemerke at konkurslovgivningen også skal *beskytte usikrede* kreditorer og legge til rette for en ordnet kreditorforfølgning.

Videre er KS uenig i at begrunnelsen for konkursimmunitet ikke slår til når det offentlige driver økonomisk aktivitet. Konkursimmunitet for stat og (fylkes-) kommunen må vurderes ut ifra hvordan man har organisert stat og (fylkes-) kommune og begrunnelsen for deres konkursimmunitet.

I NOU 1990:13 Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner s. 252 fremgår 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.»*

KS 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 (fylkes-) kommunen forfølger sektorpolitiske målsettinger gjennom sitt vare- og tjenestetilbud.

Begrunnelsen for (fylkes-) kommunenes konkursimmunitet vil således også gjelde for områder hvor den økonomiske delen er integrert i den offentlige kjernevirksomheten, f.eks. ved salg av restkapasitet. Det vil ikke være praktisk gjennomførbart at deler av en virksomhet går konkurs, f.eks. at 30 % av et forbrenningsanlegg, tannhelsetjenester eller laboratorium. Konkursbehandling vil dessuten utfordre begrunnelsen for kommunelovens § 55 som forbyr at det tas utlegg i kommunens eller fylkeskommunenes eiendeler. At deler av virksomhetens 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. (Fylkes-) kommunen vil kunne bli akutt underfinansiert dersom den økonomiske aktiviteten bortfaller, fordi man mister viktig infrastruktur, personale eller en ekstra inntektskilde, samtidig som (fylkes-) 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 (fylkes-) kommuner ikke er i en sammenlignbar faktisk og rettslig situasjon med andre kommersielle aktører.

Etter KS' syn vil derfor ikke det støtterettslige selektivitetskriteriet være oppfylt når den økonomiske aktiviteten er en integrert del av den ikke-økonomiske aktiviteten.

### 3.3 Spørsmålet om skattefritak innebærer offentlig støtte – særlig om selektivitetskriteriet

Ved vurderingen av om skattefritaket utgjør ulovlig støtte etter EØS-avtalens artikkel 61(1) må man også vurdere konkret om kommuner og fylkeskommuner er i samme faktiske og rettslige stilling som private leverandører, dvs. om tiltaket er selektivt. KS vurderer det slik at det ikke alltid vil være tilfellet, og at det må tas hensyn til det ved den nærmere utforming av eventuell skatteplikt.

Fylkeskommunale og 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 befinder sig i tilstrækkeligt forskellige faktiske og retlige situationer til at fastslå, at de ikke er sammenlignelige, og at busbanepolitikken derfor ikke indebærer en selektiv økonomisk fordel for Londontaxaerne.»

Det som etter KS' vurdering ligger i dette er at Londontaxiene har et samfunnsoppdrag, blant annet oppsamlingsplikt og plikt til transport av rullestols-brukere. På denne bakgrunn kom domstolen til at de derfor ikke var i samme rettslige og faktiske situasjon som andre tilbydere, med den følge at selektivitetskriteriet ikke var oppfylt.

Vurderingskriteriene EU-domstolen anvendte her er overførbare til norske kommuner og fylkeskommuner. For eksempel vil fylkeskommunene og 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 fylkeskommunene og kommunene er i en situasjon som faktisk og rettslig er sammenlignbar med den situasjonen private tilbydere er i.

I tilfeller der fylkeskommunene og 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.

#### 4. Tilslutning til minimumskrav for å overholde EØS-avtalens regler om offentlig støtte

KS legger til grunn at regelverket om offentlig støtte skal etterleves. KS slutter seg på denne bakgrunn til arbeidsgruppens forslag når den foreslår innføring av plikt til å føre separat regnskap for EØS-rettslig økonomisk aktivitet og skatteplikt for slik virksomhet, under forutsetning av at det dreier seg om EØS-rettslig økonomisk aktivitet og at det tas inn begrensninger som nærmere omtalt nedenfor.

Etter KS' vurdering vil det være en premiss for tilslutning til dette at det innføres en nedre grense for når en slik plikt inntreffer. KS mener det vil være mulig å reservere skatteplikten for virksomheter som innebærer næringsvirksomhet av noen størrelse uten at dette kommer i strid med EØS-avtalens statsstøtteforbud. Det bør også vurderes å gjøre en avgrensning mot visse typer aktiviteter, for eksempel hvor kommunene tilbyr lovpålagte tjenestetilbud eller har sektorpolitiske målsettinger med sitt tjenestetilbud, samt for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Denne avgrensningen bør settes slik at man ikke avskjærer det offentlige fra å drive økonomisk aktivitet i de tilfeller hvor det av ulike grunner er ønskelig. Blant annet vil det i flere tilfeller kunne være samfunnsøkonomisk ønskelig at det offentlige for eksempel kan utnytte restkapasitet til å tilby tjenester på markedet uten at det knyttes skatteplikt og krav til avkastning til en slik virksomhet. Som nevnt innledningsvis må det bærende hensyn her være at en eventuell skatteplikt utformes slik at det ikke etableres skatteplikt for virksomhet hvor dagens skattefritak ikke er ulovlig offentlig støtte, slik at man ikke går lenger enn det som er påkrevd etter EØS-avtalen art. 61(1). Hvordan dette skal oppnås ved den nærmere utforming av reglene, herunder hvilke kriterier og begreper som skal brukes i skattelovgivningen, vil det først kunne tas stilling til i det videre arbeid med saken.

Et annet overordnet hensyn bør være at virkeområdet utformes så klart som mulig, og med minst mulig økte administrative kostnader for kommunene. Det bør derfor fremgå tydelig hvilke virksomheter som eventuelt blir underlagt skatteplikt og plikt til å føre separat regnskap. Uklare og skjønnspregede regler vil her være uheldig og det er en risiko for at de vil kunne virke prosessdrivende.

KS mener i likhet med arbeidsgruppen at en omsetningsterskel synes å være det mest hensiktsmessige som generelt avgrensningskriterium. Når det gjelder spørsmålet om hvor en slik terskel skal ligge, mener KS at flere elementer i statsstøtteregeleverket selv, kan gi en viss veiledning.

Det vil blant annet kunne gi veiledning å se hen til begrepet «*ancillary activity*» (tilknyttet aktivitet) i Notion of Aid, hvor det fremgår at det ved vurderingen av økonomisk bruk av en offentlig infrastruktur regnes som ancillary når den ikke overstiger 20 % av virksomhetens totale kapasitet.

Unntaket for *bagatellmessig støtte* vil etter vår oppfatning angi et minstenivå for hvor en slik terskel bør legges. Etter dette unntaket vil støtte som ikke overstiger 200 000 euro over en tre-års periode kunne gis på lovlig måte så lenge de beskjedne krav til innhenting av informasjon, rapportering og registrering følges. Generelt vil kravet om at støttebeløpet må være transparent gjøre at støtte i form av kryss-subsidiering, manglende avkastningskrav, fordeler ved ubegrenset garanti mv., ofte vanskelig vil kunne beregnes med slik klarhet. Dette er imidlertid ikke poenget her. Den sentrale begrunnelsen for unntaket er at der den reelle støtten ligger under denne beløpsgrensen regnes den som såpass ubetydelig at den ikke tas i betraktning.

For at eventuell støtt i form av kryss-subsidiering, manglende eller utilstrekkelig avkastningskrav, eller andre fordeler skal kunne komme opp i en slik størrelsesorden at det overstiger grensen for

bagatellmessig støtte, må trolig omsetningen være vesentlig høyere enn 200 000 euro over en tre-års periode.

Et særlig spørsmål er om virksomhetens innvirkning på samhandelen over landegrensene, jf. samhandelskriteriet i støtteregeverket, skal tas med i vurderingen av om en EØS-rettslig økonomisk aktivitet er skattepliktig. Dersom man ser bort fra dette kriteriet, vil skatteplikten kunne gå lenger enn det som strengt tatt følger av EØS-avtalen. Dersom dette kriteriet tas med, vil det imidlertid innebære at skatteplikten vil avhenge av hvordan markedssituasjonen for den aktuelle kommune er. Dette vil kunne gi ulik behandling av kommuner, typisk avhengig av i hvilken del av landet kommunen ligger. Hensynet til likebehandling av kommuner kan tale derfor for at dette kriteriet ikke tas med. Dog vil det også i visse situasjoner være behov for å forskjellsbehandle kommunene nettopp på grunn av markedssituasjonen. Uansett vil det, dersom omsetningsterskelen settes tilstrekkelig høyt, trolig også dekke de situasjoner hvor samhandelskriteriet ikke er oppfylt. En slik reguleringsteknikk vil trolig langt på vei oppfylle det samme som man ville oppnå ved å la samhandelskriteriet gjelde.

Det må videre være slik at en skatteplikt for offentlige aktører praktiseres på lik linje som for private aktører, som vil kunne gå inn og ut av skatteposisjon. Dersom offentlige aktører «tvinges» til alltid å være i skatteposisjon på grunn av markedsaktørprinsippet, så vil det offentlige være underlag strengere regler enn det private, noe som ikke innebærer konkurranse på like vilkår. Det offentlige må derfor ha sammen handlingsrom innenfor regelverket slik det praktiseres for private aktører.

## 5. Spørsmålet om utskillingsplikt

En samlet arbeidsgruppe vurderer det slik at innføring av en plikt til å skille ut økonomisk aktivitet i egne selskaper vil gå lenger enn det som er påkrevd etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte. KS er enig i dette. Et mindretall i arbeidsgruppen har likevel foreslått å innføre en utskillingsplikt<sup>5</sup>, og et slikt tiltak er også foreslått av ESA i henvendelsen til norske myndigheter.

Selv om arbeidsgruppens flertall ikke foreslår en plikt til utskilling av økonomisk aktivitet, vil KS likevel fremheve at vi ikke støtter en eventuell slik plikt. Hovedbegrunnelsen for å motsette seg dette, er at det ikke følger slik plikt av EØS-avtalen. KS mener prinsipielt at i det i denne saken ikke bør innføres plikter som går lenger enn det EØS-avtalen krever for etterlevelse av reglene om offentlig støtte. Videre vil en slik plikt til utskilling gripe direkte inn i kommunenes og fylkeskommunenes selvstyre, herunder kommunenes og fylkeskommunenes frihet til å organisere sitt tjenestetilbud til befolkningen. Tiltaket harmonerer også dårlig 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).

I tillegg til dette vil utskilling i praksis kunne være vanskelig å gjennomføre. For eksempel der infrastruktur og utstyr ikke kan deles fysisk, vil utskilling rent faktisk ikke kunne gjennomføres. Videre vil utskilling kunne redusere effektiviteten på grunn av økte administrative kostnader, i en grad som for små virksomheter vil kunne være avgjørende for om virksomheten kan drives videre eller ikke. En annen effekt er at kommunen vil kunne måtte ha doble systemer, i form av to administrasjoner, økt bemanning etc. Et krav om utskilling vil også kunne føre til lavere kapasitetsutnyttelse som følge av at kommunen går glipp av viktig kunnskap, kompetanse og informasjonsdeling når deler av virksomheten må skilles ut i eget separat selskap. Det vil også kunne føre til at kommunen mister viktig «bestiller-kompetanse» på områder hvor kommunen uansett vil måtte bruke markedet for å skaffe den aktuelle ytelsen.

---

<sup>5</sup> Mindretallsforslag fra NHO og Virke.

Utskillingsplikt vil heller ikke i seg selv forhindre at det kan foreligge offentlig støtte. Blant annet vil det ikke i seg selv være en garanti hverken mot kryss-subsidiering eller for etterlevelse av markedsaktørprinsippet.

En utskillingsplikt vil også kunne få negative sideeffekter. Det vil avskjære kommuner fra å kunne kjøpe tjenester fra virksomheten i egenregi, eventuelt å ekspandere dersom man ønsker å kjøpe i egenregi. Dette har bakgrunn i at støttereglene her kolliderer med anskaffelsesreglene, ved at det såkalte aktivitetskriteriet i anskaffelsesreglenes bestemmelser om uegentlig egenregi kommer inn. For en utskilt virksomhet er det et krav om at maksimum 20 % av omsetningen kan gå til andre enn eierkommunene.

Videre vil det i praksis ha konsekvenser for de ansattes pensjonsvilkår. I prinsippet vil en utskilt virksomhet kunne fortsette den tariffbaserte offentlige tjenstepensjonsordningen. Dette kan gjøres gjennom eksempelvis medlemskap i arbeidsgiverorganisasjonen KS Bedrift og følge deres tariffavtaler. Disse tariffavtalene åpner også for varianter av tjenstepensjonsordninger. Felles for disse tjenstepensjonsordningene er imidlertid at de innebærer en høyere kostnad for arbeidsgiver enn de minstekrav til tjenstepensjon som følger av lov om obligatorisk tjenstepensjon. Den utskilte virksomhetens pensjonskostnader vil kunne være en sentral faktor i en anbudssituasjon. En sannsynlig konsekvens av en utskillelse vil dermed være at de ansattes pensjonsordning i praksis ikke kan videreføres.

En variant av utskilling som har vært prøvd i praksis er at den kommersielle delen av virksomheten legges ut i et eget salgsselskap. Vi har imidlertid vanskelig for å se at en slik løsning vil være treffende. Regelmessig vil et slikt salgsselskap typisk måtte gjøre bruk av infrastruktur og utstyr/personell fra kommunen. Dersom det legges til grunn at relasjonen mellom selskapet – som vil være en markedsaktør – og kommunen, skal måtte skje på markedsvilkår, vil det innebære at for eksempel utleie av lokaler fra kommunen til selskapet vil måtte skje til markedspris. Slik utleie vil imidlertid i seg selv innebære en økonomisk aktivitet i støttereguleringens forstand, med den følge at også denne virksomheten etter omstendighetene kommer under en utskillingsplikt. Slik oppnår man ikke mer enn å flytte problemet med offentlig støtte rundt mellom ulike aktører uten at utskillingsplikten i seg selv vil være en løsning.

## **6. Særlig om spørsmålet om innføring av et generelt prinsipp om markedsmessige vilkår**

KS går imot å innføre et generelt prinsipp om at når en offentlig aktør driver kommersiell aktivitet i konkurranse med andre, skal dette gjøres på markedsmessige vilkår.

Slik vi forstår arbeidsgruppens forslag, innebærer dette å innføre en plikt til å følge markedsaktørprinsippet for all økonomisk aktivitet, også ut over det som allerede følger av EØS-avtalen art. 61(1).<sup>6</sup> Spørsmålet her gjelder altså om prinsippet bør gis anvendelse også i situasjoner og tilfeller hvor det ikke følger av støttereglene i EØS-avtalen, blant annet uavhengig av om samhandelen mellom landene er påvirket. Dette vil kunne føre til økte kostnader, samfunnsøkonomisk tap for eksempel i form av bortfall av tjenestetilbud dersom det legges til grunn uten en nedre terskel. Det vil slik ikke være i tråd med hensynet til at det offentlige skal kunne løse de oppgavene det er gitt gjennom lovgivning og på andre måter på en god og effektiv måte, jf. også arbeidsgruppen mandat. Det kan ofte være sektorpolitisk ønskelig å tilby tjenester som ikke drives med profitt eller er lønnsomme, for å sikre et godt og likeverdig tjenestetilbud til befolkningen i alle deler av landet. Dersom kommunen i stedet må legge ned virksomheten fordi den ikke går med overskudd og gir avkastning, så vil det i tillegg til å være uheldig for kommunens innbyggere også være samfunnsøkonomisk ulønnsomt. Salg av reservekapasitet vil fra en

---

<sup>6</sup> Dissens KS, LO, SSB og Spekter.

samfunnsøkonomisk synsvinkel være effektivt dersom prisen reflekterer beste alternative bruk, forutsatt at det prises over marginalkost. Markedsaktørprinsippet anvendt i en slik situasjon vil således bidra både til et samfunnsøkonomisk tap, i tillegg til at konkurransesituasjonen i markedet svekkes.

Generelt finner KS ellers grunn til å peke på at det ser ut til at arbeidsgruppen har forstått markedsinvestorstesten som en kontroll med prisingen av kommunale økonomiske tjenester. Markedsinvestorprinsippet har etter vår oppfatning først og fremst betydning for å vurdere om kommunen foretar investeringsbeslutninger basert på sunne økonomiske prinsipper, mens det er lite relevant for etterfølgende kontroll med prisingen. Etter vår vurdering bør den etterfølgende kontrollen ta utgangspunkt i om kommunen som minimum får dekke sine merkostnader, samtidig som alle inntektene føres tilbake til kommunen gjennom bruk av transparente kalkyler. Kommunen bør således ikke være underlagt annerledes og strengere norm enn slik private leverandører faktisk opptrer. Private aktører vil i visse situasjoner selge tjenester hvor de kun får dekket sine variable kostnader, fordi et høyere prisnivå ikke vil føre til salg av tjenestene for eksempel i form av restkapasitet. Noen inntekter vil i en slik situasjon være bedre enn ingen inntekter.

## 7. Spørsmålet om innføring av særnorske tilsynsordninger

### 7.1 Egen nasjonal tilsynsordning

Som nevnt er det vår oppfatning at spørsmålet om hvor inngripende tiltak som bør iverksettes styres av problemets størrelse. Det samme gjelder spørsmålet om eventuelle sanksjoner som følge av brudd, og styrken av disse sanksjonene. Arbeidsgruppens rapport har som nevnt svak empiri om dette.

KS går i mot forslaget om å innføre nye og særnorske tilsynsordninger for overholdelse av støtteregulverket. Det primære synspunktet er at det vil være bedre å bruke ressursene på veiledning og informasjon, blant annet fordi det fremdeles er for lav bevissthet om offentlig støtte-reglene.

Det er også grunn til å stille spørsmål ved om problemet med ulovlig støtte er så stort at det kan forsvare etablering av egne tilsynsordninger, jf. arbeidsgruppens egen vurdering av problemets omfang.

Videre finnes det allerede kontrollinstanser. Det er anledning til å få prøvd brudd på støtteregulverket både overfor ESA og overfor norske domstoler. Etablering av et nasjonalt tilsynsorgan vil dermed innebære at flere organer fører tilsyn med det samme, noe som gir et uoversiktlig håndhevelsesregime. Når det gjelder plikt til å føre separat regnskap for økonomisk aktivitet, og overholdelse av skatteplikt, vil både kommunerevisjonen og skattemyndighetene i praksis føre tilsyn med dette.

### 7.2 Spørsmålet om tilsynsorganets kompetanse

Flertallets medlemmer ønsker å gi tilsynsorganet hjemmel til å vedta pålegg om utskilling, omorganisering eller andre tiltak, samt hjemmel til å kreve støtten tilbakebetalt til statskassen.<sup>7</sup>

Etter EØS-regulverket 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>[1]</sup>.

---

<sup>7</sup> KS, LO og SSB dissenterte mot forslaget om tilbakebetaling til fordel for statskassen. KS og LO dissenterte mot forslaget om at tilsynsorganet skulle få hjemmel til å gjøre vedtak om pålegg om utskilling, omorganisering og andre tiltak.

<sup>[1]</sup> [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurrensepolitikk/offentlig-stotte/offentlig\\_stotte\\_veildere\\_2011.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurrensepolitikk/offentlig-stotte/offentlig_stotte_veildere_2011.pdf), side 146.

Etableres det likevel et tilsynsorgan som gis generell kompetanse til å føre tilsyn med støttereguleringen, mener KS at tilsynsorganet ikke må gis videre sanksjonsmyndighet enn det ESA har og som følger av EØS-reguleringen.

Det vil være svært uheldig at det samme bruddet på støttereguleringen skal kunne føre til ulike sanksjoner avhengig av hvem som håndterer klagen. Det skaper en retts-usikkerhet for det offentlige. Et spørsmål som oppstår i den forbindelse er hvordan det f.eks. skal forhindres at det ikke treffes ulike vedtak mellom det nasjonale tilsynsorganet og ESA? ESA kan dessuten ta opp saker helt opp til 10 år etter at støtten ble gitt, slik at (fylkes-) kommuner her risikerer både å bli sanksjonert av et nasjonalt tilsynsorgan og deretter av ESA, eventuelt at ESA kommer til at det likevel ikke forelå brudd.

Forslaget om å gi tilsynsorganet kompetanse til å kunne pålegge *tilbakebetaling* til fordel for statskassen, har karakter av straff. Det er ikke satt noe tak for slik bot/straff. Forslaget innebærer altså at tilsynsorganet får videre kompetanse enn ESA, og går slik lenger enn reglene om offentlig støtte og EØS-avtalen krever. Denne typen straff krever en særlig begrunnelse.

KS ser ikke noen grunn til at et nasjonalt tilsynsorgan skal kunne ilegge mer vidtgående sanksjoner enn ESA. Tilsynsorganets kompetanse bør således begrenses til å kunne pålegge en støttemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til støttegiver, slik systemet er under EØS-avtalens støtteregler.

Det er videre meget tvilsomt om en slik straff vil ha preventiv effekt. Med mindre man ser for seg en bevisst omgåelse vil den preventive effekten neppe inntre.

Det er noe uklart om en slik straff skal komme i tillegg til at støtten tilbakeføres til støttegiver – eller i stedet for dette. Vi antar at det er det siste som er ment. Tilbakeføring til støttegiver fremstår imidlertid som et mer treffende tiltak i lys av reglens formål, enn en straff.

KS støtter heller ikke arbeidsgruppens flertall når den foreslår at et nasjonalt tilsynsorgan skal gis myndighet til å pålegge *omorganisering, utskilling* eller *andre tiltak*. Det gjelder ingen plikt til å skille ut virksomhet etter gjeldende rett. Dette har arbeidsgruppen selv lagt til grunn. Arbeidsgruppens flertall har heller ikke foreslått å etablere en plikt til å skille ut økonomisk aktivitet i egne selskaper. Det, fremstår således underlig at et tilsynsorgan skal kunne pålegge slike inngripende tiltak. Slike pålegg vil dessuten være direkte i strid med kommunenes og fylkeskommunenes organisasjonsfrihet, samt utfordre EØS-avtalens artikkel 125 og 59(1). Forslaget vil således innebære at det innføres en sanksjonsmulighet som ikke følger av statsstøttereglene og det i en situasjon hvor ikke nødvendigvis alle vilkårene for ulovlig støtte er oppfylt.

Det kan se ut som om tiltak og sanksjoner fra det foreslåtte særnorske tilsynets side, bare kan iverksettes der samtlige vilkår i art. 61(1) er oppfylt. Det er likevel uklart hvordan håndhevelsen av et eventuelt generelt virkende markedsaktørprinsipp skal skje. Det er ikke redegjort nærmere hva som skal være innholdet av et slikt prinsipp. Dette gjør det også vanskelig å gi ytterligere kommentarer til håndhevelsen og eventuelle sanksjoner, ettersom innholdet av den norm som skal sanksjoneres i seg selv er uklar. KS vil ut fra de prinsipielle betenkelighetene fraråde etablering av en egen nasjonal tilsynsordning, samtidig som vi viser til merknadene ovenfor om at markedsaktørprinsippet i seg selv verken på generelt eller samfunnsøkonomisk grunnlag er egnet som virkemiddel for sikring av like konkurransevilkår for ikke EØS rettslig økonomisk aktivitet.

Det framstår videre uansett som noe underlig med en eventuell 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. Overholdelse av markedsinvestorprinsippet fordrer uansett vanskelige vurderinger, og konsekvensen av å trå feil bør ikke føre til en tapping av fylkeskommunene og kommunenes budsjetter eller et krav om utskilling av virksomheten.

## 8. Samfunnsøkonomiske effekter av arbeidsgruppens forslag

Som nevnt ovenfor har KS satt ut et FOU-opdrag for å få bedre kunnskap om de samfunnsøkonomiske konsekvensene av arbeidsgruppens forslag, med spesielt fokus på virkningene for kommuner og fylkeskommuner. KS vil formidle resultatene av dette arbeidet til departementet.

Allerede i utgangspunktet finner vi grunn til å peke på at det utfra en alminnelig vurdering vil kunne være samfunnsøkonomisk lønnsomt å la det offentlig bruke restkapasitet lokalt, f.eks. utleie av bygninger som ellers deler av tiden ville stå ubrukte. Geografien i Norge gjør videre at det mange steder er små markeder hvor private tilbydere ikke nødvendigvis finner det lønnsomt å etablere et tilbud. Her viser kartleggingen arbeidsgruppen selv har gjort at flere av tiltakene er igangsatt av kommunene etter etterspørsel/ønske fra innbyggerne. Regulering av konkurransen i disse markedene på andre måter enn ved en rent konkurranserettslig tilnærming vil kunne føre til bortfall av tjenestetilbud, eller i beste fall svekke konkurransen med høyere priser enn nødvendig for forbrukerne som resultat.

Den offentlig støtterettslige tilnærmingen skal sikre like konkurransevilkår på leverandørsiden, og i store markeder på tvers av landegrenser er dette en viktig forutsetning for samfunnsøkonomisk effektive løsninger. I små og lokale markeder vil derimot optimal utnyttelse av tilgjengelig kapasitet være avgjørende for å kunne oppnå samfunnsmessig effektivitet, mens det langt fra er sikkert at like konkurransevilkår på leverandørsiden vil gi et slikt resultat. Dette avspeiles i konkurranseloven hvis formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser, der det særlig skal tas hensyn til forbrukernes interesser. Dersom man skal vurdere tiltak som går lenger enn det som er påkrevet etter EØS-regelverket er det dermed konkurranserettslige, og ikke statsstøtterettslige, prinsipper som bør være styrende for de valg som gjøres. Dette må også gjelde lokale offentlige aktører som må ha et handlingsrom, innenfor konkurranserettslige rammer, til å kunne tilby ledig kapasitet eller tjenester i lokalsamfunnet uten at dette utløser krav om separate regnskap, skatteplikt og etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Det vil f.eks. være samfunnsøkonomisk effektivt når det offentlige leier ut ledige lokaler på kveldstid til innbyggere eller frivillig sektor til priser som avspeiler at dette er ledig kapasitet.

God bruk av offentlige midler og fare for byråkratisering taler også for at det ikke bør innføres tiltak som har økonomisk administrative konsekvenser som ikke oppveier fordelene ved tiltakene.

Med vennlig hilsen

Lasse Hansen  
Administrerende direktør

Tor Allstrin  
Juridisk direktør