

# Like konkurransevilkår for private og offentlige aktører – mandat for arbeidsgruppe

## 1. Bakgrunn

### 1.1 Behovet for tiltak

På et økende antall områder konkurrerer offentlige og private aktører i samme marked. Konkurransen bidrar til økt verdiskaping, sysselsetting og innovasjon i samfunnet. Konkurransvilkår som favoriserer offentlige aktører kan imidlertid føre til motsatt resultat, f.eks. ved at mer effektive bedrifter presses ut av markedet av offentlige virksomheter.

#### *Problemstillinger i lys av EØS-avtalens reglene om offentlig støtte*

EØS-reglene om offentlig støtte regulerer i dag forhold av stor betydning for konkurransen mellom offentlige og private aktører. EFTAs overvåkingsorgan, ESA, har behandlet en rekke klagesaker om støtterettslige problemstillinger knyttet til kryss-subsidiering, skattefritak og manglende etterlevelse av markedsinvestorprinsippet de siste årene. På bakgrunn av enkeltsakene har ESA på generelt grunnlag reist spørsmål om skattelovens generelle skattefritak for staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak, og ubegrensede garantier for de ovennevnte subjektene, er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte når disse utøver økonomisk aktivitet. ESA har også anmodet norske myndigheter om å innføre tiltak som hindrer at det offentlige kryss-subsidierer sin økonomiske aktivitet.

Skattefritaket i skatteloven § 2-30 første ledd bokstav b, c og g nr. 5 gjelder i utgangspunktet all aktivitet som staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak utøver innenfor sitt rettssubjekt. Det omfatter alle inntekter, herunder inntekter fra kommersiell virksomhet, utbytte, gevinster og renteinntekter. ESA har foreløpig konkludert med at det generelle skattefritaket i skatteloven § 2-30 for ovennevnte subjekter er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte når disse aktørene utøver økonomisk aktivitet.

ESA har også foreløpig konkludert med at ubegrensede garantier til fordel for de ovennevnte aktørene ikke er forenlige med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. ESA mener at offentlige aktører mottar ulovlige økonomiske fordeler i form av ubegrensede offentlige garantier, blant annet som følge av konkursforbudet i kommuneloven. ESA har anmodet norske myndigheter om å se dette i sammenheng med skattespørsmålet.

#### *Produktivitetskommissjonen*

Produktivitetskommissjonen peker i sin første rapport, *NOU 2015:1 Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*, på at konkurransen mellom offentlige og private tjenestetilbydere bør skje på like vilkår i den forstand at rammebetingelsene for offentlige og private virksomheter er konkurransenøytrale. En forutsetning for å kunne oppnå konkurranse på like vilkår er at det må være synlig hvordan aktørene direkte eller indirekte mottar offentlig støtte.

Produktivitetskommissjonen mener at virkemidlene i konkurranseloven ikke er tilstrekkelige for å sikre konkurranse på like vilkår mellom offentlige og private tjenestetilbydere. Norge har svake virkemidler for å løse konkurranseutfordringer som oppstår når offentlige virksomheter utfører oppgaver i et marked. Konkurransemyndighetene i våre naboland har de senere årene fått nye redskap som tar sikte på å løse konkurranseutfordringer som oppstår når

det offentlige utfører oppgaver i et marked. Produktivitetskommissjonen mener at det er viktig at Norge får et sterkere håndhevingsregime på dette området.

## **1.2 Hensynet til det offentlige samfunnsoppdraget**

Offentlig sektor tilbyr en rekke ulike tjenester som er organisert på ulikt vis. Det er viktig at gjennomføringen av reglene om offentlig støtte i norsk rett tar tilstrekkelig høyde for at staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak fortsatt skal kunne oppfylle det offentlige samfunnsoppdraget de er tillagt.

Offentlig sektor i Norge utfører i ikke ubetydelig grad økonomisk aktivitet i EØS-avtalens forstand.

Når det gjelder statens rolle, er det ingen enhetlig regulering av statlige virksomheter som utøver økonomisk aktivitet.

Norske fylkeskommuner og kommuner er selvstendige og uavhengige rettssubjekter, og utgjør et eget politisk beslutningsnivå. Kommunene har en omfattende oppgaveportefølje med ansvaret for sentrale lovpålagte velferdstjenester. Kommunenes kompetanse er negativt avgrenset, slik at de kan tilby alle tjenester som ikke er forbudt ved lov. Kommuner har organiseringsfrihet og bestemmer i utgangspunktet selv hvordan de vil organisere sin virksomhet.

De statlig heleide regionale helseforetakene har ifølge spesialisthelsetjenesteloven § 2-1 a første ledd ansvar for å sørge for at personer med fast bopel eller oppholdssted innen helseregionen tilbys spesialisthelsetjeneste. Ansvaret kan oppfylles gjennom egne helseforetak eller ved å kjøpe tjenester fra private tjenesteytere.

## **1.3 Regulering i andre nordiske land**

I Sverige er kommuner som subjekt unntatt inntektsbeskatning. Etter kommunaloven kan imidlertid kommuner kun drive næringsvirksomhet dersom virksomheten ikke genererer profitt og den går ut på å gi allmennyttige fasiliteter eller tjenester til innbyggerne i kommunen. I Sverige er det innført bestemmelser i konkurransereguleringen som kan begrense det offentliges mulighet til å drive salgsvirksomhet, inkludert utleie. Reglene trådte i kraft 1. januar 2010, og gjelder kommuner, landsting, staten, og juridiske personer hvor det offentlige har en dominerende innflytelse. Det følger av reglene at den som mener at en offentlig aktør begrenser konkurransen, kan ta kontakt med Konkurransverket, som kan ta saken til Stockholms tingsrett for å få vedtatt et forbud.

I 2013 vedtok man i Finland en såkalt "*bolagiseringsskyldighet*" (utskillingsplikt) for kommunal virksomhet i markedet. Den aktuelle lovbestemmelsen angir at når kommunene "*sköter uppgifter [...] i ett konkurrensläge på marknaden*", må denne aktiviteten skilles ut i et aksjeselskap, samvirkeforetak, forening eller stiftelse. Bestemmelsen angir ikke nærmere hva som anses som "*uppgifter i ett konkurrensläge*", men det er foretatt flere presiseringer knyttet til hvilken type aktiviteter som *ikke* er å anse som slik virksomhet. Videre er det også gjort flere unntak fra utskillingsplikten. Dette gjelder kommunal virksomhet som i utgangspunktet utøves i markedet, men som likevel unntas fra utskillingsplikten på grunn av virksomhetens natur. Etter den finske konkurranseloven kan Konkurrans- og forbrukermyndigheten på visse vilkår gripe inn mot en kommune, en sammenslutning av

kommuner, staten eller en enhet som kontrolleres av en av de nevnte aktører. Forutsetningen er at de driver kommersiell virksomhet som har forretningspraksis eller en organisatorisk struktur som er egnet til å hindre eller vri konkurransen.

Etter endringer i den danske konkurranseloven i 2000, ble det innført en bestemmelse i lovens § 11 a som skal medvirke til at offentlig næringsvirksomhet utøves på samme vilkår som privat næringsvirksomhet. Regelen tar sikte på at offentlig næringsvirksomhet ikke mottar ulovlig, konkurransevridende støtte. Bestemmelsen omfatter for eksempel kryss-subsidiering, indirekte fordeler i form av leiepriser under markedspris, avgiftslettelser, garantier og lån på særlig gunstige vilkår.

## **2. Utredningen**

### **2.1 Formålet**

Formålet med utredningen er å gi norske myndigheter et godt grunnlag for å iverksette tiltak som skal sørge for at reguleringen av økonomisk aktivitet utøvd av staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak er i tråd med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og at offentlige og private aktører har like konkurransevilkår. Samtidig er det viktig å sikre at det offentlige er i stand til å løse sine oppgaver på en god og effektiv måte.

### **2.2 Utredning**

Arbeidsgruppen skal:

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

langt ESA kan gå i å pålegge tiltak som innebærer en bestemt organisering av offentlig virksomhet.

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

### **2.3 Forslag til tiltak**

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

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

Arbeidsgruppen skal foreslå tiltak under to forutsetninger:

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

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

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

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

### **2.4 Virkninger av tiltakene**

Arbeidsgruppen skal gjennomføre en samfunnsøkonomisk analyse for å klarlegge gevinster og kostnader forbundet med tiltakene, herunder konsekvensene for det offentlige tjenestetilbud til befolkningen, det offentliges mulighet til å organisere og styre sin egen virksomhet og hvordan arbeidstakere kan bli berørt av de foreslåtte tiltakene.

## **3. Sammensetning**

### **3.1 Forslag til medlemmer**

- Erling Hjelmeng (professor, UiO) – leder
- Nils-Henrik von der Fehr (professor, UiO)

- Trond Bjørnenak (professor, NHH)
- Elin Halvorsen (forsker, SSB)
- Miriam Schei (kommuneadvokat, Sandefjord)
- Malgorzata Cyndecka (førsteamanuensis, UiB)

I tillegg gis KS, LO, NHO og Spekter mulighet til hver å oppnevne en representant til arbeidsgruppen.

### **3.2 Sekretariat**

Arbeidsgruppens sekretariat legges til Konkurransopolitisk avdeling i Nærings- og fiskeridepartementet. Sekretariatet består av medlemmer fra FIN, HOD, KMD, NFD og Konkurransetilsynet.

Leder av sekretariatet: Kjell Sunnevåg (internasjonal direktør i Konkurransetilsynet).

### **4. Tidsramme**

Arbeidsgruppen skal levere sin rapport til Nærings- og fiskeridepartementet 1. januar 2018.

Utvalgsleder skal sette opp milepæler hvor arbeidsgruppen møter med de ansvarlige departementene slik at disse får informasjon om status og de vurderinger arbeidsgruppen har gjort så langt.

### **5. Økonomiske og administrative konsekvenser**

Arbeidsgruppen skal utrede de økonomiske og administrative konsekvensene av sine forslag.