

## Offentlig oppgavetyveri?

### Om like konkurransevilkår mellom offentlig og privat virksomhet fra et **norsk** og **dansk** perspektiv

7. september 2018, Det juridiske fakultet

Dr. Malgorzata Cyndecka

Postdoktor

Medlem av arbeidsgruppen «På like vilkår»

# Dagens tema og forbehold

- Viktighet av problemstillingen uavhengig av standpunkt.
- Arbeidsgruppens rapport og påfølgende debatt/høring.
- Innholdet i rapporten og reaksjoner.
- Særmerknader og dissenser – rapportens styrke, men også en utfordring.
- Formålet med dagens konferanse.

# Rapportens bakgrunn I

ESAs brev til Norge av 15. desember 2015:

## *Foreløpig konklusjon*

Det **generelle skattefritaket** i skatteloven og **konkursimmunitet** for **staten, fylkeskommuner, kommuner, regionale helseforetak og helseforetak**

kan innebære at **EØS-rettslig økonomisk aktivitet** i regi av disse organene mottar **økonomiske fordeler** i strid med **EØS-avtalen**.

# Rapportens bakgrunn II

## Produktivitetskommisjonen

(NOU 2015:1 Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd):

- Virkemidlene i konkurranseloven **ikke tilstrekkelige** for å sikre konkurranse på like vilkår.
- **Konkurransemyndighetene i 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.
- Viktig at Norge får et **sterkere håndhevingsregime** på dette området.

# Arbeidsgruppen

- Sommeren 2016 satte regjeringen ned en arbeidsgruppe med prof. dr. juris Erling Hjelmeng (UiO) som leder
- Nils-Henrik von der Fehr (professor, UiO)
- Trond Bjørnenak (professor, NHH)
- Elin Halvorsen (forsker, SSB)
- Miriam Schei (kommuneadvokat, Sandefjord)
- KS, LO, NHO, Virke og Spekter
- Sekretariatet består av medlemmer fra FIN, HOD, KMD, NFD og Konkurransetilsynet med Kjell Sunnevåg som leder
- Pluss undertegnende.

# Arbeidsgruppens oppdrag - mandatet:

1. Identifisere konkurransefordeler og -ulempes for offentlige og private aktører, vurdere hvilke aktiviteter innenfor **skattefritak** og **konkursimmunitet** som omfattes av statsstøttereglene som «**økonomisk aktivitet**» og foreta en vurdering av om regelverket er i **samsvar med EØS-avtalen** (krysssubsidiert, MEOP).
2. Foreslå **tiltak** på bakgrunn av disse drøftelsene – hvilket **handlingsrom** har norske myndigheter etter EØS-retten? (Hva er nødvendig? Hva er ønskelig?).
3. Kartlegge regelverk og erfaringer i **andre land** (Sverige, Danmark og Finland, utvalgte EU-land, innhenting av informasjon fra OECD).

# Mulige konkurranseflater mellom offentlige og private tjenester

- Kartlegging av kommersiell aktivitet som drives internt innenfor norsk offentlig sektor – ikke i enheter som er skilt ut som egne rettssubjekter
- EØS-rettslig økonomisk aktivitet – «tilby varer eller tjenester i et marked»
- Utfordringer ved kartleggingen
- Mye er allerede skilt ut
- Eksempler - forskning og undervisning - oppdragsforskning, videre og etterutdanning, kursvirksomhet, utleie av lokaler
- Begrunnelse for kommersiell aktivitet – restkapasitet, synergieffekt, integrert del av kommunen, ønsket styring og kontroll, utskilling er lite kostnadseffektiv.

# Mulige konkurranseflater for kommunal sektor

- Kulturforvaltning, for eksempel musikk- og kulturskoletilbud, kultur- og konserthus, kino
- Idrettshaller og svømmehaller, treningssentre
- Butikker, cafeer, parkering ved museum, bibliotek, kulturhus o.l.
- Havner
- Eiendomsforvaltning
- Næringsvirksomhet som innsamling og behandling av næringsavfall, cateringvirksomhet, leieinntekter fra kommunalt eide lokaler som ikke lenger brukes til opprinnelig tiltenkt formål, drift av kommunale jordbrukseiendommer og kommunale skoger samt elforsyning
- SFO (?)



# Men...

Mulige konkurranseflater

≠

et problem ut fra **EU/EØS-regler om statsstøtte**  
eller

en risiko for omfattende  
omorganisering/nedleggelse/privatiseringstvang...

# Statsstøtte/offentlig støtte

- Tiltak som oppfyller **alle vilkårene** i EØS-avtalen artikkel 61 første ledd:
  1. Støtten må være gitt av statsmidler (**offentlige midler**)
  2. Mottaker av støtten må drive **EØS-rettslig økonomisk aktivitet** (foretaksbegrepet)
  3. Støtten må innebære en **økonomisk fordel** for mottakeren
  4. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (**selektivitet**).
  5. Støtten må vri konkurransen eller true med å vri **konkurransen**.
  6. Støtten må være egnet til å påvirke **samhandelen** mellom EØS-landene.

# Skattefritak og konkursimmunitet

- Skattefritak
  - Utgjør en **økonomisk fordel**.
  - En **selektiv** fordel?
  - Selektivitet krever forskjellsbehandling mellom foretak i tilsvarende rettslige og faktiske situasjon.
  - Flertallet for selektivitet, KS og LO mot.
- Konkursimmunitet
  - **Selektivitetsvurdering** – samme konklusjon.
  - En **økonomisk fordel**?
  - Ikke i seg selv, men fordeler oppnådd ved f.eks. gunstige lånevilkår.

# Tiltak og handlingsrom

- Ikke nok med en økonomisk fordel som er selektiv.
- Andre vilkår etter EØS-avtalens artikkel 61 må oppfylles – statlige ressurser, konkurransevridning og **samhandelspåvirkning.**
- **Forutsatt av de aktuelle tiltakene utgjør støtte – minstekrav -** separate regnskaper og drift på markedsmessige vilkår (markedsaktørprinsippet).
- **Ingen generell utskillingsplikt.**
- **Skattefritak:** separate regnskaper og skatteplikt (10-1).
- **Konkursimmunitet:** Markedsaktørprinsippet (MEOP) må etterleves.

# Håndhevelse og MEOP

- Flertallet (9-2): **Konkurransetilsynet** skal håndheve brudd på markedsaktørprinsippet.
- Mindretallet (KS og LO): tilstrekkelig med **informasjon og veiledning**.
- Flertallet (8-3): **tilbakebetaling til statskassen**.
- Flertallet (9-2): pålegge omorganisering hvis proporsjonalt.
  
- MEOP - flertallet (7-4) - hvis det offentlige driver kommersielt på markedet, skal dette foregå på **markedsvilkår**.