



Mottaker
Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 OSLO
Norge

Deres ref.: 18/337-3

Vår ref.: 2018/0056-2

Saksbehandler: Jan Gaute Sannarnes
Saksansvarlig: Kurt Richard Brekke

Dato: 02.05.2018

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

1. Kort om bakgrunnen for høringen og arbeidsgruppens forslag

Konkurransetilsynet viser til brev 30. januar 2018 hvor Nærings- og fiskeridepartementet ("NFD") sendte på høring Rapport fra arbeidsgruppe om like konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører. Høringsfrist er 2. mai 2018.

I mandatet til utredningen fremgår det innledningsvis at formålet 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 drøfter tiltak som svar på mandatet og har vurdert hva som må gjøres som et minimum for å tilpasse seg EØS-reglene om offentlig støtte. Et flertall i arbeidsgruppen går inn for at det innføres en plikt til regnskapsmessig skille, og dessuten at det etableres et kontrollregime for å sikre etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Videre anser arbeidsgruppen en løsning basert på separate regnskaper og skatteplikt til å være tilstrekkelig til å avhjelpe støtteproblematikk knyttet til skattefritak. En samlet arbeidsgruppe mener at konkursimmunitet uansett ikke representerer et problem dersom markedsaktørprinsippet etterlevs. Det er heller ikke flertall i arbeidsgruppen for en generell utskillingsplikt for all EØS-rettslig økonomisk aktivitet.

Markedsaktørprinsippet er et grunnleggende prinsipp knyttet til reglene om statsstøtte og er nærmere utdypet i EFTAs retningslinje.¹ Dette prinsippet går ut på å undersøke om en økonomisk transaksjon gjennomført av offentlige myndigheter også ville blitt foretatt av en rasjonell privat aktør i tilsvarende situasjon. Vurderingene foretas ex-ante, det vil si at

¹ ESA decision NO 3/17/COL of 18 January 2017: Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the agreement on the European Economic Area [2017/2413].

vurderingene må gjennomføres på det tidspunktet transaksjonen ble besluttet. I utgangspunktet gjennomføres testen ved å sammenligne med private aktører som foretar tilsvarende transaksjoner i det relevante markedet, ved benchmarking mot private aktører i sammenlignbare situasjoner eller ved andre vurderingsmetoder som nåverdiberegninger, etc.

Videre foretar arbeidsgruppen en nærmere gjennomgang av hvordan det regnskapsmessige skille bør utformes for å kunne vurdere etterlevelse av markedsaktørprinsippet. I den forbindelse blir det viktig å fastsette et riktig kapitalgrunnlag og fordele kostnader mellom den aktuelle økonomiske aktiviteten og andre aktiviteter. Det vises til at både direkte og indirekte kostnader bør reflekteres i regnskapet og at ESA stiller krav om at den økonomiske aktiviteten må dekke en rimelig andel av de indirekte kostnadene og vise en rimelig grad av fortjeneste. Arbeidsgruppen argumenterer for at inntekter og kostnader bør henføres direkte til aktiviteten de er tilknyttet til, at indirekte kostnader bør fordeles basert på årsakssammenhenger og eventuelt som et påslag på direkte kostnader.

Et flertall i arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet får kompetanse til å avgjøre om virksomheten representerer en EØS-rettslig økonomisk aktivitet, samt om det foreligger brudd på forpliktelsen til separate regnskaper og etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Et flertall foreslår videre at Konkurransetilsynet skal gis kompetanse til å gi konkrete pålegg om utskilling, omorganisering eller andre tiltak, dersom markedsaktørprinsippet brytes og slik utskilling vil være proporsjonalt. Videre foreslås det at Konkurransetilsynet bør kunne pålegge en støttemottaker å tilbakeføre eventuelt ulovlig mottatt støtte til statskassen. Forholdet til ESA kan i henhold til et flertall i arbeidsgruppen ivaretas gjennom en tilsvarende bestemmelse som artikkel 11 nr. 6 i forordning 1/2003,² slik at Konkurransetilsynet ikke lenger er kompetent til å håndheve artikkel 53 og 54 i EØS-avtalen når ESA har innledet formell saksbehandling i samme sak. Disse reguleringene anbefales inntatt i lov om offentlig støtte da det blant annet pekes på at formålet om samfunnsøkonomisk effektiv ressursbruk i konkurranseloven avviker fra formålet med reglene for offentlig støtte, der fokuset ligger på konkurransesituasjonen mellom foretak. Det vises ellers til at forslaget vil kreve betydelig økte ressurser til Konkurransetilsynet.

2. Konkurransetilsynets merknader

2.1 Innledning

Etter Konkurransetilsynets oppfatning er det viktig å ta utgangspunkt i en samfunnsøkonomisk analyse i vurderingen om det offentlige og private aktører står overfor like konkurransevilkår. Et samfunnsøkonomisk perspektiv tilsier at samfunnets ressurser utnyttes mest mulig effektivt. Det er derfor viktig at det ikke legges hindringer for at aktører kan utnytte restkapasitet, synergier og stordriftsfordeler på en samfunnsøkonomisk effektiv måte. Dette vil gjelde både for det offentlige og private aktører.

Samfunnsøkonomisk lønnsomhet har både et statisk og et dynamisk perspektiv. Ut fra et dynamisk perspektiv er det blant annet viktig at det foretas samfunnsøkonomisk lønnsomme investeringer. Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil et markedsaktørprinsipp utformet på en riktig måte normalt bidra til dette.

² Jf. Art 11 nr. 6 i ODA Protokoll 4 kapittel II som er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om gjennomføring av konkurransereglene i EØS-avtalen mv. (FOR-2011-12-21-1518).

I et statisk perspektiv er kapasiteten imidlertid ofte gitt, og spørsmålet blir da om den gitte kapasiteten til en offentlig aktør utnyttes på en samfunnsøkonomisk effektiv måte. Etter tilsynets vurdering er det forhold som kan tyde på at praktiseringen av markedsaktørprinsippet ikke alltid tilfredsstillende kravene til samfunnsøkonomisk effektivitet. Dette vil diskuteres nærmere nedenfor.

Arbeidsgruppen viser som nevnt til at formålet med konkurransereglene og statsstøtteregele er forskjellig. Konkurransetilsynet savner en diskusjon av hvilke rammer statsstøtteregele setter for å gjennomføre en test basert på markedsaktørprinsippet som vil være i samsvar med kravene til samfunnsøkonomisk effektivitet. Etter tilsynets oppfatning ville en slik diskusjon vært naturlig ut fra mandatets krav til arbeidsgruppen om å synliggjøre hvilket handlingsrom norske myndigheter har etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte.

I det følgende vil Konkurransetilsynet gi noen merknader til rapporten når det gjelder utnyttelse av stordrifts- og samdriftsfordeler, samt restkapasitet, krysssubsidiering, regnskapsmessig skille versus organisatorisk skille og Konkurransetilsynets rolle i å følge opp mulige tiltak.

2.2 Utnyttelse av stordrifts- og samdriftsfordeler, samt restkapasitet

Det offentlige står ofte overfor situasjoner hvor det har ansvar for produksjon som offentlig forvalter eller for å tilby en regulert tjeneste, samtidig som innsatsfaktorene i denne virksomheten kan benyttes til å produsere tjenester i konkurranse med private aktører. For en offentlig markedsaktør kan felles produksjon av forvaltningsoppgaver og konkurransevirkosmhet gi økonomiske gevinster i form av blant annet stordrifts- og samdriftsfordeler som innebærer lavere produksjonskostnader for den kommersielle virksomheten.

Det er viktig at en offentlig aktør står overfor det samme mulighetsområdet til å utnytte slike stordrifts- og samdriftsfordeler som en privat aktør. Arbeidsgruppen viser til at "[e]n offentlig eier må på samme måte som en privat tillates å utnytte kostnadsfortrinn og prise optimalt med hensyn til konkurransesituasjonen". Arbeidsgruppen viser i den sammenheng til kommersiell utnyttelse av restkapasitet i kjernevirksomheten. Her skiller imidlertid arbeidsgruppen mellom restkapasitet som er av midlertidig og av permanent karakter, og viser til at for restkapasitet av permanent karakter bør muligheten for å avhende kapasiteten i markedet vurderes. Konkurransetilsynet vil i den sammenheng vise til at dersom et slik salg medfører at stordrifts- og samdriftsfordeler går tapt, vil det å avhende permanent restkapasitet ikke nødvendigvis være samfunnsøkonomisk lønnsomt. Ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted må et eventuelt tap av stordrifts- og samdriftsfordeler avveies mot eventuelle positive konkurransevirkninger ved at restkapasitet selges til private aktører.

I rapporten trekker arbeidsgruppen frem viktigheten av at markedsaktørprinsippet følges og uttaler i den forbindelse at "[d]ette innebærer at det offentlige som markedsaktør må handle på samme måte som en sammenlignbar, rasjonell og profittorientert privat aktør ville ha gjort under lignende omstendigheter". Utvalget viser også til at det er viktig at markedsaktørprinsippet etterleves, herunder at kostnader og inntekter allokeres korrekt og at prisene på de ressurser den offentlige kommersielle virksomheten direkte eller indirekte disponerer, reflekterer alternativkostnad eller verdien i beste alternative anvendelse.

Konkurransetilsynet er av den oppfatning at det ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted vil kunne være riktig å legge til grunn hva en sammenlignbar, rasjonell og profittorientert privat

aktør ville ha gjort og benytte et alternativkostnadsprinsipp som grunnlag for fordeling av inntekter og kostnader. Det innebærer f. eks. at det legges til grunn hva en alternativt kunne leid ut et lokale for. Imidlertid forutsetter dette at det finnes et marked hvor det er mulig å leie ut et slikt lokale eller at lokalet faktisk har en alternativverdi.

Konkurransetilsynet er videre av den oppfatning at et alternativkostnadsprinsipp ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv også bør legges til grunn når kostnader skal fordeles mellom den skjermede aktiviteten og den aktiviteten som er i konkurranse med private aktører. En slik alternativkostnadstankegang innebærer at det er merkostnadene knyttet til å tilby denne restkapasiteten i konkurranse med private aktører som skal allokere til denne delen av virksomheten. Dersom det benyttes en felles infrastruktur, vil det ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv derfor være den merkostnaden ved å tilby restkapasiteten som legges til grunn og ikke en rimelig fordeling av felleskostnadene mellom de to aktivitetene.

En rasjonell privat aktør vil på mange måter tenke likt i en slik situasjon. Han vil vurdere hvilke merkostnader som påløper ved å tilby restkapasiteten, og prisen på tjenestene slik at prisen minst dekker de marginale kostnadene ved å tilby tjenestene.

Arbeidsgruppen er inne på denne samfunnsøkonomiske tilnærmingen når de viser til at en fremgangsmåte vil kunne være en kontrafaktisk tilnærming med differanseinntekter og differansekostnader (kostnader med og uten den økonomiske aktiviteten) kunne vært lagt til grunn. Gruppen avviser imidlertid denne fremgangsmåten ved at det kan bli svært skjønsmessige vurderinger og for krevende å utarbeide og kontrollere. Etter det Konkurransetilsynet kan se foretas det ikke noe nærmere begrunnelse. I den forbindelse refererer arbeidsgruppen til at ESA derfor legger opp til at regnskapet for den økonomiske aktiviteten skilles ut basert på spesifikke regler. Videre vises til kommisjonsbeslutningen 2012/21/EU hvor det stilles krav til bruk av generelt aksepterte regnskapsprinsipper og til at tjenesten skal dekke direkte kostnader, en rimelig andel av felleskostnader, samt en rimelig fortjeneste. Dette har også vært utgangspunktet for ESAs saker i Norge som det vises til i rapporten, og at arbeidsgruppen tolker dette dithen at det således er en form for selvkost som er utgangspunktet for det regnskapsmessige skillet. Selvkost-prising medfører et prisgulv som normalt ligger betydelig over marginalkostnaden ved å tilby restkapasitet i markedet. Slik sett pålegges den offentlige aktøren et kunstig prisgulv i konkurransen og kan på den måten tvinges til å prisen høyere enn en sammenlignbar privat aktør ville ha gjort.

Etter Konkurransetilsynets oppfatning vil som nevnt merkostnaden ved å tilby restkapasiteten være et mer riktig grunnlag for allokering av kostnader i et samfunnsøkonomisk perspektiv. Tilsynet savner derfor en nærmere diskusjon om en slik fremgangsmåte vil være mulig innenfor rammen av EØS-avtalens statsstøtteregelverk.

2.3 Krysssubsidiering

I statsstøtteretten brukes begrepet krysssubsidiering om situasjoner der EØS-rettslig økonomisk aktivitet subsidieres med offentlige midler. I samfunnsøkonomisk forstand er krysssubsidiering ofte knyttet til at et offentlig foretak priser ulikt for samme tjeneste i ulike markeder slik at tjenesten i det ene markedet selges under gjennomsnittlige produksjonskostnader. Imidlertid kan ulik pris for samme tjeneste i ulike markeder være bra ut fra et samfunnsøkonomisk perspektiv. På den måten utnyttes ellers ledig kapasitet og så lenge en prisen over marginale kostnader får en dekket et bidrag til felleskostnadene. Ut fra

økonomisk teori kan det også vises at en slik prisstruktur (Ramsey prising³) kan være optimal både for samfunnet og for den offentlige aktøren. For private aktører vil dette også være vanlig praksis i mange markeder. Disse aktørene vil prise høyt der det er lite konkurranse og lavt der det er mye konkurranse. Etter Konkurransetilsynets oppfatning bør en derfor være forsiktig med å forby denne type prising på generelt grunnlag. Konkurranseloven § 11 vil kunne anvendes mot offentlige foretak dersom de misbruker sin dominerende stilling ved å sette lave priser for å utestenge konkurrenter.⁴

2.4 Regnskapsmessig skille versus organisatorisk skille

Arbeidsgruppens flertall har konkludert med at innføring av et krav om regnskapsmessig skille vil være nødvendig for å etterleve støttereglene med hensyn til markedsaktørprinsippet og for å unngå kryssubsidiering. Konkurransetilsynet er enig at det bør innføres et krav om regnskapsmessig skille. Dette vil gi mer synlighet knyttet til den konkurranseutsatte virksomheten og dermed kunne gi styret for den offentlige aktøren mulighet til å ha større fokus på den konkurranseutsatte delen.

Samtidig ønsker Konkurransetilsynet å klargjøre tilsynets stilling angående offentlig foretak som driver både EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, som det refereres til på side 88 i rapporten. Etter tilsynets oppfatning er det forhold som taler både for og mot organisatorisk skille av disse to typer aktivitet. Eksempelvis vil realiseringen av stordrifts- og samdriftsfordeler kunne være avhengig av at aktivitetene samles i en organisatorisk enhet. Det er derfor Konkurransetilsynets vurdering at ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted bør det ikke være et påbud om organisatorisk skille mellom EØS-rettslig økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, men en sak til sak vurdering i hvilken grad det er hensiktsmessig med et slikt skille. Konkurransetilsynet er derfor enig i flertallets vurdering om at valg av utskilling bør være opp til det offentlige selv.

2.5 Konkurransetilsynets rolle i å følge opp tiltakene

Et flertall i arbeidsgruppen foreslår som nevnt at Konkurransetilsynet får kompetanse til å avgjøre om virksomheten representerer en EØS-rettslig økonomisk aktivitet, samt om det foreligger brudd på forpliktelsen til separate regnskaper og etterlevelse av markedsaktørprinsippet. Konkurransetilsynet har i dag kun ansvar for konkurransereglene, og samfunnsoppdraget er således enkelt og tydelig – å fremme konkurranse til fordel for forbrukere og næringsliv. Konkurransereglene har et entydig samfunnsøkonomisk perspektiv, mens statsstøttereglene blant annet har som formål å sikre like vilkår for offentlige og private virksomheter. Bekymringen til tilsynet i så henseende er at endring av fokus kan svekke tilsynets veletablerte rolle med å påse sterkest mulig konkurranse til det beste for samfunnet. Videre bør det avklares nærmere hvordan fordelingen av oppgaver mellom ESA og Konkurransetilsynet skal skje. Håndheving av statsstøtteregelverket vil etter Konkurransetilsynets vurdering kreve nyrekruttering og spesialisering av ansatte på andre områder enn hvor tilsynet har sin kjernekompetanse i dag. Det vises ellers til arbeidsgruppens presisering at forslaget vil kreve betydelig økte ressurser til Konkurransetilsynet.

Avslutningsvis vil Konkurransetilsynet bemerke at dersom håndhevingen av EØS-avtalens statsstøtteregelverk skal legges til Konkurransetilsynet, er det nødvendig med en grundigere

³ Ramsey prising tilsier at dersom prisene skal økes utover marginale kostnader, vil det være optimalt både for aktøren og samfunnet at prismarginene er proporsjonale med den inverse av etterspørselstettheten i de ulike markedene.

⁴ Se også Nese, G.: Kryssubsidiering – et konkurranseproblem?, Samfunnsøkonomen nr. 9 2010.

utredning av flere forhold, herunder grensedragnin g mot ESAs håndheving, organisering av håndhevingsorganet, samt forholdet til håndheving av konkurransereglene.

Med hilsen



Kurt Richard Brække (e.f.)
sjeføkonom

Mottaker

Nærings- og fiskeridepartementet

Postadresse

Postboks 8090 Dep

Poststed

0032 OSLO
Norge

Kontakt/e-post

postmottak@nfd.dep.no