

"Like vilkår"-utredningen

Prof. dr. juris Erling Hjelmeng

7. mars 2017

Mandatet

- Bakgrunn: ESA-sak og produktivitetskommisjonen
- Formål: Grunnlag for vurdering av tiltak som sikrer "at reguleringen av økonomisk aktivitet ... er i tråd med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og at offentlige og private aktører har like konkurransevilkår."
- Bestilling (utv.):
 - Utrede statsstøttespørsmålene om konkursimmunitet og skattefritak, og foreslå tiltak for å løse dette
 - Kartlegge kilder til ulike konkurransevilkår
 - Foreslå andre tiltak "som kan være ønskelige av hensyn til like konkurransevilkår, effektiv ressursbruk og andre relevante hensyn"

"Like vilkår" – et hav av problemstillinger 1

- Noen problemstillinger fra Arbeidsgruppens dialogmøte 24.1:
 - Det offentlige "overtar" et fungerende marked fra private (Kartverket)
 - Offentlige foretak mottar betaler ikke markedspris for tjenester (Labtjenester, Trondheim kommune)
 - Offentlige forskningsstiftelser forfordes med oppgaver (NINA)
 - Tildeling av eneretter og organisering i konsern (avfall)

"Like vilkår" – et hav av problemstillinger 2

- Hvilke aktiviteter bør staten drive – private løsninger mer innovative (særlig utvikling av IKT)
- Eksklusive avtaler med leverandører
- Tiltak etterlyst:
 - Kritisk gjennomgang av hva det offentlige bør gjøre
 - Inngrepsadgang for Konkurransetilsynet

Relevante regelsett

- Statsstøttereglene
 - Skal motvirke at foretak mottar økonomiske fordeler
- Anskaffelsesreglene
 - Skal sikre konkurranse om offentlige innkjøp
- Konkurransereglene for foretak
 - Skal sikre konkurranse mellom foretak
 - Forbid mot konkurransebegrensende avtaler, misbruk av markedsrett og kontroll med fusjoner/oppkjøp

Kilder til ulike vilkår

- Kapital: Verdsettelse og avkastning
- Rabattert input/Krysssubsidiering
- Rammevilkår: Skattefritak
- Strukturelle forskjeller: Konkursimmunitet
- Forskjellsbehandling

Nærmere om utredningen

- Statsstøtterettslig vurdering
- Kartlegging av offentlig økonomisk aktivitet
- Vurdering av samfunnsøkonomiske effekter (og andre hensyn)
- Tiltak
 - Løsning på skattefritak og konkursimmunitet
 - Utskillelse vs. ikke-utskillelse
 - Andre tiltak

Støttereglene

- Art. 61 nr. 1:
 - "Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene."
- Særlig to vilkår: Fordel og økonomisk aktivitet (foretak)
- Samhandelspåvirkning og konkurransevridning vil variere fra sak til sak

Økonomisk aktivitet

- Foretak = enheter som driver økonomisk aktivitet
- ”enhver virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet” (sak C-180/98, p. 75)
 - Uavhengig av organisering, eierskap
 - Også offentlige etater, for eksempel brannvesen
- Først og fremst et spørsmål om hvilke offentlige aktiviteter som faller utenfor støtteregele
- Offentlig myndighetsutøvelse er ikke ”økonomisk aktivitet”
- Service/tjenester må vurderes konkret
- Salg av overskuddskapasitet i markedet = øk. aktivitet
- Kan være oppfylt for én aktivitet, men ikke for en annen

Økonomisk aktivitet 2

- Sak E-5/07 Barnehagesaken
 - Kommunale barnehager ikke "foretak"
 - Del av utdannelsessystemet
 - Betaling ansett som del av finansiering av et offentlig tilbud
- Helsevesen og ordninger basert på gjensidig solidaritet
- Salg av overskudd:
 - GA Kokott i C-74/16: Under 10 % er ikke-økonomisk

Støtte – økon. fordel

- Hovedspørsmål: Om foretak tilføres midler eller unngår kostnader det ville hatt under normale omstendigheter
 - Skattefritak
 - Garantier (men kan konkursimmunitet likestilles?)
 - Rabattert input (krysssubsidiering)
 - ”Market economy investor principle”
 - Manglende/reduerte avkastningskrav
 - Offentlige handlinger sammenlignes med en hypotetisk privat investor, hvis samsvar – ingen fordel

Konkurranssevridning og samhandel

- Ikke krav om faktisk påvist samhandelsvirkning eller konkurranssevridning – tilstrekkelig at ”egnet til” å ha slik virkning
- Satt på spissen: Foreligger det først selektiv støtte kan det presumeres at slike virkninger kan inntreffe
 - Potensiell etablering, jf sak C-280/00 Altmark trans
 - Produksjon i andre land
- Men flere saker hvor Kommisjonen har akseptert fravær av samhandelsvirkning ved lokale tiltak
 - Oversikt i Notion of Aid, pkt. 197)

Tiltak

- Tiltakenes formål
 - Etterlevelse av EØS-reglene
 - "Minimumsløsning" (avvikle ordninger i strid) eller også redusere risiko for enkeltbrudd (f.eks. aktiv håndhevelse av MEIP)?
 - "EØS-løsning" uavhengig av samhandelspåvirkning?
 - Legge til rette for like vilkår og effektiv konkurranse mellom offentlige og private "beyond state aid"?

Tiltak statsstøtte

- Utskilling
 - Én løsning på skattefritak/konkursimmunitet
 - "Løser" ikke MEIP, krysssubsidiert
 - Håndtering av støtteproblematikk i utskilte enheter egen problemstilling
 - Spørsmål om omfang (10 %?)
- Ikke-utskilling
 - Skattefritak/konkursimmunitet kan løses ved særregler

Oppsummering

- Utfordrende utredning
 - Komplekst faktum, kompleks jus
 - Og flere tilpasningsmuligheter
- Fokus:
 - Få frem alle rettslige argumenter, herunder synliggjøre hvor det kan være tvil
 - Få frem mulighetsrommet, og fordeler/ulempes ved ulike løsninger