

Nærings- og fiskeridepartementet
Postboks 8090 Dep
0032 Oslo

30.04.2018

KS BEDRIFTS HØRINGSUTTALELSE – KONKURRANSE PÅ LIKE VILKÅR

1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 30.01.2018 vedrørende rapport om like konkurransevilkår for offentlige og private aktører. Rapporten «Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører» ble den 23.01.18 overlevert Nærings- og fiskeridepartementet og departementet sendte rapporten på høring, med frist til 02.05.2018 for innspill.

KS Bedrift er den sentrale organisasjonen for bedrifter i kommunal sektor. Vi er arbeidsgiver og interesseorganisasjon for mer enn 500 kommunalt eide bedrifter, i ulike bransjer. KS Bedrift representerer mange av de virksomheter som er utskilt fra kommuner i henholdsvis IKS, AS, SA, KF eller § 27 selskap. De største bransjene leverer tjenester innenfor avfall, energi, havn og brann og redning. I tillegg har vi interkommunale krisesentre, arkiv, revisjon, vann og avløp, konserthus, museum og idrettshaller som medlemmer. Felles for alle disse er at de leverer grunnleggende tjenester til sine lokalsamfunn.

Hovedpunkter i høringssvaret

- KS Bedrift savner en konkret avgrensing av hvilken økonomisk aktivitet ESA mener er i strid med støtteregelverket.
- KS Bedrift mener arbeidsgruppen i større grad burde utfordret ESAs tilnærming og tydeliggjort Norges handlingsrom innenfor statsstøtteregelverket.
- KS Bedrift mener det begrensede omfanget av økonomisk aktivitet innen det offentlige tilsier at det er unødvendig å innføre generelle endringer i regelverket.
- KS Bedrift mener det er en svakhet ved rapporten at tiltakene som er foreslått ikke er konsekvensutredet.
- KS Bedrift mener regnskapsmessig skille er uproblematisk.
- KS Bedrift mener innføring av skatteplikt der det offentlige driver økonomisk aktivitet i markedet i utgangspunkt er uproblematisk. Kommunal virksomhet har normalt andre motiver og formål enn ren profit. Dette støtter opp under behovet for at en statsstøtterettslig vurdering må gjøres konkret opp imot hver virksomhet/bransje.
- KS Bedrift mener innføring av et generelt prinsipp om at all økonomisk aktivitet skal drives på markedsvilkår kan være uheldig, ettersom mye av den offentlige virksomheten kan ha andre motiver enn en privat aktør vil ha.
- KS Bedrift er skeptisk til en innføring av et nasjonalt tilsynsorgan, fordi dette vil bety at flere organer fører tilsyn med det samme regelverket uten at ansvarsforholdet mellom disse er avklart.

2. Bakgrunn

Sommeren 2016 satte regjeringen ned en arbeidsgruppe som skulle utrede og vurdere konkurranseforholdene mellom offentlige og private virksomheter.

Bakgrunnen var at ESA i 2015 foreløpig konkluderte med at kommunenes generelle skattefritak og ubegrensede garanti (konkursimmunitet) kan gi økonomiske fordeler, som utgjør ulovlig statsstøtte, når de tilbyr varer eller tjenester på markedet sammenlignet med privateide konkurrenter.

Arbeidsgruppen adresserer i utgangspunktet ikke økonomisk aktivitet i selskap skilt fra kommunen som egne rettssubjekt. KS Bedrift legger allikevel til grunn at forslagene også kan få konsekvenser for de av KS Bedrifts medlemmer som er organisert i selskap som er unntatt skatt (for eksempel § 27 selskap) eller som har konkursimmunitet (IKS).

3. KS Bedrifts generelle kommentarer til rapporten

3.1 Omfanget av EØS-rettslig økonomisk aktivitet innen det offentlige

Arbeidsgruppen konkluderer med at mesteparten av vare- og tjenestetilbudet der kommunene har rene forretningsmessige intensjoner allerede er utskilt i rettssubjekt som betaler skatt og kan gå konkurs. For de tilfeller der noe økonomisk virksomhet fremdeles ligger i en etat eller KF er dette gjerne begrunnet i sektorpolitiske målsetninger eller i felles bruk av infrastruktur og utnyttning av restkapasitet, for eksempel publikumsbading og utleie av offentlig eide bygg. Vår erfaring er at det samme gjelder for virksomhet kommuner har skilt ut i egne rettssubjekt. Det gjøres oppmerksom på at for energi- og avfallsbransjen er det allerede innført regnskapsmessig skille og skatteplikt.

KS Bedrift mener omfanget av EØS-rettslig økonomisk aktivitet innen kommunen og innen kommunalt eide selskap er så begrenset at en omfattende reform som foreslått av arbeidsgruppen fremstår som lite proporsjonal og overflødig.

3.2 Avgrensning av hvilken økonomisk aktivitet som skal omfattes av tiltakene

KS Bedrift mener det er uhensiktsmessig at all økonomisk aktivitet innen kommunen vurderes samlet opp imot støtteregelverket. For å vurdere om det foreligger brudd på støttereglene må seks kumulative vilkår være oppfylt. KS Bedrift mener at disse vilkårene må vurderes opp imot hver enkelt virksomhet eller type virksomhet for å kunne slå fast at det foreligger brudd på støttereglene. For eksempel kan det ved flere typer virksomhet være tvil om det foreligger økonomisk aktivitet i statsstøtterettslig forstand. Et annet vilkår er kravet om at støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

På bakgrunn av dette mener vi det hadde vært mer hensiktsmessig om ESA tilnærmet seg eventuelle brudd på statsstøtteretten på ordinært vis gjennom å adressere enkeltbransjer/enkeltvirksomheter. KS Bedrift er av den oppfatning at en slik tilnærming hadde vært mer i tråd med den rolle ESA er ment å ha som tilsyn. Vi mener det ikke er ESAs rolle å legge føringer på hvordan stat og kommune organiserer seg generelt. KS Bedrift savner en mer balansert tilnærming til denne problemstillingen i rapporten og vil oppfordre departementet til å vurdere konsekvensene av å akseptere å gi ESA en slik rolle sett opp imot EØS-avtalens artikkel 125 og prinsippet om at avtalen ikke griper inn i eiendomsrettslige ordninger, herunder statens suverene rett til å bestemme om tjenesteytelser skal være basert på offentlige ytelser, eller om sektorer skal åpnes for konkurranse fra private aktører. KS Bedrift mener saken kan få ringvirkninger også forbi dette prinsippet ved at den griper direkte inn i organiseringen av forvaltningen.

3.3 ESAs mandat og norsk handlingsrom innenfor EØS-statsstøtteregler

I henhold til mandatet skulle arbeidsgruppen vurdere om det generelle skattefritaket og de implisitte garantier er forenelig med EØS-avtalens artikkel 61(1). Videre var arbeidsgruppens oppgave å synliggjøre det handlingsrom som foreligger innenfor EØS-avtalens regler om offentlig støtte.

KS Bedrift mener at arbeidsgruppen i større grad burde utfordret ESAs argumentasjon og således fått bedre frem hvilket handlingsrom norske myndigheter har. I denne sammenheng mener KS Bedrift at arbeidsgruppen i større grad burde tatt hensyn til den praksisendring som har funnet sted i EUs tilnærming til statsstøtte. ESA startet sin sak på et tidspunkt når EUs modernisering av statsstøtteretten var i startfasen og vi mener at de konklusjoner trukket i 2015 ikke nødvendigvis vil være de samme etter dagens statsstøtterett.

EUs statsstøttekontroll er etter sin moderniseringsreform av statsstøtteretten vesentlig forenklet og preges av en mer realistisk tilnærming. Det har blitt introdusert nye retningslinjer og tilnærmingen til statsstøttekontroll er mer effektbasert enn tidligere. Et omfattende gruppeunntak har også blitt vedtatt og inkluderer nå en rekke virksomhetsområder.

Spesielt er det verdt å merke seg at tilnærmingen til samhandelskriteriet er endret og terskelen for hva slags aktivitet som anses å påvirke samhandelen mellom EØS-landene ligger i dag betydelig høyere enn tidligere. Prioritet skal gis til de større sakene som har betydning for handel på tvers av landegrensene, mens saker som er av ubetydelig omfang eller som ikke påvirker handel på tvers av landegrensene er å anse som nasjonalt anliggende. KS Bedrift mener at det nye statsstøttereimet tilsier at støtte til aktiviteter som utøves i lokale markeder i stor grad vil falle utenfor statsstøtteregeverket.

I lys av de endringer som har funnet sted i EUs tilnærming til statsstøtte mener KS Bedrift det er naturlig at behovet for en reform, som forslått av arbeidsgruppen, vurderes grundig.

ESA foreslår all økonomisk aktivitet skal skilles ut i egne rettssubjekter som betaler inntektsskatt og som kan gå konkurs. KS Bedrift støtter arbeidsgruppens vurdering om at det ikke foreligger EØS-rettslig grunnlag å pålegge norske myndigheter en utskillingsplikt.

3.4 Forholdet til EØS-avtalen

KS Bedrift er enig i at økonomisk aktivitet i regi av det offentlige må forholde seg til EØS-regelverket for offentlig støtte når de konkurrerer med private aktører i et marked, forutsatt at virksomheten ikke faller under et av unntakene i statsstøtteregeverket eller omfattes av gruppeunntakene. Videre må virksomheten oppfylle samhandelskriteriet. KS Bedrift vil imidlertid advare mot å introdusere nasjonale regler som går lenger enn det som følger av statsstøtteregeverket i dag.

3.5 Manglende konsekvensutredning

Arbeidsgruppen har i liten grad analysert mulige konsekvenser av de tiltakene man foreslår. Det at man heller ikke har tatt konkret stilling til hvilket vare- og tjenestetilbud tiltakene skal gjelde for gjør det etter vår vurdering vanskelig å forutse konsekvensene av de foreslåtte tiltak. Dette er en svakhet med arbeidsgruppens rapport og KS Bedrift mener en konsekvensutredning er helt nødvendig før man gjennomfører generelle endringer i lovverket som her er foreslått.

4. KS Bedrifts kommentarer til de enkelte tiltak foreslått av arbeidsgruppen

Arbeidsgruppen har foreslått en rekke konkrete tiltak for å utjevne konkurransen mellom private og offentlige aktører når de opererer på samme marked. KS Bedrift er enige i at dersom det offentlige driver EØS-rettslig økonomisk virksomhet i konkurranse med private og hensikten er markedsmessig avkastning kan tiltak som skatteplikt og etterlevelse av markedsaktørprinsippet rimelig. Vi har allikevel enkelte bemerkninger til de enkelte tiltakene foreslått av arbeidsgruppen.

4.1 Innføring av omsetningsterskel

EØS-statsstøttereglene er ment å hindre støtte som påvirker samhandelen mellom EØS land. Som nevnt over har kommisjonen i de senere år lagt til grunn en langt mer restriktiv forståelse for hva slags økonomisk virksomhet som kan ha effekt over landegrensene. Norge er et geografisk langstrakt land og i den grad norske kommuner og kommunalt eide bedrifter er engasjert i økonomiske aktiviteter vil denne aktiviteten etter ny praksis sjelden ha en samhandlingseffekt.

Arbeidsgruppen foreslår at skatteplikt og håndhevelse av markedsaktørprinsippet for virksomheter med konkursimmunitet knyttes til en omsetningsgrense. Faller man under denne terskelen vil man ikke omfattes av støtteregelverket. Forslaget begrunnes blant annet med at samhandelskriteriet er for komplisert å håndtere for kommunene/de kommunalt eide bedriftene.

KS Bedrift er enig i at en omsetningsgrense i prinsippet vil kunne være enkelt å forholde seg til. Det fremstår allikevel som uklart hvordan ESA skal forholde seg til en slik omsetningsgrense når de vurderer om en klage skal tas under behandling. ESA forvalter et regelsett som er felles for EØS-landene. En omsetningsgrense kan således antakelig ikke begrense den plikten ESA har til å behandle en klage. Kommunene og de kommunalt eide bedriftene må derfor antakelig likevel forholde seg til samhandlingsprinsippet når det kommer til ESA som tilsynsmyndighet.

Med forbehold om riktig forståelse av forslaget mener KS Bedrift at det er behov for en nærmere avklaring av kompetanseforhold for å unngå unødig stor grad av rettslig usikkerhet for våre medlemmer.

Dersom det konkluderes med at en omsetningsterskel er praktisk gjennomførbar og departementet velger å fremme dette som løsning oppfordres det til at terskelverdien settes så høyt som mulig.

4.2 Regnskapsmessig skille

Arbeidsgruppen foreslår at EØS-rettslig økonomisk aktivitet må skilles regnskapsmessig fra øvrig virksomhet. I den grad et selskap opererer på markedet er det et krav om regnskapsmessig skille for å kunne dokumentere at det ikke foreligger krysssubsidiering, altså at penger fra forvaltningsdelen av selskapet ikke tilflyter den konkurranseutsatte virksomheten og derved gir et konkurransefortrinn på markedet.

KS Bedrift legger til grunn at et krav om regnskapsmessig skille er uproblematisk for våre medlemmer.

4.3 Skatteplikt

Arbeidsgruppen foreslår at det innføres en generell skatteplikt for økonomisk virksomhet i kommunen, herunder aktivitet i regi av kommunale foretak.

Innføring av generell skatteplikt for økonomisk virksomhet vil få konsekvenser for de av våre medlemmer som er organisert som enten kommunale foretak eller som § 27 selskap. Disse selskapene er som utgangspunkt en del av kommunen som skatteobjekt og derfor ikke skattepliktige. Det er allikevel viktige unntak for

avfallsbransjen og energibransjen som begge allerede er underlagt krav til regnskapsmessig skille og som er skattepliktige.

Utfordringen knyttet til skatteplikt ligger i at kommunal virksomhet gjerne har andre motiver og formål enn ren profitt. Vi mener at nettopp dette støtter opp under behovet for at en statsstøtterettslig vurdering må gjøres konkret opp imot hver virksomhet/bransje. Det vises her til vurderingen over.

4.4 Konkursforbud/kommunal garanti

Når det gjelder konkursforbudet, det vil si at kommuner ikke kan gå konkurs, sier arbeidsgruppen at dette ikke er problematisk så lenge "markedsinvestorprinsippet" følges. I praksis betyr dette at den fordel (i form av for eksempel bedre lånevilkår) en kommune får fordi den ikke kan gå konkurs, skal tilfalle kommunen som sådan og ikke den delen av virksomheten som konkurrerer på markedet.

Det foreslåtte tiltaket vil være relevant for de av KS Bedrifts medlemmer som driver økonomisk aktivitet enten innen kommunen, organisert som KF, men også for IKS som ikke kan gå konkurs og som man må anta vil inkluderes i eventuelle lovendringer.

KS Bedrift mener det ofte er gode grunner til at offentlig eid økonomisk virksomhet ikke kan gå konkurs. Spesielt viktig er det å unngå at konkursbeslag kan tas i samfunnskritisk infrastruktur og aktiva som er nødvendige for å levere velferdstjenester. Dette er relevant spesielt der en utnytter såkalt restkapasitet knyttet til viktig infrastruktur. KS Bedrift stiller videre spørsmål ved det empiriske grunnlaget for å hevde at kommunene får bedre vilkår enn de ville hatt om de kunne gå konkurs. En norsk kommune eller en offentlig eid virksomhet vil normalt bli vurdert som kredittverdig av andre grunner enn konkursimmunitet. Dette bør etter vårt syn kunne reflekteres i lånevilkårene når de søker finansiering. Også for private konkurrenter vil lånevilkår kunne variere etter hvor god kredittrating de har, uten at man stiller spørsmål ved dette.

4.5 Innføring av et eget nasjonalt tilsyn

Arbeidsgruppen foreslår at det opprettes et tilsynsorgan underlagt konkurransetilsynet som skal overvåke etterlevelse av markedsinvestorprinsippet. KS Bedrift kan ikke se at det er behov for å opprette et tilsyn som parallelt med ESA og de nasjonale domstoler skal håndtere statsstøttereglene.

En innføring av et nasjonalt tilsynsorgan vil bety at flere organer fører tilsyn med det samme uten at kompetanseforholdet mellom disse er avklart.

Det må også tas med i vurderingen at kommunerevisjon og kontrollutvalg uansett vil måtte etterse at det faktisk føres separate regnskap for økonomisk aktivitet i kommuner og KF, mens skatteetaten vil håndheve en eventuell skatteplikt. Videre vil ESA føre tilsyn med statsstøttereglene. At man skal ha et eget tilsyn for å etterse at markedsinvestorprinsippet blir fulgt er etter vårt syn ikke nødvendig og det fremstår derfor uklart hva som står igjen å kontrollere.

Arbeidsgruppen foreslår at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge kommunene å betale inn urettmessig støtte til statskassen og at de skal kunne fatte beslutning om at offentlige vare- og tjenestetilbud skal avvikles, skilles ut i egne selskap eller omorganiseres. Sett opp imot at arbeidsgruppen ikke foreslår en utskillingsplikt for EØS-rettslig økonomisk aktivitet er det vanskelig å forstå at tilsynet skal kunne pålegge en kommune eller et kommunalt eid selskap å måtte skille ut EØS-rettslig økonomisk aktivitet i egne selskap. Det naturlige ville være et pålegg om å opptre i tråd med kravet til regnskapsmessig skille og eventuell skatteplikt som foreslått av utvalget.

KS Bedrift stiller seg uforstående til forslaget om at eventuell ulovlig støtte fra kommunen til konkurranseutsatt virksomhet skal betales til staten og ikke tilbake til kommunen, slik reglene fungerer i dag. Støtteregelverket er et komplisert regelverk og vår erfaring er at kommunene og deres virksomheter søker å etterleve regelverket.

Det er heller ikke slik at en tilbakeføring til kommunen ikke vil kunne gi konsekvenser. En slik tilbakebetaling vil naturlig nok ha konsekvenser for den virksomheten som må tilbakeføre midlene. Egenkapitalen svekkes og dette har naturligvis konsekvenser for videre drift.

4.6 Innføring av et generelt prinsipp om at all økonomisk aktivitet skal drives på markedsvilkår

KS Bedrift stiller spørsmål ved innføring av et prinsipp om at all økonomisk aktivitet skal drives på markedsvilkår uten at det er nærmere avklart hva slags økonomisk aktivitet som skal omfattes av tiltakene. Økonomisk aktivitet i regi av kommunen og deres selskaper er av svært varierende art og KS Bedrift mener det er uheldig å innføre et slikt uavhengig av en konkret vurdering av intensjonen med den økonomiske aktiviteten. Det kan i denne sammenheng vises til at ESA har lagt til grunn at vann- og avløpssektoren og utleie av sosialboliger kan være omfattet av støtteregeverket. Dette er eksempler på virksomhet hvor det er rimelig å anta at det ikke er profitt som er hovedpoenget til kommunen.

5. Avslutning

Avslutningsvis tillater vi oss å peke på ett perspektiv som etter vår mening mangler i rapporten og i debatten ellers; hva legges i begrepet «like vilkår». Skal man ta utgangspunkt i like vilkår, må man se hele bildet. Kommuner og kommunalt eide bedrifter har en rekke forpliktelser som private bedrifter ikke har. Det offentlige har gjerne leveringsplikt og restriksjoner på finansiering.

I tillegg må regelverk om offentlige anskaffelser følges når varer og tjenester skal kjøpes inn, bestemmelsene i offentlighetsloven og forvaltningsloven må følges. Kommuner og kommunalt eide bedrifter har også ofte helt andre (og mer kostbare) pensjonsforpliktelser, og de har et særlig ansvar for å gi anstendige lønns- og arbeidsvilkår for sine ansatte. Alt dette er pålegg og plikter som kommuner og kommunalt eide bedrifter er pålagt, men som private bedrifter ikke må forholde seg til. Dette helhetsbildet mangler etter vår mening helt i debatten om like konkurransevilkår for offentlige og private aktører - når de konkurrerer om å levere de samme tjenestene - i det samme markedet.

Med hilsen,



Øivind Brevik
Administrerende direktør



Tone Molvær Berset
Juridisk direktør