

Konkurransen og regulering

Dette notatet belyser hvordan regulering kan hemme eller fremme konkurranse. Mens konkurranse-lovens virkemidler er rettet mot å fremme konkurranse, er det mange sektorreguleringer som begrenser konkurransen. En sentral anbefaling i dette notatet er å iverksette en systematisk gjennomgang av sektorbegrensende reguleringer for å frigjøre produktivitetspotensialet som ligger i å legge til rette for konkurranse.

Det er likevel viktig å starte med det fundamentale og stille spørsmål om hvorfor det å fremme konkurranse har betydning for produktivitet utviklingen. Generelt kan en si at det er to ulike måter å tilnærme seg målet om økt produktivitet. Den ene er å gi relativt detaljerte instruksjoner eller anbefalinger om hva virksomheter skal eller bør gjøre, evt. hva det *ikke* skal gjøre. Det andre er å endre rammebetingelsene slik at virksomhetene selv får incentiver til å øke sin produktivitet.

Mens den første tilnæringsmåten typisk består i å gi konkret rådgivning, detaljerte styringssignaler og utforme detaljregulering, innebærer den andre tilnæringsmåten å gi virksomhetene rom for selv å tilpasse seg endrede og overordnede rammebetingelser. Problemet med detaljerte styringssignaler og detaljlovgivning er at virksomhetenes innovasjon i større grad dreies mot å være kreative i forhold til hvordan en kan omgå reglene og påvirke myndighetene snarere enn å innovere for å øke produktiviteten. Detaljert utformet styringssignaler og regelverk forutsetter også at sentrale myndigheter har tilstrekkelig kunnskap om hva som er produktivetsdriverne over tid og at virksomhetenes produktivetsutfordringer er like nok til at dette kan detaljstyres gjennom regelverk. Erfaringene med detaljerte regelverk er også at de tenderer til å bli mer og mer detaljerte fordi nye situasjoner og omgåelsesmuligheter oppstår. Sist, men ikke minst, vil det ofte oppleves å være mindre motiverende å få detaljerte instruksjoner snarere enn å bruke sin kreativitet til selv å finne gode produktivetsfremmende tiltak.

Når tilnæringsmåten retter seg mot å endre rammebetingelsene skapes incentiver for innovasjon og seleksjon. For å ha en dynamikk og produktivetsutvikling over tid er det viktig at det skapes incentiver for innovasjon i virksomhetene og at det skjer en seleksjon gjennom at nye virksomheter med høyere produktivitet slippes til og at de mindre produktive selekteres ut. For å få dette til må det tilrettelegges for konkurranse. Konkurranse sørger for at etableringsbarrierene ikke blir for høye, at det er tilstrekkelig konkurransedynamikk mellom de etablerte aktørene og at det ikke er høye barrierer for at virksomheter skal kunne avvikles. Videre er det en forutsetning at sektoren ikke skjermes for konkurranse gjennom manglende håndheving av eller unntak fra konkurranseloven.

Dette notatet består av to hoveddeler. I den første delen vil det redegjøres for hvordan sektorreguleringer kan endres for å fremme konkurranse og produktivitet. Dette vil inkludere en gjennomgang av opphav til konkurransebegrensende reguleringer, presentasjon av metodikk for å identifisere konkurransebegrensende reguleringer og eksempler på ulike former for konkurransebegrensende reguleringer. Noen reguleringer, og da spesielt innenfor bygg og anlegg, vil være slik at de delvis påvirker konkurransen negativt, men kravene og detaljeringsnivået bidrar også til at de er produktivitetshemmende i seg selv. Det er også flere eksempler på reguleringer som fremmer konkurransen, men de vil ikke bli behandlet i dette notatet. I del to vil det være en gjennomgang av

hvilke begrensninger konkurranseloven setter for en effektiv håndheving av regelverket som fremmer konkurranse. Dette vil inkludere en redegjørelse for unntakene i konkurranseloven, manglende nasjonal håndheving av statsstøttereguleringer og utfordringene når det gjelder håndheving av konkurranseloven i offentlig sektor.

DEL 1: KONKURRANSEBEGRENSENDE REGULERINGER

Opphav til konkurransebegrensende reguleringer

Hovedårsaken til at det oppstår et behov for regulering er en eller annen form for markedssvikt. Men konkurransebegrensende reguleringer kan også være et resultat av at særinteresser får gjennomslag eller en eller annen form for selvregulering i bransjen. Når myndighetene utformer regelverk kan andre dessuten hensyn enn å legge til rette for konkurranse også være fremtredende.

Reguleringsproblemet er forskjellig for ulike former for markedssvikt. Når markedssvikten har sin bakgrunn i asymmetrisk informasjon og eksterne virkninger kan dette rettes opp uten at det har noen negative konsekvenser for konkurransen. Spørsmålet blir da hvordan reguleringene kan utformes slik at de gir riktige økonomiske insentiver til virksomhetene.

Reguleringene innenfor finanssektoren har i stor grad sitt opphav i problemer knyttet til asymmetrisk informasjon. Kundene har insentiver til å underslå hvor stor risiko de har ved inngåelse av kontrakt, og kundenes adferd etter kontraktsinngåelse er vanskelig å overvåke. Bankene på sin side har insentiver til å tilsløre informasjon om priser og til å låse kundene inne. Innenfor miljøfeltet retter reguleringene seg mot å begrense negative eksterne virkninger som miljøforurensning og klimautslipp og beskyttelse av natur- og kulturlandskap.

En annen type markedssvikt knytter seg til stordriftsfordeler, med naturlige monopoler og offentlig goder som spesialtilfeller. Her er det en reell avveining mellom ønske om å utnytte stordriftsfordeler og stimulere konkurransen. Dette er også en særlig utfordring for små land der potensialet for å utnytte stordriftsfordeler ofte ikke er uttømt. Sektorer med betydelige stordriftsfordeler er typisk knyttet til infrastruktur som for eksempel større veier, kraftlinjer, telenett, kabelnett og jernbanespor. Dette kan være utfordrende fordi det ofte er eller tildeles enerett til å eie og/eller drive infrastruktur. Det er imidlertid mulig delvis å kompensere for de negative virkningene av reguleringene ved å åpne for konkurranse i utbygging og drift av infrastruktur.

Det er også mulig å skape markedssvikt gjennom bevisst å koble ut markedsmekanismene. Et sentralt eksempel på dette er offentlig produksjon av individrettede tjenester innen bl.a. skole, helse og omsorg. Her har myndighetene valgt å ta en rekke tjenester ut av markedet, finansiere dem over offentlig budsjett og tildele dem gjennom andre mekanismer enn bruk av markedet. Reguleringene er myntet på å oppnå en rettferdig fordeling og til å begrense bruken av noe som er gratis/priset under kost for konsumenten. Et av de sentrale spørsmålene i offentlig sektor er i hvorvidt en i større grad bør sikte på å skille mellom hvem som tildeler og finansierer tjenestene på den ene siden og hvem som utfører tjenestene på den andre siden. Dette kan legge til rette for virksom konkurranse og derigjennom økt produktivitetsvekst.

Reguleringer kan også ha sitt opphav i at særinteresser får gjennomslag. Vi har flere eksempler på reguleringer av sektorer der sterke virksomheter og bransjeorganisasjoner har stått bak. Bokavtalen som vil bli ytterligere belyst i omtalen av unntak fra konkurranseloven, er et slikt eksempel hvor

Bokhandlerforeningen og Forleggerforeningen har fremforhandlet unntak fra konkurranselov- og lovreguleringen. Ett annet eksempel er importvernet for landbruksprodukter som først og fremst har som formål å beskytte landbruksnæringen, men som også i stor grad beskytter norsk næringsmiddelindustri og til dels norsk dagligvarehandel mot et internasjonalt konkurransepress. Reguleringene som har sitt opphav i bransjeregulering, er ofte svært konkurransebegrensende og hemmer produktivitetsutviklingen.

Noen reguleringer har sin bakgrunn i bransjers selvregulering. Dette kan for eksempel være ulike autorisasjonsordninger som for revisorer, eiendomsmeglere og finansrådgivere. Reguleringene kan ha som formål å sikre høy kvalitet på yrkesutøverne, men vil også kunne være en beskyttelse for de etablerte aktørene. Dette er reguleringer hvor aktørene må være aktsomme i forhold til at de ikke opptrer i strid med konkurranseloven.

Identifisering av konkurransebegrensende reguleringer

OECD har utviklet en egen metodikk for å identifisere konkurransebegrensende reguleringer, og denne metodikken har vært anvendt i en rekke land for å utløse en høyere produktivitetsvekst, senest en omfattende gjennomgang av Hellas i 2013.

Metodikken presentert i OECDs "Competition Assessment Toolkit" (OECD, 2011) går ut på å identifisere etableringsbarrierer og reguleringer som begrenser konkurransen mellom de etablerte aktørene. Nøkkelspørsmål i OECDs metodikk er:

- 1) Begrenses antall tilbydere?
- 2) Begrenses tilbydernes mulighet til å konkurrere?
- 3) Begrenses tilbydernes insentiver til å konkurrere?

I tillegg til de spørsmålene OECD her stiller, er det viktig å vurdere hvorvidt reguleringene også virker hemmende for at bedrifter kan tre ut av markedet. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig at inngangsbarrierene er lave slik at virksomheter med høy produktivitet slipper til, utgangsbarrierene må også være lave slik at virksomheter med lav produktivitet selekteres ut. En effektiv og god konkurranselovregulering er da viktig.

I det følgende vil dette notatet gå gjennom konkurransebegrensende reguleringer ut fra de tre spørsmålene OECD stiller, i tillegg til også å vurdere konkurransehemmende utgangsbarrierer.

Begrensning i antall tilbydere

Det er flere mulige årsaker til at reguleringene skaper etableringsbarrierer. OECD lister opp en rekke ulike forhold i sitt toolkit. Dette notatet tar for seg noen etableringsbarrierer og eksemplifiserer dem med norske reguleringer.

Eksklusive rettigheter

Tildeling av eksklusive rettigheter er et typisk eksempel på reguleringer som hindrer etablering. Hvor konkurransehemmende slike rettigheter er, vil avhenge av hvorvidt rettighetene tildeles en eller flere aktører og hvorvidt rettighetene utsettes for konkurranse ved jevne mellomrom. Når rettighetene tildeles en aktør, vil aktøren få monopol i den perioden den har enerett. Eksempler på reguleringer som gir enerett til aktører er administrasjon av sykepleieordningen innenfor pensjonsmarkedet som er gitt til KLP i Kongelig resolusjon, NSB som er gitt enerett til å trafikkere skinnegangen med svært få

unntak (konkurranse fra Flytoget som ett av få eksempler) og Norsk Heiskontroll som har enerett på kontroll av heiser.

For å bøte på konkurranseproblemet kan det gjøres flere ting. Et alternativ som gir noe mer konkurranse, er å skape konkurranse om slike eksklusive rettigheter, dvs. å gjennomføre anbuds-konkurranse med jevne mellomrom. Dette er en praksis som vårt naboland Sverige har fulgt innenfor persontransport på jernbane. Videre er det mulig å tilby rettighetene til flere enn en aktør innenfor hver konkurranse. Konkurransetilsynet har som en illustrasjon argumentert for anbudskonkurranse ved tildeling av rettigheter for å drive kiosk og servering på Avinors større flyplasser. Her kan Avinor i stedet for å tildele eksklusive rettigheter, velge å tilby to eller flere aktører som konkurrerer om kiosker og serveringssteder innenfor de samme områdene. Tilsvarende kan Jernbaneverket velge å konkurranseutsette driften av godstrafikk på de største jernbaneterminalene til flere enn en aktør.

Gjøre etablering betinget av lisens, tillatelse eller autorisasjon

En annen etableringsbarriere oppstår når en må søke om en eller annen form for tillatelse for å slippe til i markedet. Dette er som nevnt ovenfor vanlig for en del yrkesgrupper, men slike barrierer kan også møte virksomheter. Innenfor taxibransjen må en ha løyve for å drive taxiselskap både i regulerte og uregulerte områder. Denne konsesjonsreguleringen er særlig problematisk i de uregulerte taximarkedene hvor det er fri prisdannelse.

Innenfor bygg- og anleggssektoren utgjør offentlige bestemmelser knyttet til regulering av tomter og byggetillatelser betydelige etableringsbarrierer. Tid og kostnader for slike omfattende bygge- og reguleringsprosesser gir fortrinn til store entreprenørselskaper som lettere kan håndtere uforutsigbarhet og høye kostnader i etableringsfasen hvor det gjerne også stilles krav til dekning av infrastrukturkostnader. Men det er ikke bare bygg- og anleggsbransjen i seg selv som påvirkes av reguleringene. Dette gjelder også andre virksomheter som er avhengig av fysisk lokalisering for å etablere seg. Tilgangen til regulerte tomter var for eksempel en betydelig barriere for Lidl som forsøkte å etablere seg som en konkurrent til de store dagligvareaktørene.

Etablering kan også vanskeliggjøres når offentlige myndigheter har egen tjenesteproduksjon og samtidig er konsesjongiver. Dette har vært et kjent problem innenfor kinobransjen hvor det kan synes som om private aktørers søknad om etablering har blitt avvist av hensyn til egen virksomhet. Tilsvarende problem har også private barnehager møtt når de skal etablere seg i konkurranse med offentlige barnehager, særlig i kommuner der det ikke lenger er behov for å bygge ut mye ny kapasitet.

Geografiske barrierer

Det mest fremtredende eksempelet på en geografisk barriere er importvernet for landbruksvarer. Dette importvernet er ikke bare konkurransebegrensende fordi det er høye tollsatser på utenlandsprodusert mat. De er også høye fordi måten bestemmelsene praktiseres på, i seg selv utgjør en betydelig etableringsbarriere. Det mer uoffisielle importvernet gir uforutsigbare rammevilkår, det er et til dels ugjennomtrengelig regelverk og utenlandske aktører som ønsker å eksportere til Norge må være forberedt på lange saksbehandlingsprosesser. De fleste landbruksprodukter som produseres i Norge, er unntatt fra EØS-avtalen, og primærprodusentene i landbruket og deres organisasjoner har også vidtrekkende unntak fra konkurranselovens forbudsbestemmelser.

Beskyttelsen av norsk landbruk har imidlertid også virkninger for resten av matkjeden gjennom at den delvis beskytter norsk næringsmiddelindustri og vanskeliggjør etablering av nye dagligvarekjeder. En av hovedårsakene til at importvernet begrenser etableringen av nye dagligvarekjeder er at etablerte internasjonale kjeder ikke kan ta med seg avtalene med utenlandske leverandører på områder som er beskyttet av importvernet. De blir avhengig av avtaler med norske næringsmiddelleverandører og må kjøpe inn i liten skala inntil de når en høy markedsandel i det norske markedet. Selv store internasjonale aktører som Lidl kan derfor få betydelig dårligere innkjøpsbetingelser i Norge enn de største norske kjedene.

Krav til geografisk dekning

Når reguleringene stiller krav til geografisk dekning, kan det være vanskelig for nye eller mindre virksomheter å få tilgang til markedet. Krav til geografisk dekning har som ett eksempel vært en utfordring i regelverket for innsamling av EE-avfall (kasserte elektroniske og elektriske produkter). Det stiller krav om at avfallsselskaper skal hente EE-avfall fra minst 75 prosent av alle landets kommuner de første tre årene og 90 prosent av alle landets kommuner deretter. Denne bestemmelsen gjør at store selskaper favoriseres, mens mindre selskaper har problemer med å samle inn nok avfall. I så fall risikerer de å miste konsesjon til å drive innsamling.

Krav til geografisk dekning stod sentralt i statens tidligere hotellavtaler og flyreiseavtaler. I begge disse tilfellene ble det stilt krav om geografisk dekning til aktørene på en måte som stengte ute aktører som bare kunne dekke deler av det geografiske området. På hotellavtalene var det krav til å være landsdekkende for å få avtale med staten. Denne praksisen har senere endret seg. På flyreiseavtaler valgte staten etter hvert å splitte opp anbudene, og dermed ble det konkurranse om enkeltruter.

Begrensning av muligheter til å konkurrere

Det er mange måter reguleringer kan begrense bedrifters muligheter til å konkurrere på, og gjennomgangen i det følgende representerer på ingen måte en uttømmende liste. Reguleringene kan begrense hva det er mulig å konkurrere om gjennom å sette eller regulere pris eller andre konkurranseparametre. Reguleringer kan også sette standarder som gir fortrinn for enkelte aktører overfor andre, gir kostnadsulempere eller økt risiko for noen aktører fremfor andre, for å nevne noen.

Prisregulering var en viktig form for regulering frem til 1980-tallet. Ett eksempel var husleieregulering for boliger. På 1990-tallet ble pris- og avanseregulering erstattet av konkurranse som virkemiddel - manifestert gjennom at Pristilsynet endret navn til Konkurransetilsynet og at en ny konkurranselov erstattet prisloven. Årsaken til at prisreguleringen ble avvirket, var at den var et lite treffsikkert virkemiddel, i tillegg til å være hemmende for innovasjon og produktivitetsvekst.

Kontrollere eller i vesentlig grad påvirke prisen

Det er særlig to sektorer hvor prisen settes eller påvirkes gjennom regulering. Den ene er bokbransjen hvor aktørens egen bransjeregulering gir mulighet for å sette fastpris på bøker. Dette omtales under unntaket fra konkurranseloven. Den andre er reguleringen av taxinæringen hvor Konkurransetilsynet gjennom hjemmel i pristiltaksloven setter og justerer priser i regulerte områder. Regulerte områder vil si områder der en har vurdert at det ikke er grunnlag for tilstrekkelig

konkurranse til at markedet kan dereguleres. Som for andre reguleringer vil det også her være spørsmål om en kunne regulere denne bransjen på en måte som i mindre grad begrenser konkurranse.

Pris kan også påvirkes gjennom andre offentlige reguleringer, for eksempel lav momssats og andre former for skattefordeler. Innenfor bokbransjen og medienæringen er dette en aktuell problemstilling fordi momsfrirket er knyttet til de fysiske og ikke de digitale produktene. Dette betyr at papirbøker og papiraviser nyter godt av momsfrirket, men digitale aviser og bøker har en moms på 25 prosent. Dette har minst to effekter. For det første vil digitale bøker og andre medier ha en kostnadsulempe sammenlignet med fysiske medier. For det andre vil overgangen fra fysiske til digitale medier forsinkes, og innovasjonen vil kunne bli skadelidende. Dermed blir dette en direkte begrensning på produktivitetsveksten i bransjen.

Begrense konkurransen om andre konkurranseparametere

Det er også mulig å begrense konkurransen gjennom reduksjon i andre konkurranseparametere. For eksempel har enkelte fylkeskommuner vært kritisert av buss- og transportselskapene for å begrense konkurransen mellom selskapene både gjennom anbudsdokumenter med svært detaljerte spesifikasjoner, og gjennom å overta en stor del av logistikkoperasjonen, herunder ruteadministrasjonen og planleggingen. Dette dreier seg om hvor grenseoppgangen mellom bestiller og utfører går. Jo lenger bestiller strekker grensen mot utførerleddet, jo mindre blir det å konkurrere om.

Det viktigste spørsmålet er imidlertid om det er nødvendig å begrense konkurransen gjennom anbudsutlysning og tildele enerett, istedenfor å skape konkurranse i markedet og la flere busselskaper konkurrere om passasjerene.

Ett annet område med pågående diskusjon om hva som skal utsettes for konkurranse, er gods-transport. Private aktører ønsker å ha kontroll over hele logistikkoperasjonen som i dag inkluderer lasting og lossing på jernbaneterminalene, i tillegg til selve transporten på skinnegangene. Spørsmålet som har vært reist av offentlige myndigheter, er om det er tilstrekkelig bare å ha konkurranse på skinnegangen. Om det fremover bare vil bli konkurranse på skinnegangen, vil det bety at konkurransen mellom aktørene begrenses vesentlig.

Ett tredje område der konkurransen har blitt begrenset vesentlig, er offentlig pensjon. Innenfor offentlig ytelsesbasert pensjon har det tradisjonelt vært konkurranse mellom tre aktører; KLP, Storebrand og DnB. I tillegg har noen kommuner valgt å håndtere sine pensjoner gjennom å opprette egne pensjonskasser, slik som Oslo Pensjonsforsikring. DnB og Storebrand har besluttet å trekke seg ut av markedet for offentlig pensjon, og resultatet er at kommuner bare kan velge KLP med mindre de er store nok og ønsker å lage egen pensjonskasse. Bakgrunnen for tilbaketrekingen av de private aktørene er delvis begrunnet i rammevilkår som favoriserer den etablerte aktøren, blant annet premieutjevning-ordningen og manglende krav om at offentlige pensjonsordninger skal ut på anbud.

Sette krav som favoriserer noen aktører over andre

Et eksempel på en bransje der det har skjedd en stadig og gjennomgående utvidelse av kvalitetskrav er byggebransjen. I denne bransjen har utvidelsen av kvalitetskravene blant annet kommet gjennom tekniske forskrifter, TEK 97, TEK 07 og TEK 10.

De største endringene i teknisk forskrift kom i overgangen fra TEK 97 til 07 og var knyttet til energikravene. TEK 10 var en videreføring og skjerping av kravene i TEK 07 og innebar også nye krav til tilgjengelighet og universell utforming. Neste revisjon av teknisk forskrift er bebudet å tre i kraft i 2015 og inneholder skjerping i energikravene til passivhusnivå ihht. Klimaforliket.

I tillegg til lover og forskrifter finnes det i dag flere tusen ulike standarder på byggområdet. Standardene er fremforhandlet av aktuelle markedsaktører. Standardene omfatter retningslinjer for prosjektering, utføring, produktdokumentasjon og prøving i tillegg til fremgangsmåter for anbud og kontrakter. I tillegg henvises det i en del tilfeller til standarder i regelverket og veiledning, primært som eksempler på hvordan krav kan oppfylles.

Det er flere problemer med denne utviklingen. For det første er flere av de valgte kravene og standardene ikke nødvendigvis teknologinøytrale. Det vil si at de kan favorisere enkelte leverandører fremfor andre. For det andre har kravene og detaljeringsgraden blitt svært omfattende. Å kunne ivareta krav og holde seg oppdatert krever særlig kompetanse som en del mindre aktører har vanskelig for å oppfylle. I tillegg vil kravene og standardene kunne begrense muligheten til å finne frem til innovative og kostnadseffektive løsninger, noe som igjen begrenser konkurranse mellom aktørene. Mest problematisk er likevel at de omfattende og ofte dyre kravene i stor grad tilsidesetter kundenes rolle som aktive og krevende deltagerne i et velfungerende markedssystem.

Øke produksjonskostnadene eller risiki mer for noen aktører enn for andre

Reguleringer og bestemmelser kan også vri konkurransen mellom aktørene ved at de pålegger noen aktører høyere kostnader eller risiki enn andre. Dette er for eksempel et problem innenfor barnehagesektoren.

Barn som fyller ett år innen august det året det søkes plass, har rett til barnehageplass fra august. Barnehagesektoren er en av sektorene innenfor offentlig sektor som har størst innslag av private aktører. Fra å være en konkurranse om å kunne bygge ut kapasitet raskest, har konkurransen i mange norske kommuner endret seg til å bli spørsmål om hvilken barnehage som har det kvalitative beste tilbudet. Dette stiller særlig krav til at kommunene likebehandler barnehagene enten de er eiet av private eller kommunene.

Private barnehageeiere hevder nå at det er blitt vanskeligere å etablere seg i kommuner med full kapasitet og at tildeling av barn ofte skjer i favør av offentlig barnehager. Kommunene, som det godkjennende organ, favoriserer ofte utbygging av kommunale barnehager dersom det er behov for økt kapasitet. Dersom det er full kapasitet, skjerms de etablerte ved at nye private utbyggere ikke får godkjenning. Videre favoriseres offentlige barnehager i flere kommuner gjennom løpende opptak gjennom hele året, mens private barnehager i realiteten bare får tildelt barn i det faste opptaket i august.

Begrensning av insentiver til å konkurrere

Konkurransen mellom eksisterende aktører i en bransje kan også begrenses av at insentivene perverteres på en eller annen måte. Dette kan skje ved at rollen som regulator legges til en av markedsaktørene, at konkurransen hemmes gjennom lag på lag med detaljreguleringer, at aktørene blir pålagt å offentliggjøre informasjon om priser eller annen konkurransesensitiv informasjon, at mobilitet hemmes gjennom skifteteknoder eller ved at aktiviteter eller grupper av tilbydere fritas fra bestemmelsene i konkurranseloven. Når det gjelder det siste punktet, vil dette bli nærmere omtalt i del to av dette notatet.

Blanding av myndighets- og aktørroller

Tildeling av regulatorrolle til en av markedsaktørene har vært et gjennomgående trekk innenfor den delen av næringsmiddelindustrien som foredler landbruksvarer. De største aktørene, dvs. Tine og Nortura, har rollen som markedsaktør og er samtidig tildelt rollen som markedsregulator i flere av markedene de opererer i.

Tine har som markedsregulator bl.a. ansvar for å sørge for at det er nok melk og smør til å dekke den innenlandske etterspørselen, mens Nortura bl.a. har ansvaret for at den innenlandske etterspørselen dekkes i flere kjøttmarkeder. I slike markeder er det markedsregulators oppgave å foreslå tidsbestemte tollnedsettelse for å dekke etterspørselen i perioder der norsk produksjon er utilstrekkelig. Da det overraskende ble en smørkrise i vinteren 2011, var dette et resultat av at det oppsto en ubalanse mellom tilbud og etterspørsel som Tine som markedsregulator ikke forutså i tide, slik at verken lager, økt produksjon eller import dekket etterspørselen.

Det er flere uheldige sider ved at ansvaret for reguleringen av markedet legges til en av markedsaktørene. For det første vil rollen som markedsregulator gi innsikt i tilbud og etterspørsel nasjonalt og internasjonalt og dermed gi overtruffen markedskunnskap til en av aktørene. Markedsregulator kan dermed ha større muligheter til å påvirke når det skal åpnes for tidsavgrenset tollnedsettelse, og vil dermed lettere kunne tilpasse seg perioder med tollnedsettelse, for eksempel ved på forhånd å inngå avtaler slik at markedsregulator selv kan stå for importen, eller ved å sørge for at import skjer på tidspunkt som er gunstige for markedsregulator. Videre har rollen som markedsregulator vært lagt til den største og dominerende aktøren, og dette kan være til særlig ulempe for den eller de aktørene som prøver å komme inn og vokse i markedet. Markedsregulator blir gjennom sine pålagte oppgaver en helt avgjørende premisseleverandør, og denne posisjonen sammen med hyppige endringer i reguleringene, gjør at f.eks. utenlandske aktører som kunne betraktet Norge som et spennende marked, likevel avstår fra å etablere seg.

Ett eksempel på et område hvor myndighetene har valgt å utvikle deler av markedsreguleringsordningen, er fjørfemarkedene. Denne endringen innebar blant annet at det ikke lenger er en av aktørene i markedet som har ansvar for regulering av markedet (både Omsetningsrådet og Statens Landbruksforvaltning har fortsatt oppgaver tilknyttet henholdsvis bruk av omsetningsmidler og administrering av tollvernet). Etter at markedsreguleringsordningen i disse markedene ble endret i 2007, har prisene på kyllingkjøtt gått kraftig ned, samtidig som konkurransen i markedet har tiltatt. Dette kan være en indikasjon på at man selv med en begrenset deregulering av markedet, kan oppnå produktivitetstiltak.

Lag på lag og detaljerte reguleringer

Det er flere gode eksempler på at regulering avler regulering. Sektorer som landbruk, finans, telekom og miljø preges alle av at det er lag på lag med reguleringer. For å illustrere denne reguleringsutfordringen vil notatet gjennomgå forslag om nye reguleringer på miljøfeltet og reguleringen av RÅK-ordningen (et system med prisnedskrivning på råvarer og eksportsubsidier hvis varen skal selges i utlandet).

Til tross for Miljødirektoratets mål om å samle inn EE-avfall (elektronisk og elektrisk avfall) i hele landet har erfaringen med forskriften vært at avfall har blitt stående uavhentet i enkelte regioner i lang tid. For å bøte på dette problemet har direktoratet foreslått en etterregulering. Etterreguleringen legger til rette for at en under- eller overoppfyllelse av innsamlingsforpliktelsen om innsamling av EE-avfall i 75 % av alle landets kommuner de tre første årene, og deretter 90%, kan tas med i beregningen av neste års innsamlingsforpliktelse. For at det ikke skal oppstå insentiver til å hamstre avfall, er det satt tak på hvor mye man kan få godtgjort i neste periode. Tilsvarende er det, for å unngå at selskapene samler inn for lite, foreslått et rentepåslag. I tillegg er det foreslått at tall som rapporteres i forbindelse med etterreguleringen skal kvalitetssikres av en uavhengig part. Med denne etterreguleringen vil kostnaden ved å overvåke ordningen øke, ressursutnyttelsen kan bli mindre effektiv. Dette er således et godt eksempel på at regulering avler regulering.

RÅK-ordningen er et annet eksempel. Norge har en handelsavtale med EU for bearbejdede næringsmidler som pizza, brød, kaker og sjokolade (EØS-avtalen, Protokoll 3). Intensjonen var at norske og utenlandske produsenter skulle konkurrere på like vilkår. Tollsatsene ble satt med utgangspunkt i råvarepriser på midten av 90-tallet. Problemet som oppstod var at råvareprisene økte langt mer i Norge enn i EU. For å rette opp i dette innførte man RÅK-ordningen (Gaasland, 2014). Gaasland beskriver hvordan ordningen fungerer:

...tollsatsene kombineres ...med satser for prisnedskrivning og eksportstøtte for norskproduserte råvarer av melk, egg, korn, potet, stivelse og kjøtt når disse inngår i produksjonen av bestemte ferdigvarer. Basert på satser for de ulike råvarene beregnes tilskudd per kilo ferdigvare ut fra innleverte resepter godkjent av SLF. Det er imidlertid ikke gitt at en vare får prisnedskrivningstilskudd, selv om regnestykket skulle tilsi dette. Tilskuddet er gjenstand for forhandlinger i Jordbruksoppgjøret, og det bevilges innenfor en avtalt tilskuddsramme (s. 101)

Eksemplene overfor beskriver hvordan lag på lag med stadig mer detaljerte reguleringer begrenser konkurransen og vrir markedsaktørenes oppmerksomhet fra å konkurrere og innovere til å finne måter til å omgå reguleringene på, utnytte mulighetene reguleringene gir og ikke minst bruke energi på å påvirke myndighetene.

Krav om offentliggjøring av konkurransesensitiv informasjon

Formålet bak det offentlige anskaffelsesregelverket er knyttet til å få til konkurranse om varer og tjenester til offentlig sektor og til å unngå korrupsjon i offentlig virksomheter. For å unngå korrupsjon og gi konkurrenter en mulighet til å klage på anbudskonkurransen, har man valgt åpne for å gi konkurrentene informasjon om hverandres tilbud i en periode mellom valg av tilbyder og kontraktssignering. Problemet utfra hensynet til konkurranse er at denne åpenheten fører til at konkurranseskadelig informasjon deles mellom konkurrenter. Dette er ikke bare et problem fordi konkurransen kan komme til å bli avlyst, men også fordi konkurrentene vil kunne møte hverandre i andre konkurranser. Avhengig av hvor godt anbudene er «vasket» for forretningshemmeligheter, kan også forretnings sensitiv informasjon på denne måten komme på avveie.

Kostnader som reduserer kundemobilitet

Ulike reguleringer kan både fremme og hemme mobilitet mellom ulike tilbydere. Da energiloven kom i 1991 var det sett på som viktig å få kundene til å kunne skifte leverandør så kostnadsfritt som mulig. Kraftprisdatabasen i regi av Konkurransetilsynet var et virkemiddel i så måte. Tilsvarende har reguleringer innenfor finanssektoren, blant annet krav om å oppgi opplysninger om effektiv rente og forbud mot innelåsende produktpakker, vært rettet mot å lette skifte av bank.

Tilsvarende kan reguleringer også hemme kundemobilitet. Høye tinglysningsgebyr vil for eksempel kunne være et hinder for bytting av bank for boliglån. Generelt kan det være grunn til å se på skatter og avgifter som hindrer eller hemmer bytte av leverandør.

Høye utgangsbarrierer

For at konkurransen skal virke må det ikke bare skje en etablering av bedrifter som utfordrer de bestående, lavproduktive bedrifter må også selekteres ut. I en rekke sektorer er det reguleringer og andre former for offentlige støtteordninger som hindrer at denne seleksjonen får virke. Det som da skjer, er at lavproduktive bedrifter vil stenge for nykommere eller hindre at eksisterende bedrifter som er høyproduktive, får vilkår som gjør at de kan vokse. En effektiv seleksjon av bedrifter er derfor helt sentralt for at en skal få til en vekst i produktiviteten.

Lavproduktive bedrifter som har fått overleve til tross for at de drives dårlig, kalles gjerne for zombie-bedrifter. Disse kan være beskyttet gjennom at det offentlig har valgt å ikke eksponere sektorene for markedsmekanismer, at det finnes offentlige støtteordninger som gjør at de overlever, at det finnes en effektiv konkursbeskyttelse eller at det er gitt unntak fra konkurranseloven. Nedenfor følger en gjennomgang av noen av disse illustrert med eksempler.

En offentlig støtteordning som har vært mye diskutert, er pressestøtten. Pressestøtten gjør at flere mediebedrifter som ellers sannsynligvis ikke ville overleve, klarer seg og forblir i næringen. Pressestøtten er motivert utfra ønske om mangfold. Den gis typisk til nummer to aviser i en rekke regionale/lokale områder, i tillegg til noen større nasjonale aviser (Klassekampen, Nationen, Vårt Land og Dagsavisen).

Pressestøtten kan tilsynelatende virke som om den gir et større mangfold enn det det ellers ville vært grunnlag for. Problemene med ordningen utfra et konkurransemessig standpunkt er imidlertid flere. For det første gis støtten til aviser som har vist at de ikke klarer seg i konkurransen uten offentlig støtte, og de avisene som driver lønnsomt, får ingen støtte. Dette betyr at de lavproduktive belønnes fremfor de høyproduktive. Dette kan også skape insitamenter til å beholde posisjonen som nummer to avis og ikke jobbe for å bli bedre og klare seg uten pressestøtte. Pressestøtten er også forbeholdt papiraviser og tar ikke hensyn til det nye mangfoldet som vokser frem gjennom digitale medier. Pressestøtten vil derfor kunne virke konserverende for opprettholdelsen av papiravisene. Sist, men ikke minst, vil avisene som får pressestøtte potensielt stenge for nykommere som ville klart seg uten noen form for støtte.

Spørsmål om offentlig støtte oppstår også ofte når virksomheter i ensidige industristeder eller bedrifter som regnes som nasjonale helter, er nedleggingsstruet. Historisk har det ikke vært noen stor suksess å forsøke å beskytte disse bedriftene fra nedleggelse, og en har bare utsatt og forlenget problemet. Det som derimot har vært positivt, er at flere av disse bedriftene har skapt grunnlag for

knoppskyting av en rekke kompetansemiljøer. Nedleggelse har derfor gitt rom for nyetablering. Eksempler på dette har vært Norsk Data, Kongsberg Våpenfabrikk og Union.

Innenfor offentlig sektor er det en rekke eksempler på manglende seleksjon av virksomheter som driver dårlig. Offentlig sykehjem, skoler, sykehus og andre virksomheter blir ikke truet av nedleggelse om de driver dårlig og kundene har oftest ikke noe valg.

Mer overraskende er det at der det er fritt brukervalg, er det heller ikke på plass mekanismer for å selektere ut svake virksomheter. En slik sektor er universitets- og høyskolesektoren. Det er ingen mekanisme på plass for å legge ned universitets- og høyskoler som ikke lykkes i å tiltrekke seg studenter. Det å ha det lavest søkertallet og det laveste snittet på studenter som søker seg til utdanningen, har med andre ord ikke noen reelle konsekvenser. I og med at universitets- og høyskolesektoren i all hovedsak drives med offentlig midler, er det liten tvil om at fortsatt støtte til de lavproduktive fortrenger nye studier og vekst hos de mest høyproduktive virksomhetene.

Det er også næringer som er beskyttet mot å gå konkurs. Finanssektoren er en slik næring der virksomhetene bare kan avvikles, men ikke gå konkurs. Det gir utfordringer at dårlige bedrifter får lov å overleve. Konkurs hos de største aktørene har svært store ringvirkninger, og man har derfor fått flere banker som blir regnet som "too big to fail". Hvordan insitamentene virker i finanssektoren, vil være avhengig av hvordan myndighetene opptrer når bankene kommer i krise. Det at aksjonærene i DnB ble nullet ut under bankkrisen på 1990-tallet må antas å ha en mer positiv effekt enn at aksjonærene fikk være med videre.

DEL 2: KONKURRANSELOVENS VIRKEOMRÅDE

Konkurranseloven har to hovedspor. Dersom virksomheten kan defineres som et foretak, kan Konkurransetilsynet håndheve forbuds- og inngrepsbestemmelsene, dvs. håndheve forbudet mot ulovlig samarbeid, misbruk av dominerende stilling og fusjonskontrollen. I tillegg kan Konkurransetilsynet gjennom forskrift gripe inn dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedet. Det var denne hjemmelen Konkurransetilsynet brukte da det ble innført forbud mot opptjening av bonuspoeng innenfor innenlandsk lufttransport.

Det andre sporet dreier seg om å påpeke ulike former for myndighetsutøvelse som har uheldige konsekvenser for konkurransen. Konkurransetilsynet er gitt en rett til å påpeke konkurranse-regulerende virkninger av offentlige tiltak og fremme forslag for å styrke konkurransen. Myndigheten påpekningen retter seg mot er ikke pålagt å følge rådet, men er pliktig til å svare Konkurransetilsynet skriftlig dersom tilsynet ber om det.

I dag er det ett generelt unntak fra konkurranseloven, i tillegg til spesifikke unntak for tre sektorer hjemlet i forskrift. Det generelle unntaket fra konkurranseloven gjelder arbeids- og ansettelsesvilkår, mens de tre unntakene som er hjemlet i forskrift gjelder landbruk og fiske, bokbransjen og visse grupper av privatpraktiserende leger, psykologer og fysioterapeuter. Mens unntaket for landbruk er et svært vidt unntak, er unntaket for leger, psykologer og fysioterapeuter relativt snevert i den forstand at det er rettet mot å tilrettelegge for avtaler om basisgodtgjørelse/ driftstilskudd og takster med stat og kommuner. Gjennomgangen vil derfor konsentrere seg om de to første unntakene.

På noen områder strekker ikke konkurranseloven til for å rette opp i konkurranseproblemer. Dette gjelder spesielt når konkurranseproblemet som oppstår skyldes at offentlige virksomheter krysssubsidierte mellom offentlig sektor og privat sektor. Innenfor offentlig sektor er det et særskilt

problem for anvendelsen av konkurranse-loven at en del av myndighetsutøvelsen ikke er klart skilt fra tjenesteproduksjonen.

Unntak fra konkurranse-loven

Unntaket for landbruk og fiske sier at konkurranse-lovens forbudsbestemmelser (forbud mot konkurransebegrensende avtaler og mot misbruk av dominerende stilling) ikke kommer til anvendelse på primærprodusenter eller deres organisasjoner. Unntaket omfatter alle avtaler og all ensidig atferd foretatt av primærprodusenter eller deres organisasjoner, og som er i samsvar med lov eller forskrift som regulerer produksjon eller omsetning av landbruks- eller fiskeriprodukter, eller avtale mellom staten og næringsorganisasjoner, typisk jordbruksavtalen. Unntaket omfatter ikke bare produksjon av varer, men hele verdikjeden fra forskning og utvikling til markedsføring og andre tiltak for å bringe produktet til markedet.

Den konkurransemessige beskyttelsen av fisk og landbruk gjennom Råfiskloven (1938) og Omsetningsloven (1936) har sin bakgrunn fra de harde 30-årene, og var begrunnet i at fiskere og bønder var små aktører med svak forhandlingsmakt overfor kjøperne. Transportkostnadene var høye, varene var lite holdbare, og det var store sesongmessige variasjoner i produksjonen (Gaasland, 2014).

Innenfor fiskemarkedene har unntaket mindre konkurranse-skadelige virkninger enn i landbruks-markedene, bl.a. fordi havbruksnæringen ikke er unntatt fra konkurranse-loven, fordi det er innført markeds-løsninger på omsetningsleddet og fordi en stor del av omsetningen skjer på globale markeder. Innenfor landbruket dekker imidlertid unntaket store deler av omsetningen, og dette er samtidig en sektor med omfattende og detaljerte reguleringer, hvorav flere ville vært i strid med konkurranse-loven dersom unntaket ikke kom til anvendelse.

Ovenfor ble det kort redegjort for den konkurranse-skadelige effekten av importvernet der norsk landbruk, og til dels næringsmiddelindustri og handel, beskyttes mot utenlandsk konkurranse. Grovt sett kan en si at beskyttelsen av norsk landbruk skjer gjennom tre sett av virkemidler; importvernet, reguleringer hjemlet i omsetningsloven samt reguleringer og andre tiltak over jordbruksavtalen.

De ulike virkemidlene påvirker og beskytter landbruksnæringen for konkurranse på ulike måter. Importvernet med ordinære tollsatser på mellom 200 og 400 prosent (Gaasland, 2014) øker prisene på utenlandsk mat overfor forbrukerne i den grad at de enten utestenger produktene fra det norske markedet eller begrenser etterspørselen betydelig. Importvernet begrenser dermed forbrukernes utvalg og gjør at maten blir dyrere. Det at utenlandske aktører er utestengt fra det norske markedet, fratrar også norske markedsaktører et konkurranse- og innovasjonspress som kunne ført til lavere priser og høyere utvalg av norske produkter.

Omsetningsloven hjemler bl.a. ulike former for markedsregulering, der markedsregulators rolle typisk er å hindre at overproduksjon fører til lave priser på landbruksprodukter. Markedsreguleringen kan f.eks. bestå i å begrense produksjonen av norske landbruksprodukter eller å eksportere norskproduserte produkter til subsidierte priser. På den måten reduseres tilbudet av norske produkter. Tollvernet fører til høyere priser på disse produktene.

Omsetningsloven hjemler også mer komplekse reguleringer, som prisutjevningsordningen for melk. Denne ordningen skal sikre samme pris til bonden for melken uansett anvendelse. Ordningen gir grunnlag for konkurranse-vidringer mellom den dominerende aktøren Tine, med virksomhet i alle meierimarkeder, og de mindre konkurrentene som har konsentrert produksjonen til et begrenset

antall produktgrupper. Samtidig er det lagt inn noen virkemidler i ordningen som skal favorisere de små konkurrentene. Prisutjevningen kan også benyttes til å gi enkelte produktgrupper et særlig importvern utover tollbeskyttelsen. Samlet står vi her overfor en ordning med lag på lag med reguleringer som kan ha utilsiktede virkninger.

Jordbruksavtalen inneholder en rekke ulike ordninger, herunder en rekke ulike tilskudd, hvorav noen er direkte knyttet til produsert mengde, og flere er differensiert etter bruksstørrelse eller geografi. Slike tilskudd kan påvirke både produsert mengde og struktur. Jordbruksavtalen setter også tak for hvor høye priser produsentene kan ta ut innenfor tollbeskyttelsen. Direkte støtte fra statskassen, spesielt hvis tilskuddene har en forholdsvis produksjonsnøytral innretning, kan virke mindre konkurransevridende enn importvernet, fordi slik støtte ikke begrenser konkurransen fra utenlandske produkter. Det kan imidlertid ha noen av de samme konkurransevridende effekter som statsstøtte som diskutert nedenfor.

I matkjedeutvalget som ble nedsatt av den forrige regjeringen (Stoltenberg II) valgte man å begrense mandatet til ikke å se på landbruksnæringen. Dermed ble det ikke gjort en analyse av hvordan primærnæringsunntaket og de andre rammebetingelsene for landbruksnæringen påvirker konkurransen innen næringsmiddelindustrien og detaljistleddet. Landbruksreguleringene har imidlertid betydelige konkurransemessige ringvirkninger nedover i matkjeden og som argumentert ovenfor begrenser den konkurransen på alle ledd i matkjeden.

Det andre unntaket fra konkurranseloven gjelder bokbransjen, og det tillater visse typer samarbeid mellom foretak eller sammenslutninger av foretak ved omsetning av bøker. Unntaket gjør det blant annet mulig for en leverandør å sette fastpris på bøker leverandøren utgir eller bøker som utgis av bokklubb som leverandøren har avtale med. Forlagene og bokhandlerne er tilsluttet bransjeavtalene gjennom sitt medlemskap i bransjeforeningene. Unntaket tillater forlagene og bokhandlerne å samarbeide om avtaler som forplikter den enkelte leverandør å sette fastpriser og avtale fastprisens varighet og maksimalrabatter.

Da den nye konkurranseloven trådte i kraft fra mai 2004, ble det klart at den daværende Bransjeavtalen av 25. juni 1998 i utgangspunktet var ulovlig etter forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i den nye konkurranselovens §10. Dette førte til at det ble fremforhandlet en ny avtale med varighet frem til 2010, senere forlenget til utløpet av 2014. Det har vært snakk om å erstatte bokavtalen med en egen boklov eller å avvike unntaket, men regjeringen (Solberg) har foreløpig valgt å gi bransjen et fortsatt unntak for to nye år.

Det er flere konkurransemessige uheldige sider ved bransjeavtalen. For det første stilles forbrukerne overfor høye og like priser på nye bøker med maksimal rabatt på 12,5 prosent. De høye og like prisene er et resultat av at aktørene kan koordinere seg horisontalt og unngå priskonkurranse. Det er også konkurransehemmende at avtalen gir aktørene anledning til å fastsette lik fastprisperiode. Dette gjør at aktørene får mulighet til å troverdig binde seg til en prisdiskrimineringsstrategi. Fastprisen har en varighet til 30. april året etter utgivelsesdato.

Bokavtalen synes også å ha virket hemmende på innovasjonstakten i bransjen, og da særlig når det gjelder salg av digitale bøker. Salget av norske e-bøker er svært lavt i Norge sammenlignet med andre land samtidig som engelske bøker vinner terreng. Sammenlignet med fysiske bøker utgjør salget av digitale formater en svært liten andel. Markedet for e-bøker utgjør ca. 1,5 prosent av hele bokmarkedet (basert på utsalgspris), og i begynnelsen av året 2014 var veksten negativ (ebokbib.no og Bokdatabasen). Det engelskspråklige markedet står nå for over 60 prosent av det norske bokmarkedet (Forleggerforeningen), når både papirbøker og e-bøker regnes med.

I dag er det også svært begrenset fysisk omsetning som skjer utenom bokhandlerne. Liberaliseringen av bokmarkedet i Danmark, der bokhandlerne mistet enerett på salg av bøker og man gikk bort fra fastprissystemet, førte til stigende salg av bøker. Særlig interessant er det at gruppen av nye bokkjøpere er karakterisert ved lavere husholdningsinntekt og utdannelsesnivå enn befolkningsgjennomsnittet. Det skyldes delvis at prisen har falt og at liberaliseringen har muliggjort flere salgskanaler.

Manglende håndheving av statsstøtteregelverket

Konkurransetilsynet har i dag ansvaret for håndhevingen av konkurranse-loven samt det administrative ansvaret for håndhevingen av regelverket for offentlige innkjøp. Innenfor konkurranse-lovgivningen kan det norske konkurransetilsynet også håndheve EØS-artikkel 53 og 54 som er tilsvarende paragrafene 10 og 11 i konkurranse-lovgivningen som forbyr konkurranseskadelige samarbeid og utnyttelse av dominerende stilling. Innenfor konkurranse-lovgivningen plikter det norske konkurransetilsynet også å håndheve EØS-artikkel 53 og 54, som er tilsvarende §§ 10 og 11 i konkurranse-loven som forbyr konkurranseskadelige samarbeid og utnyttelse av dominerende stilling, hvis samhandelen påvirkes. Det er også regler som sikrer at det norske konkurransetilsynet og ESA ikke behandler samme sak – i prinsippet har ESA forrang.

På statsstøtteområdet er det ikke tilrettelagt for en nasjonal håndheving av bestemmelsene, og ESA er det organet som håndhever regelverket. Dette betyr at Norge har en mindre aktiv håndheving på dette området sammenlignet med konkurranse-lovgivningen og at det er en rekke uheldige forhold som knytter seg til offentlig eller statlig støtte som får lov å vedvare. ESA gjør en god jobb i å håndheve regelverket, men har naturlig nok mer begrenset kapasitet enn om regelverket også hadde vært håndhevet nasjonalt.

Konkurransetilsynet får en rekke klager fra private bedrifter som mener at offentlige aktører opptre i strid med konkurranse-loven. I all hovedsak dreier klagen seg om at offentlige virksomheter setter priser som private bedrifter ikke har mulighet til å konkurrere mot. I de aller fleste situasjoner er lave priser et gode, men i noen tilfeller kan lave priser brukes til å hindre etablering eller til å tvinge konkurrenter ut av markedet. Lykkes det, står en igjen tilbake med et offentlig monopol og muligheter til å skru opp prisene igjen. Konkurransetilsynet har mulighet til å gripe inn dersom prisene settes så lavt at det offentlig eide selskapet går med tap. Problemet er imidlertid at offentlige virksomheter kan finansiere et underskudd i konkurranse-markedet med offentlige monopolpenger. Dette vil ofte være ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen.

Et eksempel på et marked der Konkurransetilsynet har mottatt flere klager, er renovasjonsmarkedet. I henhold til forurensningsloven er det lovpålagt kommunal renovasjon for husholdninger. Denne virksomheten finansieres gjennom et renovasjonsgebyr. Håndtering av næringsavfall er derimot åpent for konkurranse. Kommunene har i de fleste tilfeller overlatt ansvaret for renovasjons-tjenestene til kommunale eller interkommunale foretak eller aksjeselskap.

Kombinasjon av virksomhet i områder med enerett og i konkurranse-markeder gjør kryssubsidiering mulig. Underprising i konkurranse-markedet kan dermed finansieres gjennom inntektene fra virksomheten der selskapet har monopol. Slik adferd er ikke bare problematisk for potensielle konkurrenter; det er også et problem for innbyggerne som kan komme til å betale høyere renovasjonsavgifter enn nødvendig.

Det er ikke bare underprising som gir opphav til konkurranse-problemer når offentlige aktører trer inn i konkurranse-markeder. Konkurranse-problemer kan også oppstå som følge av at den offentlige aktøren blander rollen som myndighetsorgan og tjenesteleverandør. Det var et problem ved Meteorologisk institutt, som valgte å avvikle deler av virksomheten sin for å rydde opp i dette.

Private aktører kan også støte på problemer med tilgang til infrastruktur og offentlige grunnlagsdata. Det var et problem som ble reist blant annet i saken om NRKs trafikkportal, der private aktører i en årrekke hadde prøvd å få tilgang til de offentlige rute- og trafikkdataene.

Våre nordiske naboer har prøvd å løse utfordringene dette skaper på to ulike måter. Sverige har valgt en innfallsvinkel der det svenske konkurransetilsynet kan forby offentlige virksomheter å opptre på en måte som begrenser eller hemmer konkurransen i konkurransemarkeder. Dette kan i ytterste konsekvens bety forretningsforbud for offentlige virksomheter i konkurransemarkeder. Et potensielt problem ved denne tilnærmingen er at den også begrenser offentlige virksomheters mulighet til å delta i konkurransen når dette kan være bra. Offentlige virksomheter - NRK og andre - kan ha godt av å oppsøke konkurranse; både fordi det skjerper dem, og fordi det gir dem en mulighet til å bruke de ressursene og kompetansene de har bygget opp gjennom en årrekke.

Vår andre nabo, Danmark, har valgt å ha en aktiv nasjonal håndheving av statsstøttereguleringen. Dette betyr at saker som involverer statsstøtte - eller mer korrekt offentlig støtte siden mange av sakene involverer kommuner - håndheves av konkurransemyndighetene i Danmark.

Med en nasjonal håndheving av statsstøttereguleringen ville vi kunne komplettert konkurranseloven ved å kunne gripe inn mot ulike konkurransevilkår mellom offentlige og private virksomheter. Det er også klart at når det kun er ESA som har en aktiv håndheving av statsstøttereguleringen, så vil det være begrenset hvor mange saker som vil bli behandlet og oppdaget. Enkelte kommuner synes også at det er behagelig at Brussel er langt unna. Med en nasjonal håndheving ville en kunne avdekke og behandle langt flere saker. På sikt vil flere kommuner og statlige etater måtte tenke seg om flere ganger før de valgte å skape ulike konkurransevilkår mellom offentlige og private aktører. En nasjonal håndheving ville derfor kunne ha en viktig preventiv effekt i forhold til å unngå ulike konkurransevilkår.

Spesielle utfordringer i forhold til offentlig sektor

I offentlig sektor møter konkurranselovgivningen spesielle utfordringer. Når den offentlige virksomheten er organisert som foretak i konkurranselovens forstand, gjelder forbuds- og inngrepsbestemmelsene i konkurranseloven. I henhold til konkurranseloven er et foretak enhver enhet som utøver privat eller offentlig ervervsvirksomhet. Det er ikke krav til bestemte selskapsformer, og kommunale og interkommunale foretak vil også kunne omfattes dersom de driver ervervsvirksomhet.

Utfordringen med offentlig sektor er at en ikke har skilt ut virksomheten i egne foretak, og dermed blir det lett til at det skjer en sammenblanding av myndighetsutøvelse og tjenesteproduksjon. Det kan også oppstå problemer når myndighetsutøvelse er lagt til foretakene.

Ett område hvor dette har blitt satt på spissen er i inngåelse av kontrakter for anløp til havn. Her er det et uklart skille når havnevesenet opptre som myndighetsutøver og når de inngår en forretningsmessig avtale med et annet foretak. Blant annet har det vært problematisert hvorvidt tildeling av seilingstider skal regnes som myndighetsutøvelse eller en del av de privatrettslige kontraktsvilkårene.

For private aktører som skal konkurrere innenfor offentlig sektor er det svært viktig at det er et ryddig forhold mellom myndighetsutøvelse og tjenesteproduksjon. Når den offentlige enheten skal konkurrere, bør det skje på en måte hvor den offentlige enheten ikke kan utnytte sin dominerende stilling, ikke kan kryssubsidiere fra monopolvirksomhet til konkurransemarked eller får konkurransemessige fordeler på grunnlag av manglende skott mellom enhetene i kommunen.

Innenfor sykehussektoren har en valgt å definere de regionale foretakene som et foretak slik at Konkurransetilsynet ikke kan gripe inn mot sykehusfusjoner for eksempel. Dette skiller seg fra håndhevingen i andre land, England som ett eksempel, hvor fusjoner og sammenslåinger innenfor denne sektoren er underlagt fusjonskontrollen.

OPPSUMMERING OG TILTAK

Svenske konkurransemyndigheter fikk i 2008 oppdrag fra den svenske regjeringen å gjennomgå reguleringer som virker hemmende på konkurransen. På bakgrunn av denne gjennomgangen foreslo det svenske konkurransetilsynet 60 tiltak innenfor 10 ulike sektorer, deriblant revisjon av plan- og bygningsloven og nytt regelverk for kontroll med offentlige virksomheter som konkurrerer med private. I 2010 presenterte den svenske regjering en rapport hvor den sa at 50 av de foreslåtte tiltakene var gjennomført. I 2013 ga den svenske regjeringen ett nytt oppdrag til konkurransemyndighetene om å undersøke blant annet byggenæringen, bensinmarkedene og tannlegesektoren og rapportene og anbefalingene fra dette arbeidet foreligger.

I dette notatet gis en oversikt over ulike typer konkurransebegrensende reguleringer og illustrerer disse med noen eksempler. Det er behov for at også Norge gjør en gjennomgripende gjennomgang av reguleringer som kan virke konkurransebegrensende og foreslår tiltak for å slippe til mer konkurranse og dermed øke produktiviteten.

Det er imidlertid ikke nødvendigvis slik at innovasjon og vekstkraft hemmes bare ved at reguleringene er konkurransebegrensende. Innenfor bygg og anlegg vil flere av reguleringene virke konkurransehemmende, men det er også flere av reguleringene som virker negativt inn på produktivitetsvekst mer generelt. For bygg og anleggssektoren bør en gjennomgang derfor anlegge et noe bredere perspektiv.

Det å se på barrierer for at lavproduktive virksomheter selekteres ut er ikke en del av OECDs "Competition Assessment Toolkit" For å få en forståelse av manglende dynamikk i ulike bransjer må alle tre sider; inngangsbarrierer, konkurranse i næringen og utgangsbarrierer tillegges vekt.

På noen områder er det imidlertid slik at konkurranseloven ikke strekker til. Når konkurranseproblemet er offentlig støtte eller at det offentlige opptrer i markedet, vil konkurranseloven ofte være et utilstrekkelig lovverk for å reparere konkurranseskaden. Et mer velfungerende statsstøtteregelverk eller lignende regelverk kunne komplettere konkurranseloven og sørge for at offentlige og private virksomheter møter samme konkurransevilkår.

Når det gjelder offentlig sektor er det viktig at det skjer en bevisstgjøring av betydningen av konkurranse for økt produktivitet. For å få det til må det skje en omorganisering av offentlig virksomhet med tjenesteproduksjon i egne enheter med vanntette skott til myndighetsutøvelse. På noen sektorer er det også mulig å oppsøke konkurranse og splitte foretakene opp i selvstendige enheter.

Det er et uforløst produktivitetspotensiale både i offentlig og privat sektor og den enkleste og billigste måten å forløse dette potensiale på er å slippe til konkurranse.

Referanse:

Gaasland, Ivar (2014): "Tid for konkurranse i primærnæringene? Omsetning av fisk og jordbruksvarer – felles utgangspunkt, men ulik utvikling." Handlingsrom for konkurransepolitikk, John Grieg Forlag, 2014.

OECD (2011): "Competition Assessment Toolkit. Principles". Version 2.0.