

Konkurrenceforvridende offentlig støtte

1 Generelt

Det offentlige udgør en stor og ressourcestærk aktør, som i alvorlig grad kan forvride konkurrencen på ethvert marked, som det involverer sig på. For at sikre bevarelse af konkurrencen og et dynamisk samspil mellem den offentlige og private sektor, giver konkurrenceloven derfor mulighed for at gribe ind over for offentligt støttede erhvervsaktiviteter. Dog kun når de er sat i verden uden hjemmel i offentlig regulering, og når de har en konkurrenceforvridende virkning.

Der er i konkurrencelovens § 12 mulighed for at udstede påbud om, at uhjemlet og konkurrenceforvridende støtte, der er ydet ved hjælp af offentlige midler til fordel for bestemte former for erhvervsvirksomhed, skal ophøre eller tilbagebetales. Nedenfor gennemgås kort en række centrale begreber og virkninger af påbudsmuligheden, samt reaktionsmulighederne ved overtrædelse.

2 Hvad er offentlig støtte?

Offentlig støtte er enhver direkte eller indirekte økonomisk fordel, som det offentlige tildeler bestemte former for erhvervsdrivende eller erhvervsaktiviteter, og som favoriserer disse i forhold til andre erhvervsdrivende eller erhvervsaktiviteter på markedet.

Det offentliges samhandel med private erhvervsvirksomheder (eller andre offentlige instanser) er ikke støtte, når den sker på sædvanlige markedsmæssige vilkår og ud fra saglige motiver. Offentlige investeringer i offentlig eller privat virksomhed udgør heller ikke støtte, når den sker ud fra de almindelige markedøkonomiske hensyn, som investorer i almindelighed lægger vægt på.

Offentlig støtte ydes af "offentlige midler". Dette begreb dækker ikke kun over lands- eller kommunekassen, men også midler fra fonde mv. som uddeler støtte i medfør af offentlig regulering. Også et rent offentligt ejet aktieselskabs aktiviteter, kan potentielt være omfattet, jf. Grønlands Landsrets dom af 7. december 2009. Afgørende vil være, om der reelt er tale om midler, der stammer fra og kontrolleres af en offentlig myndighed, uanset om de rent formelt er organiseret i privatretligt regi.

Direkte støtte kan f.eks. være tilskud, skatte- og afgiftsfritagelser, bankgarantier, rentefri lån, eller andet som tilfører en umiddelbar økonomisk fordel. Indirekte støtte kan være det offentliges salg, udlejning eller udlån af lokaler til under markedsprisen, køb af produkter til overpris, køb af varer der slet ikke er brug for, overtagelse af virksomhedens administrative opgaver. Samlet set er der tale om tiltag, som reducerer de normale omkostninger, der er forbundet med erhvervsaktiviteten, eller som stiller virksomheden bedre, end en interaktion på markedsvilkår ville have gjort.

Støtte kan også foreligge, selv om det primære formål med at udøve en aktivitet er et andet. Hvis det offentlige f.eks. driver et beskyttet værksted, vil det normalt udgøre konkurrenceforvridende støtte, hvis visse private erhvervsdrivende har mulighed for gratis at låne lokaler og værktøj efter lukketid. Er støtten en nødvendig og uundgåelig bivirkning af en offentligt reguleret aktivitet, finder konkurrenceloven dog ikke anvendelse.

Opsummerende vil der ikke være tale om støtte, når det offentlige - i sine roller som erhvervsdrivende, investor, sælger og køber - handler ud fra almindelige markedøkonomiske principper. Hvis der derimod

inddrages andre hensyn, kan der meget vel være tale om støtte. Hvis denne støtte favoriserer visse erhvervsaktiviteter frem for andre, vil den ofte være konkurrenceforvridende

3 Hvornår er støtten konkurrenceforvridende?

Støtte er ikke i sig selv ulovlig efter konkurrenceloven, hvis den ikke er egnet til at forvride konkurrencen på markedet.

Som anført ovenfor er der ved støtte normalt tale en fordel i forhold til almindelige markedsvilkår og markedshensyn. Vurderingen af om denne fordel er konkurrenceforvridende, vil normalt koncentrere sig om, hvorvidt alle erhvervsdrivende på det relevante marked har adgang til at opnå del i den på samme vilkår.

Vurderingen vil gå på, om støtten direkte eller indirekte forvrider eller er egnet til at forvride konkurrencen på det relevante marked. Det behøver således ikke kunne bevises, at der aktuelt er sket en konkurrenceforvridning over for konkrete erhvervsvirksomheder. Det er tilstrækkeligt at støtten potentielt indebærer en trussel mod konkurrencen, f.eks. ved at gøre det sværere for nye konkurrenter at etablere sig på markedet.

Hvis støtte ydes til alle virksomheder på det relevante marked, vil den som udgangspunkt ikke være konkurrenceforvridende. Det er dog en betingelse at den ydes på lige vilkår til alle aktuelle og senere tilkomne erhvervsvirksomheder. Endvidere kan støtte ydet til et helt erhvervsområde være konkurrenceforvridende, hvis det ligger i konkurrence med andre erhvervsområder på et samlet marked. F.eks. vil støtte til alle markedsaktører inden for taxakørsel fortsat kunne være konkurrenceforvridende i forhold til buskørsel, hvis det relevante marked for vurderingen må afgrænses til persontransport.

Hvis støtten ikke favoriserer nogen bestemte former for erhvervsaktivitet, men er af helt generel erhvervspolitisk karakter, vil den ikke være konkurrenceforvridende. Hvis der undtagelsesvis er fastsat særlig hjemmel i offentlig regulering for, at en konkurrenceforvridende støtte er lovlig, kan der heller ikke gribes ind over for den.

4 Hvad er erhvervsvirksomhed?

Erhvervsvirksomhed forstås bredt som enhver økonomisk aktivitet, der foregår på et marked for varer og tjenesteydelser. Både privat og offentlig aktivitet er omfattet.

Offentligt ejede erhvervsvirksomheder er umiddelbart omfattet, men også offentlige erhvervsaktivitet, der ikke er organiseret i selskabsregi kan være omfattet. Offentlig støtte kan omfatte det offentliges subsidiering af egne erhvervsaktiviteter, som evt. drives i tilknytning til almennyttige aktiviteter.

Det offentlige kan f.eks. selv udøve erhvervsvirksomhed i form af at tilbyde særlige tillægsydelser på et plejehjem, som beboerne kan købe sig til. Der vil være tale om en økonomisk aktivitet, som meget muligt foregår på et marked for varer og tjenesteydelser. Hvis denne tilkøbsydelse ikke udbydes på markedsvilkår, herunder ved at alle reelle omkostninger afspejles i prisen på den, vil der i så fald være tale om

krydssubsidiering af en udøvet erhvervsaktivitet via de offentlige midler til plejehjemmets drift. Andre former for offentlig virksomhed, der udbydes på et marked, såsom f.eks. busdrift eller havnevirksomhed, vil ligeledes være omfattet af begrebet ”erhvervsvirksomhed”.

Aktiviteter, som det offentlige egne ansatte rent internt udfører for det offentlige selv, og som derfor ikke udbydes eller efterspørges på et marked, vil derimod ikke være omfattet af begrebet. Det samme gælder offentlig myndighedsudøvelse.

5 Hvornår er støtte ikke lovlig?

Der kan kun gribes ind over for støtte, som ikke er lovlig i henhold til offentlig regulering. Er der lovhjemmel til at drive en aktivitet på ikke-markedsmæssige vilkår, kan konkurrencelovens påbudsmulighed ikke anvendes, uanset om der i øvrigt måtte være et marked for ydelsen. Der kan for eksempel være tale om lovhjemlet gratis adgang til en række essentielle velfærdsydelser eller støtte til kunstneriske og kulturelle formål.

Afgørelsen om ydet støtte er lovlig i henhold til offentlig regulering træffes af Konkurrencenævnet. Kommunalt fastsatte beslutninger, regler og regulativer anses i denne forbindelse ikke for offentlig regulering, medmindre de har hjemmel i lov, eller støttes på kommunalfuldmagten.

Finder Konkurrencenævnet støtten lovlig i medfør af offentlig regulering, kan Konkurrencenævnet ikke udstede påbud om ophør eller tilbagebetaling, uanset at støtten har været konkurrenceforvridende. Konkurrenceloven viger således for anden offentlig regulering.

Alle, der har en væsentlig individuel interesse i at få afgjort spørgsmålet om ulovlig støtte, kan indbringe spørgsmålet om støttens lovlighed for domstolene. Konkurrencenævnets afgørelse træffes derfor under ansvar for domstolene.

6 Muligheden for ikke-indgrebserklæring

En offentlig instans, der vil bevillige støtte (Anmeldesskema K2) eller en virksomhed, der vil modtage den (Anmeldesskema K3) kan afgive forespørgsel om, hvorvidt en konkret offentlig støtteordning vil udgøre konkurrenceforvridende støtte. Der tages både stilling til spørgsmålet om, hvorvidt støtten er konkurrenceforvridende, samt hvorvidt den i øvrigt er lovlig efter offentlig regulering. Konkurrencenævnet vurderer spørgsmålene på baggrund af medsendte oplysninger, og andre forhold nævnet har kendskab til. Hvis konkurrencenævnet på baggrund af disse forhold vurderer, at støtten ikke er konkurrenceforvridende, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 2, nr. 1 eller at den er lovlig efter offentlig regulering, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 2, nr. 2 udstedes der en erklæring herom.

En erklæring om at adfærden, ud fra de forhold konkurrencenævnet har kendskab til, ikke er omfattet af konkurrencelovens § 12, stk. 2, nr. 1 er ikke en eviggyldig afgørelse. Andre forhold, som virksomheden ikke har oplyst – eller ikke har kunnet oplyse – om, kan medføre, at støtten alligevel er konkurrenceforvridende.

En erklæring vil dog afskære konkurrencemyndighederne fra at udstede påbud om ophør eller tilbagebetaling på baggrund af de forhold, der lå til grund for erklæringen. Hvis en virksomhed loyalt har oplyst om alle forhold, som virksomheden har og burde have kendskab til af relevans for vurderingen, vil der ikke blive udstedt påbud om tilbagebetaling af den støtte, der er modtaget i perioden forud for tilbagekaldelsens af erklæringen.

En erklæring om at adfærden, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 2, nr. 2, er lovlig efter offentlig regulering er gældende, så længe forholdet forbliver omfattet af den pågældende offentlige regulering. Ophæves den offentlige regulering erklæringen vedrører, bortfalder erklæringen fra ophævelsesstedspunktet. Hvis domstolene senere måtte fortolke den offentlige regulering anderledes end Konkurrencenævnet, vil erklæringen kunne tilbagekaldes. I begge tilfælde vil der ikke blive udstedt påbud om tilbagebetaling af den støtte, der er modtaget i perioden forud for tilbagekaldelsen af erklæringen.

Andre forhold som virksomheden ikke har oplyst om, kan medføre, at støtten alligevel er ulovlig. Burde virksomheden have kendt til, og oplyst om, forholdet, er erklæringen uforbindende, og støtten kan påbydes tilbagebetalt. Har virksomheden bevidst skjult oplysningerne, kan der sanktioneres med bøde, jf. konkurrencelovens § 41, stk. 1, nr. 12.

7 Reaktionsmulighederne ved ulovlig konkurrenceforvridende støtte

Hvis en støtte er konkurrenceforvridende og ikke er lovlig i henhold til anden offentlig regulering, kan Konkurrencenævnet udstede påbud.

Påbud kan gå på, at en aktuel støtte skal ophøre. Et sådant påbud rettes til det offentlige. Medmindre andet undtagelsesvist fastsættes, vil det have virkning fra afgørelsesstedspunktet, således at støtten omgående skal ophøre.

Et påbud kan ligeledes gå på, at allerede udbetalt støtte skal tilbagebetales. Sådanne påbud kan rettes til private erhvervsvirksomheder, selvejende institutioner, samt helt eller delvist offentligt ejede virksomheder, der drives i selskabsform, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 3, 1. pkt. Også offentlige virksomheder, der drives i selskabsskabslignende organisering kan modtage påbud, jf. tilbagebetalingsbekendtgørelsen. Påbud om tilbagebetaling kan derimod ikke rettes mod en egentlig offentlig myndighed.

Et påbud om tilbagebetaling kan udstedes, hvis det må anses for nødvendigt og proportionalt i forhold til at afhjælpe konkurrenceforvridningen. Det er derfor ikke en betingelse, at støttemodtageren har været i ond tro om støttens ulovlige og konkurrenceforvridende karakter.

Beløbet kan kræves tilbagebetalt med forrentning fra udbetalingsdatoen, dvs. den dato den økonomiske fordel blev opnået, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 4, 3. pkt. Er fordelen opnået i rater, kan der særskilt beregnes rente for hver rate. Et tilbagebetalingskrav kan gennemtvinges ved tvangsbøder, jf. konkurrencelovens § 40, nr. 2.

Adgangen til at udstede påbud om tilbagebetaling forældes, hvis der ikke er indledt sag senest 5 år efter støtten er udbetalt, jf. konkurrencelovens § 12, stk. 4, 1. og 2. pkt.