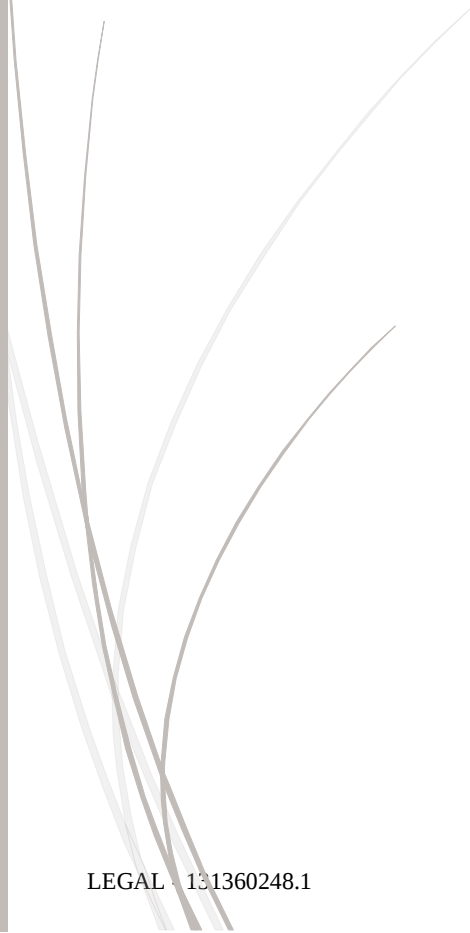


A vertical grey bar on the left side of the page. A dark teal arrow points to the right from the bar, containing the date.

01.02.2024

Utrekning av EØS-avtalens regler for statsstøtte og tilskudd til sosiale entreprenører

Several thin, light grey wavy lines that originate from the left side and curve upwards and to the right, creating a decorative element.

Frederik Nordby, Clemens Kerle & Bjørnar Alterskjær

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning.....	3
2.	English summary	3
3.	Konklusjoner og anbefalinger	4
4.	Nærmere om sosiale entreprenører	5
5.	Statsstøtterettslige spørsmål	8
5.1	Innledning	8
5.2	Vil støtte til sosiale entreprenører rammes av statsstøtteregelverket fordi de sosiale entreprenørene utgjør foretak?	9
5.3	Påvirker støtten til de sosiale entreprenørene samhandelen?	16
5.4	Foreløpig konklusjon	17
5.5	Anvendelige unntaksregler.....	17
5.6	Sammenfatning av de statsstøtterettslige spørsmålene	25
6.	Kort om anskaffelsesrettslige spørsmål	25
6.1	Nærmere om grensedragningen mellom offentlige anskaffelser og ensidige tilskudd.....	25
6.2	Konkret vurdering av tilskuddsordningen.....	27

ORDLISTE

I denne rapporten benyttes en del ord og begreper som kan være fremmede for mange som ikke jobber med statsstøtterettslige problemstillinger til daglig. Nedenfor følger derfor en kort forklaring av sentrale begreper som er brukt i denne rapporten.

- **Bagatellstøtte:** Unntaksregler i statsstøtteregelveket for tildeling av mindre støttebeløp. Unntakene er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift.
- **EFTA Surveillance Authority/ESA:** ESA er organet som håndhever statsstøtteregelveket i EØS-avtalen.
- **Foretak/økonomisk aktivitet:** Ett av kriteriene som må være oppfylt for at et tiltak skal rammes av støttereglene i EØS-avtalens artikkel 61(1), er at støtten tilflyter et foretak, det vil si en virksomhet som utøver økonomisk aktivitet. Økonomisk aktivitet består av å tilby varer eller tjenester i et marked.
- **GBER/gruppeunntaket:** Unntaksregel i statsstøtteregelveket. Forkortes ofte «GBER» (General Block Exemption Regulation). GBER er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift. Støtte ytet i samsvar med GBER er unntatt notifikasjonsplikt til ESA, og per se forenlig med EØS-avtalen.
- **Notion of Aid:** En retningslinje fra EU-Kommisjonen («Kommisjonen») og ESA som angir deres forståelse av innholdet i EØS-avtalen artikkel 61(1).
- **Offentlige anskaffelser/anskaffelser:** Innkjøp gjennomført av det offentlige etter den regelstyrte prosessen som følger av lov og forskrift om offentlige anskaffelser.
- **SGEI/ Services of General Economic Interest:** det engelske begrepet for «tjenester av allmenn økonomisk betydning».
- **Statsstøtte:** I dagligtale benyttes ofte begrepet «statsstøtte» for å beskrive alle tilskudd fra det offentlige. I denne sammenheng benyttes begrepet for å dekke alle tiltak som oppfyller vilkårene i EØS-avtalens artikkel 61(1). Slike tiltak er i utgangspunktet forbudt å iverksette med mindre tiltaket er godkjent av EFTAs overvåkningsorgan eller tiltaket baseres på et regelsett som inneholder unntak fra notifikasjonsplikten til ESA, som for eksempel GBER. «Offentlig støtte» brukes også ofte som et begrep for tiltak som oppfyller vilkårene i EØS-avtalens artikkel 61(1).
- **Tjenester av allmenn økonomisk betydning:** Tjenester som det offentlige mener er særlig viktige, og som ikke tilbys av markedet alene i den utstrekning eller på de vilkår som er ønskelige. Det finnes særlige unntaksregler for denne typen tjenester i statsstøtteregelveket.

1. INNLEDNING

Denne utredningen omhandler statsstøtterettslige spørsmål ved tildelinger til sosiale entreprenører. Det finnes ingen enhetlig definisjon av hva en sosial entreprenør er. Noen fellestrekk synes likevel å være at det er tale om aktører som søker å finne nye måter å løse sosiale utfordringer på. Aktørene drives av sosiale resultater, men også av en forretningsmodell som kan gjøre virksomheten levedyktig: Dette omtales gjerne som den «doble bunnlinjen» det vil si at virksomheten både skal være bærekraftig økonomisk, og bidra til å løse sosiale utfordringer. Aktørene produserer og selger ofte varer og tjenester i konkurranse med andre kommersielle aktører. Videre retter de sosiale entreprenørene seg mot personer som ellers ville hatt utfordringer med å delta i arbeidslivet eller å delta i samfunnet, hvor disse enten er sysselsatt hos de sosiale entreprenørene, eller brukere av tjenester som de sosiale entreprenørene leverer.

Departementet har i konkurransegrunnlaget skissert tre spørsmål knyttet til statsstøtteregelverket:

- Hvilke av EØS-avtalens regler for statsstøtte er relevante for tilskudd til sosiale entreprenører?
- I hvilke tilfeller vil tilskudd til sosialt entreprenører være å anse som statsstøtte, og i hvilke tilfeller er det ikke å anse som statsstøtte?
- Hvilke rammer setter EØS-avtalens regler for statsstøtte for utforming av regelverk for tilskudd til sosialt entreprenører, herunder eventuelle krav til organisasjonsform og regulering av adgangen til inntjening og å ta utbytte?

Etter vårt syn er det hensiktsmessig å besvare spørsmålet i det andre kulepunktet først. Dersom tilskudd til sosiale entreprenører ikke utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen, kan støtten utbetales uhindret av støtteforbudet. Dersom støtte til de sosiale entreprenørene utgjør statsstøtte, eller det er en risiko for dette, kan støtten hjemles i et av de mange unntakene (første og siste kulepunkt).

Punkt 2 inneholder en oppsummering på engelsk. I punkt 3 gir vi våre anbefalinger og konklusjoner. Punkt 5 inneholder de nærmere statsstøtterettslige vurderingene. Avslutningsvis – i punkt 6 – behandler vi kort anskaffelsesrettslige spørsmål.

2. ENGLISH SUMMARY

The present report addresses state aid questions in relation to grants to social entrepreneurs with the aim of including more people in employment and society. There is no *de jure* definition of social entrepreneurs. However, the following characteristics could serve as a minimum basis:

Firstly, it largely involves entities with the goal of addressing social problems and challenges in a novel way. Secondly, these entities do not pursue profit as their primary objective, yet they still often sell goods and services in competition with commercial entities. The actors are driven by social outcomes, but also by a business model that can make the business sustainable. This is often referred to as the "double bottom line," meaning that the business should be economically sustainable and contribute to addressing social challenges. Thirdly, the target audience predominantly consists of groups of individuals who otherwise face challenges in securing employment or participating in society. These individuals are either employed by the social entrepreneurs or are users of the services provided by them.

The first question addressed in this report is whether aid granted to the social entrepreneurs constitutes state aid within the meaning of Article 61 (1) of the EEA Agreement.

In order for a measure to be subject to the state aid rules, the aid must *inter alia* benefit an undertaking, and the aid must affect trade. In our view, questions can be raised regarding whether social entrepreneurs constitute undertakings and whether the aid affects trade. However, there is still some uncertainty associated with these questions.

Regarding the question of whether social entrepreneurs are considered undertakings, the key issue is whether they engage in economic activity by offering goods and services in a market. It is clear that many social undertakings offer goods and services in a market. However, it could be argued that they should not be considered undertakings because (i) they perform a task that is part of the government's obligation to

ensure everyone has employment opportunities and is integrated into society, and (ii) the provision of goods and services in the market is closely linked to this non-economic purpose. The case law does not give a definitive answer, and there are no directly comparable cases.

Concerning the question of whether the aid affects trade, it is initially clear that the relevant beneficiaries of the aid are small undertakings that offer goods and services to a limited extent. Also, there is no authoritative practice on this point, and the existing practice regarding the effect on trade pertains to individual grants. In this case, where it involves an aid scheme, it is more appropriate to consider the cumulative effect of the grant scheme.

Given that it's not evident that all grants of aid to social entrepreneurs fall outside the scope of state aid rules, in our view, the safest approach is to base the grants on one of the many exceptions in the state aid rules. The most suitable option is to base the grant on the so-called de minimis exemption for services of general economic interest. This exemption allows for the allocation of aid of up to 750 000 euros, approximately 8 800 000 NOK over a rolling three-year period. This is a straightforward and practical exemption that requires minimal administrative work from both the grantor and the grant recipient.

If, for various reasons, the de minimis exemption is not suitable, it would be possible to base the aid on the so-called "SGEI decision". However, this requires a bit more effort in terms of drafting award letters and regulating the amount of aid.

If neither of the exemptions may be used, it is still possible to assess whether the aid does not fulfil the criteria found in Article 61 (1) of the EEA Agreement, especially whether the beneficiary constitutes an undertaking, and if the aid affects intra-EEA trade.

We consider other exemptions in to be less relevant. This is partly due to the fact that the other exemptions are either more administratively demanding or require significant changes to the scheme, which, in our view, appear less practical.

In our opinion, grants to social entrepreneurs do not pose any procurement law challenges as currently organized. The recommendation to use an exemption in the state aid rules does not alter this conclusion.

3. KONKLUSJONER OG ANBEFALINGER

For at et tiltak skal rammes av støtteregelverket, må støtten tilflyte et foretak, og tiltaket må påvirke samhandelen. Etter vårt syn kan det stilles spørsmål ved om både de sosiale entreprenørene anses som foretak, og om støtten påvirker samhandelen. Det er likevel en del usikkerhet knyttet til disse spørsmålene.

Hva gjelder spørsmålet om de sosiale entreprenørene anses som foretak, er det sentrale spørsmålet om de sosiale entreprenørene utøver økonomisk aktivitet ved å tilby varer og tjenester i et marked. Isolert sett er det klart at en lang rekke av de sosiale entreprenørene tilbyr varer og tjenester i et marked. Det kan likevel hevdes at de ikke er å anse som et foretak fordi (i) de utfører en oppgave som er en del av det offentlige forpliktelse til å sørge for at alle har et arbeidstilbud og integreres i samfunnet og (ii) tilbudet av varer og tjenester i markedet er nært tilknyttet dette ikke-økonomiske formålet. Praksis er sprikende, og det foreligger ingen direkte sammenlignbare tilfeller.

Når det gjelder spørsmålet om støtten påvirker samhandelen, er det i utgangspunktet klart at de aktuelle støttemottakerne er små aktører som tilbyr varer og tjenester i begrenset utstrekning. Heller ikke på dette punktet finnes det noen autoritativ praksis, og den praksisen som foreligger med hensyn til samhandelspåvirkning gjelder enkelttildelinger. I dette tilfellet – hvor det er tale om en tilskuddsordning – er det mer nærliggende å se på den kumulative effekten av støtten, eventuelt må støtteordningen inneholde mekanismer som sikrer at støtten ikke påvirker samhandelen.

I og med at det ikke er opplagt at tilskudd til de sosiale entreprenørene faller utenfor støtteregelverket, er det etter vårt syn det tryggeste å basere tilskuddene på et av de mange unntakene i støtteregelverket. Mest nærliggende er det å basere tilskuddet på det såkalte bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk

betydning. Dette unntaket åpner for å tildele inntil 750 000 euro (ca. 8 800 000) over en rullerende treårsperiode. Dette er et enkelt og praktisk unntak som krever lite administrativt arbeid fra både støttegiver og støttemottaker.

Dersom dette unntaket av ulike grunner ikke skulle være aktuelt, vil det være mulig å basere støttetildelingen på den såkalte «SGEI-decision». Dette krever imidlertid noe mer arbeid med hensyn til utforming av tildelingsbrev og regulering av støttebeløp.

Dersom ingen av disse unntakene kan benyttes, kan det likevel tenkes at et tilskudd ikke oppfyller alle vilkårene som følger av EØS-avtalen artikkel 61(1), særlig foretakskriteriet og samhandelskriteriet.

Øvrige unntak i støtteregelverket vurderer vi som mindre aktuelle for støtteordningen. Dette skyldes dels at de øvrige unntakene enten er mer administrativt krevende, eller at det må gjøres en del endringer i ordningen som etter vårt syn fremstår som lite hensiktsmessige.

Vi mener endelig at tilskudd til sosiale entreprenører ikke reiser noen anskaffelsesrettslige utfordringer slik tilskuddene er organisert i dag. Anbefalingen om å benytte et unntak i støtteregelverket endrer ikke på denne konklusjonen.

4. NÆRMERE OM SOSIALE ENTREPRENØRER

Enkeltaktører og organisasjoner i sivilsamfunnet har gjennom lang tid vært viktige drivkrefter i utvikling av nye løsninger på sosiale og samfunnsmessige utfordringer. Siden 2008 har det i Norge også vært en økende interesse og oppmerksomhet om sosialt entreprenørskap og sosiale entreprenørers bidrag i arbeidet med å løse slike utfordringer.

Det er vanskelig å si noe eksakt om omfanget sosialt entreprenørskap har i Norge. Det finnes ikke noe offentlig register over sosiale entreprenører, og forskning, forvaltning og praksis benytter ulike definisjoner av sosialt entreprenørskap.

I flere studier av sosialt entreprenørskap de siste årene, har kriteriet for å inngå i studien vært hvorvidt personen eller organisasjonen selv definerer seg til feltet og om andre aktører regner dem som tilhørende.¹ Tall fra studiene peker i retning av et antall i størrelsesorden 300-400. Om lag halvparten av aktørene kan ut fra organisasjonsform plasseres innenfor privat sektor (AS, ideelle AS, næringsdrivende stiftelser), den andre halvparten innenfor frivillig sektor (frivillige organisasjoner, ideelle stiftelser og samvirkeforetak). De fleste er relativt små, har færre enn fem ansatte, og har en økonomisk omsetning på under 5 millioner kroner i året.²

En rapport fra Nordisk Ministerråd om sosialt entreprenørskap i 2015 satte opp fem kjennetegn på sosialt entreprenørskap.³ En tverrdepartemental arbeidsgruppe i Norge pekte i 2018 på disse som vesentlige kjennetegn som avgrenser sosialt entreprenørskap mot tradisjonell virksomhet i offentlig, privat og frivillig sektor.⁴ Virksomheter som er sosiale entreprenører kjennetegnes ved:

- Et sosialt formål eller løsning av et udekket velferdsbehov
- Nyskapende løsninger på disse utfordringene
- Drives av sosiale resultater, men også av en forretningsmodell som kan gjøre virksomheten levedyktig/bærekraftig
- Målgruppeinvolvering

¹ Kobro, L.U. mfl. (2017): Statlige rammevilkår på ramme alvor. Sosialt entreprenørskap i norsk offentlig kontekst. Høgskolen i Sørøst-Norge, Porsgrunn. Skriftserien Nr 14 2017

Eimhjellen, I. og Loga, J. (2016): Utviklingen av sosialt entreprenørskap i Norge, Uni Research Rokkansenteret, Bergen, Rapport 9- 2016

² Eimhjellen, I. og Loga, J. (2016): Utviklingen av sosialt entreprenørskap i Norge, Uni Research Rokkansenteret, Bergen, Rapport 9- 2016

³ Nordisk Ministerråd. (2015). Sosialt entreprenørskap og sosial innovasjon – Kartlegging av innsatser for sosialt entreprenørskap og sosial innovasjon i Norden (TemaNord 2015:502)

⁴ Arbeids- og sosialdepartementet. (2018). Samarbeid om sosialt entreprenørskap

- Samarbeid på tvers av fagfelt og virksomhetsmodeller⁵

Sosiale entreprenører har ulike samarbeidspartnere og inntektskilder. I en undersøkelse av samarbeid mellom arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV) og sosiale entreprenører beskrives fire ulike samarbeidsformer:

1. *Tilskuddssamarbeid* som handler om at NAV støtter de sosiale entreprenørene økonomisk, slik at de kan utvikles til å bli økonomisk bærekraftige på sikt.
2. *Leverandørsamarbeid* som innebærer en bestiller-utfører-relasjon mellom NAV og den sosiale entreprenøren.
3. *Syssettingssamarbeid* som innebærer at den sosiale entreprenøren ansetter jobbsøkere fra NAV og dermed spiller en nøkkelrolle i inkluderingsarbeidet.
4. *Utviklingssamarbeid* som innebærer samskaping med NAV og eventuelt andre aktører knyttet til FoU-prosjekter eller andre innovasjonsaktiviteter.⁶

Arbeids- og velferdsdirektoratet (AVdir) har fra 2011 forvaltet en tilskuddsordning til sosiale entreprenører og sosialt entreprenørskap rettet mot fattigdom og sosial eksklusjon. Tilskuddsordningen hadde i utgangspunktet en økonomisk ramme på 2,6 millioner kroner som har økt til om lag 14 millioner kroner de senere årene. AVdir forvalter også en tilskuddsordning til aktivisering og arbeidstrening i regi av frivillige organisasjoner som kan være aktuell for sosiale entreprenører å søke om midler fra.

Etter det opplyste ser det ut til at de fleste støttemottakerne har mottatt mindre enn én million kroner i årlige tilskudd. Støttemottakerne mottar også støtte fra andre kilder, både offentlige og private. Enkelte av støttemottakerne har også deltatt i offentlige anbudskonkurranser.

Denne rapporten omhandler kun den førstnevnte samarbeidsformen. AVdir opererer med følgende krav for at mottakeren kan motta tilskudd:

1. Virksomheten må selv definere seg som en sosial entreprenør.
2. Målet med virksomheten er å løse sosiale problemer på en ny måte.
3. Det er vedtektsfestet at det ikke skal tas ut utbytte.
4. Virksomheten drives av de sosiale resultatene og en forretningsmodell som kan gjøre virksomheten levedyktig og bærekraftig etter noe tid.
5. Virksomheten er registrert i Frivillighetsregisteret, organisasjonsformen kan for eksempel være AS, stiftelse eller frivillig organisasjon.

Proba samfunnsanalyse har gjennomført en evaluering av AVdirs tilskuddsordninger, og det pågår nå et arbeid med å følge opp denne evalueringen.⁷ Hovedproblemet som pekes på i den nevnte evalueringen er at det mangler et marked for det sosiale bidraget, og de fleste tiltakene har store problemer med å få til salg av tjenester eller andre former for finansiering av det sosiale elementet som kan erstatte tilskuddene.

I den nevnte rapporten pekes det i punkt 3.2. på ulike eksempler på virksomheter som har søkt støtte fra AVdir. Oversikten tas med nedenfor for å vise bredden i tiltakene:

⁵ Meld. St. 32 (2020-2021) *Ingen utenfor – En helhetlig politikk for å inkludere flere i arbeids- og samfunnsliv*

⁶ Aksnes, S. Y. mfl. (2020): Nye muligheter for sosialt entreprenørskap? Samarbeid om arbeidsinkludering mellom NAV og sosiale entreprenører, AFI-rapport 339 Oslo

⁷ Evaluering av tilskuddene til aktivisering, arbeidstrening og sosialt entreprenørskap Rapport 2021 – 12, tilgjengelig på følgende lenke: <https://proba.no/wp-content/uploads/Rapport-2021-12-Evaluering-av-tilskudd-til-aktivisering-og-sosialt-entreprenørskap.pdf>

Tabell 3-2: Saker gjennomgått – tilskudd til sosialt entreprenørskap

Tiltaks-navn	Organisasjon/virksomhet	Innhold	Målgruppe	Avslag
Bårstua	Tromsø Sosiale Entreprenører (Eiet av Fontenehuset)	Driver et sted for arrangementer. Med matlaging og servering	Personer med psykiske problemer	
Dog Tales*	Dog Tales AS (tidligere C-Consulting AS)	Arbeidstrening hunderbarnehage	Blandet, skoleelever, arbeidsledige, mv	
GET Academy Solutions	Get Academy AS	Opplæring innen IT yrket, konsulenttjeneste	Ungdom/unge voksne	
Ephori	Velferdsfinans AS - Ephori impact AS	Seminar/kurs om menneskerettigheter	Kvinner med innvandrerbakgrunn	
Arbeidsledige løser samfunnsproblemer	Fremtenkt AS	Kurs	Arbeidsledige i alderen 26-65 år.	X
Goodify	Goodify AS	Utvikle tjeneste/plattform som kobler sammen mennesker som har behov for hjelp og dem som kan avse tid til å hjelpe	Alle med behov for hjelp og personer som kan avse tid til å hjelpe	
Nye samskapte veier til varig arbeid	Senter for sosialt entreprenørskap og innovasjon	Modulbasert kvalifiseringsarbeid	Arbeidsledige over 22 år, med særlig fokus på personer med innvandrerbakgrunn.	X
Hopeful	Hopeful	Arbeidstreningsarena	Ungdom/unge voksne mellom 18-32 år. Unge/unge voksne med rusrelaterte utfordringer og/eller psykiske utfordringer.	
Kafe Kime	KIME (Kompetanse, Inkludering, Mangfold og Engasjement) tidligere Borgen nærmiljøsentral	Arbeidsrettet opplæring innen cateringtjeneste, nettverksbygging	Kvinner med innvandrerbakgrunn	
Kultur-koblingen	Foreningen Kulturkoblingen	Bygge et bredt og inkluderende kulturmiljø	Ungdom som på grunn av egen eller foresattes økonomi ikke kan delta kulturelle aktiviteter.	
Gründer-programmet for flerkulturelle entreprenører	MIKS Ressurssenter for integrering og samhandling	Gründerprogram	Personer med innvandrerbakgrunn	
Mora di	Mora di AS	Tilbyr jobb innen sykkelreparasjon	Personer som opplever utfordringer med å få innpass på arbeidsmarkedet	
Moving Mamas	Moving Mamas AS	Arbeidsrettet opplæring, og tilbyr jobb innen redesign	Kvinner med innvandrerbakgrunn	
New Use	NewUse	Tilpasset opplæring og praksis i håndverksfaget.	Menn med innvandrerbakgrunn	
PitStop	PitStop AS	Skalering av PitStop-modellen.	Unge utenfor skole arbeid.	
Sandwich Brothers	International Sandwich Brothers	Opplæring og jobb innen isproduksjon og salg.	Unge med flyktningbakgrunn	
Sisters in business	Sisters in business AS	Arbeidsrettet opplæring og tilbyr jobb innen søm	Innvandrerkvinner	
Såpa	Kongsvinger Frelsesarmeen	Arbeidstrening bilpleie	Personer med rusrelaterte utfordringer	X
Pedalen	Kirkens Bymisjon Bodø	Arbeidstrening sykkelverksted	Personer med rusrelaterte utfordringer	
Guttas campus	Eivind Astrups stiftelse	Læringscamp, mentor, leksehjelp	Gutter i 10. klasse med utfordringer faglig	

Oversikten viser et relativt stort spenn i aktiviteter og målgruppe. Etter en nærmere undersøkelse av de aktuelle støttemottakerne, synes det som om disse jevnt over selger varer og tjenester i et marked i konkurranse med andre. Enkelte av aktørene synes likevel ikke å selge noen varer eller tjenester, men i større grad har en ren sosial profil.⁸

Som nevnt over, finnes det ingen enhetlig definisjon av sosiale entreprenører. Basert på gjennomgangen over, er det imidlertid mulig å peke på enkelte fellestrekk:

For det første er det i stor utstrekning tale om aktører som har som mål om å løse sosiale problemer og utfordringer på en ny måte. For det andre har ikke aktørene profitt som mål, men selger likevel varer og tjenester i konkurranse med kommersielle aktører. For det tredje – i dette tilfellet – er målgruppen i stor utstrekning grupper av personer som ellers har utfordringer med å komme i arbeid eller delta i samfunnet, hvor disse enten er sysselsatt hos de sosiale entreprenørene, eller brukere av tjenester som de sosiale entreprenørene leverer.

5. STATSSTØTTERETTSLIGE SPØRSMÅL

5.1 Innledning

EØS-avtalen artikkel 61(1) oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte. Som offentlig støtte regnes tiltak som oppfyller følgende seks kriterier:

1. det må innebære en form for fordel for mottakeren (fordelskriteriet);
2. det må være gitt av staten eller av statsmidler (statsmidlerkriteriet);
3. mottaker må være å anse som et foretak (foretakskriteriet);
4. det må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet);
5. det må være egnet til å vri konkurransen (konkurransesvridningskriteriet); og
6. det må påvirke samhandelen innenfor EØS-området (samhandelskriteriet).

Samtlige av de ovennevnte vilkårene må være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse. Vilrårene er i praksis tolket vidt. Dersom et offentlig tiltak først innebærer en økonomisk fordel til et foretak, skal det ofte lite til for at de øvrige vilkårene er oppfylt. Støtteforbudet er likevel ikke absolutt.

Selv om alle vilkårene i EØS artikkel 61(1) er oppfylt er det likevel mulig å tilrettelegge tiltaket slik at det er forenlig med EØS-avtalen, gjennom å bruke en av de mange unntaksbestemmelsene. Noen av disse (gruppeunntaket, enkelte av reglene om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning og bagatellmessig støtte) er per se forenlig med EØS-avtalen; tiltaket trenger altså ikke bli forhåndsgodkjent av ESA. Støttetiltak som ikke kan tildeles i samsvar med ett av unntakene nevnt over, må notifiseres til og forhåndsgodkjennes av ESA for at støttetiltaket skal være lovlig.

Etter vårt syn er (1) fordelskriteriet utvilsomt oppfylt for støtte til sosiale entreprenører. Det er tale om ordinære tildelinger til de aktuelle støttemottakerne. Videre er det klart at det er tale om (2) statsmidler. Hva angår (3) foretakskriteriet, behandles dette særskilt nedenfor. Videre vil (4) selektivitetskriteriet være oppfylt, i og med at ordningen vil rette seg mot et utvalg aktører. Også (5) konkurransesvridningskriteriet vil være oppfylt. Det kan imidlertid også diskuteres om (6) samhandelskriteriet er oppfylt. Dette behandles også særskilt nedenfor.

⁸ Vi har sett nærmere på hjemmesidene til et utvalg av støttemottakerne listet opp i oversikten. Eksempelvis synes det som om Guttas Campus ikke selger noen varer eller tjenester.

5.2 Vil støtte til sosiale entreprenører rammes av statsstøtteregulverket fordi de sosiale entreprenørene utgjør foretak?

5.2.1 Innledning – overordnet om kriteriet

Et sentralt spørsmål er om sosiale entreprenører utgjør foretak.

Som nevnt finnes det ikke noen enhetlig definisjon av begrepet sosiale entreprenører. Forordning (EU) No 346/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2013 on European social entrepreneurship kan gi en viss veiledning, men vil ikke være styrende for den statsstøtterettslige vurderingen. Gitt at det er tale om relativt ulikeartede potensielle tilskuddsmottakere, vil vurderingen måtte ta utgangspunkt i praksis som behandler lignende tilfeller.

Det finnes etter hvert en del relevant praksis på området. For foretaksbegrepet er det støtterettslige utgangspunktet at virksomheter som utøver *økonomisk aktivitet* er å anse som foretak. I Pavlov-saken uttalte EU-domstolen at «*any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity*».⁹ Vurderingstemaet er altså om støttemottakeren kan sies å opptre i et marked. Hvis enheten tilbyr en tjeneste i konkurranse med private eller andre offentlige aktører, vil tjenesten *normalt* måtte anses for å være økonomisk aktivitet.

ESAs Notion of Aid klargjør også at det ikke er avgjørende om virksomheten har et profittmotiv: «*the application of the State aid rules does not depend on whether the entity is set up to generate profits. Non-profit entities can also offer goods and services on a market*».¹⁰ Eksempelvis vil ikke det forhold at en statsstøttemottaker er en ideell organisasjon uten profittmotiv utelukke at det likevel kan anses som et foretak i statsstøtteren.¹¹

Det er altså ikke avgjørende hvilken type organisasjon som tilbyr tjenesten, herunder om virksomheten er organisert som AS eller en annen selskapsform. Videre har det heller ingen betydning at det ikke tas markedspris for tjenesten som selges. Det avgjørende er, som den klare hovedregel, hvorvidt organisasjonen tilbyr varer eller tjenester som normalt tilbys mot vederlag i et marked.¹²

De sosiale entreprenørene tilbyr varer og tjenester som ledd i deres virksomhet. Støtterettslig kan de sosiale entreprenørene tenkes å anses som foretak i to henseende:

- a) Gjennom å selge en «tjeneste» til det offentlige ved å være en sosial entreprenør, og dermed bidra til å oppfylle det offentliges forpliktelser overfor befolkningen.
- b) Ved produksjon av varer og tjenester som leveres i konkurranse med andre aktører.

Vurderingen av om de sosiale entreprenørene likevel ikke er foretak – til tross for at de selger varer og tjenester i et marked – er ulik under de to punktene.

Under bokstav a) blir det hovedsakelig et spørsmål om hvorvidt tiltaket gjennomføres for å oppfylle det offentliges lovpålagte forpliktelser, og at de sosiale entreprenørene derfor likevel ikke anses for å utgjøre et foretak.

Under bokstav b) er spørsmålet hovedsakelig hvor «nødvendig» aktiviteten er for å oppfylle det offentliges lovpålagte forpliktelser og hvilken økonomisk betydning aktiviteten har. Dersom den økonomiske aktiviteten anses som «ancillary», det vil si at den er direkte relatert til og nødvendig for å tilby den lovpålagte tjenesten, og dermed uløselig knyttet til det ikke-økonomiske formålet med tjenesten, kan mottakeren av tilskuddet likevel anses for ikke å utgjøre et foretak så fremt enheten har et annet hovedformål enn økonomisk aktivitet.

⁹ EU-domstolen forenede saker C-180/98 til C-184/98, *Pavel Pavlov mfl. – Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, premiss 75.

¹⁰ ESAs Notion of Aid guidelines, avsnitt 10.

¹¹ Sak C-184/98 *Pavlov and Others* avsnitt 117.

¹² Se også avsnitt 81 i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-5/07, *Private Barnehagers Landsforbund*: “According to the first paragraph of Article 37 EEA, only services normally provided for remuneration are to be considered as services within the meaning of the EEA Agreement”.

5.2.2 Nærmere om «salg av tjeneste» til det offentlige – bokstav a)

I utgangspunktet vil en virksomhet som tilbyr en tjeneste med formål om å oppfylle det offentliges lovpålagte forpliktelser ikke utøve økonomisk aktivitet. Virksomheten er da å anse som offentlig myndighetsutøvelse som faller utenfor statsstøttereglenes virkeområde.

I EFTA-domstolens sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund* hadde kommunene en lovpålagt plikt til å levere de aktuelle tjenestene.¹³ EFTA-domstolen kom til at:

*«It is therefore clear that the Norwegian State, when establishing and maintaining a system where every child increases the costs incurred, is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and education fields».*¹⁴

Et nylig eksempel er ESAs vedtak i sak 057/19/COL, som omhandlet offentlig finansiering av e-helsetjenester, hvor ESA i avsnitt 132 konkluderte med at:

*«Norway has established these eHealth solutions to both fulfil certain legal obligations and facilitate the fulfilment of such obligations. The activities to comply with such legal obligations are an exercise of public powers and as a consequence do not constitute economic activities».*¹⁵

Vedtaket ble brakt inn for EFTA-domstolen i sak E-9/19, hvor EFTA-domstolen uttalte i premiss 92:

«It is evident that the Health Network, Helsenorge.no, e-prescription and the SCR form part of a national eHealth solution provided by NHN, a public corporation charged with the provision of nationwide eHealth solutions in Norway, and NDE as a developing part of the Norwegian healthcare system. These different activities are based on, and are intended to further the objectives of the relevant Norwegian and EEA legislation referred to in the contested decision. In so doing, NHN and NDE are exercising their powers in order to fulfil their duties towards the population of Norway in the field of public health.»

Både EFTA-domstolen og ESA konkluderer i begge de ovennevnte tilfellene altså med at utførelsen av lovpålagte forpliktelser ikke utgjør økonomisk aktivitet. Avgjørelsen er senere fulgt opp av ESA i sakene 144/20/COL og 067/23/COL.

Videre har ESA heller ikke ansett ideelle organisasjoner som leverer spesialiserte tjenester til helse- og barnevernssektoren som foretak selv om de «solgte» tjenester til det offentlige, til og med i konkurranse.¹⁶ Sak 017/18/COL gjaldt kompensasjon for pensjonskostnader for ideelle organisasjoner som tilbyr visse helse- og barnevernstjenester. I den forbindelse uttalte ESA at:

«Article 61(1) of the EEA Agreement does not apply where entities exercise public prerogatives or provide non-economic services of social general interest (SSGI) on the basis of the principle of national solidarity. It is essential therefore to examine how such services are organised, financed or structured within a particular national regime».

For å kunne anses som ikke-økonomisk aktivitet kreves det altså først at tjenesten utføres som et ledd i ivaretagelsen av statens oppgaver overfor befolkningen, dernest at tjenesten er finansiert fullt ut eller hovedsakelig av det offentlige.

ESA har også vært inne på slike betraktninger i sine vurderinger av arbeidsmarkedstiltak. ESA har i to brev av 23. februar 2016 og 5. oktober 2017 tatt stilling til ulike støtterettslige sider ved to ulike arbeidsmarkedstiltak – arbeidsforberedende trening (AFT) og varig tilrettelagt arbeid (VTA).

¹³ Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund* avsnitt 82.

¹⁴ Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund* avsnitt 83.

¹⁵ Vedtaket ble brakt inn for EFTA-domstolen i sak E-9/19. Vi kommer nærmere tilbake til dommen nedenfor.

¹⁶ ESAs Decision No 017/18/COL.

Slik vi leser brevene har ESA foreløpig konkludert med at tiltaksarrangører for VTA og AFT ikke er å anse som støttemottaker i støtterettslig forstand fordi:

- Virksomheten som utøves oppfyller statens forpliktelser overfor befolkningen.
- Det er tale om virksomhet som et ledd i vårt solidarisk organiserte trygdesystem, og deltakerne i tiltaket betaler ikke noe vederlag.
- Deltakerne er ikke å anse som «arbeidere» i EØS-rettslig forstand.
- Den økonomiske virksomheten som utøves, det vil si salget av varer og tjenester, er helt underordnet den øvrige ikke-økonomiske aktiviteten.
- Ordningene inneholder flere mekanismer som sikrer at samhandelen mellom EØS-land ikke påvirkes.
- Tilskuddene utgjør kun kompensasjon for ekstra kostnader (synes å være et argument basert på fordelsvilkåret).

I motsetning til eksemplene gjennomgått ovenfor, la imidlertid Kommisjonen i sak SA.38469 til grunn at skjermede virksomheter i Sverige var å anse som foretak:

«the measure is granted to an undertaking since Samhall, although its main purpose is to offer sheltered employment to persons with functional impairment, offers goods and services on the market in competition with other providers»¹⁷

Kommisjonen konkluderte altså med at den svenske virksomheten Samhall var å anse som et foretak ettersom den tilbyr varer og tjenester på markedet i konkurranse med andre virksomheter, men gikk samtidig ikke dypt inn i problemstillingen.¹⁸ Dette bringer oss over til vurderingen under bokstav b), i hvilke tilfeller skal sosiale entreprenører anses for å produsere, og selge varer (eller tjenester) i markedet, i konkurranse med vanlige bedrifter, og når er dette avgjørende for vurderingen.

5.2.3 Nærmere om salg i markedet – bokstav b)

Det er flere saker hvor ESA og Kommisjonen har konkludert med at en virksomhet ikke utøver økonomisk aktivitet i tilfeller der den økonomiske aktiviteten er underordnet den ikke-økonomiske. I slike tilfeller blir den økonomiske aktiviteten ansett for å være «ancillary» til den ikke-økonomiske aktiviteten. Læren om «ancillary»-aktivitet bygger imidlertid på få solide rettskilder.

De senere årene har denne læren særlig vært forankret i ESAs Notion of Aid guidelines avsnitt 207. Her fremgår det at:

«in cases of mixed use, the infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, the Commission considers that its funding may fall outside the State aid rules in its entirety, provided the economic use remains purely ancillary, that is to say an activity which is directly related to and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use. This should be considered to be the case when the economic activities consume the same inputs as the primary non-economic activities, for example material, equipment, labour or fixed capital. Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. Examples of such ancillary economic activities may include a research organisation occasionally renting out its equipment and laboratories to industrial partners».

I fotnoten til avsnittet fremgår det at aktivitetene som regnes som «ancillary» ikke skal utgjøre mer enn 20% av kapasitetsutnyttelsen.

Selv om det ikke finnes gode kilder som forankrer læren, har den hatt stor betydning de siste årene. Blant annet ble den anvendt av ESA i en sak som omhandler finansieringen av et havbruksteknologisenter i Trondheim.¹⁹

¹⁷ Se https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/202027/202027_695590_46_1.pdf

¹⁸ Dette kan skyldes at det var relativt kulant å tilpasse finansieringen til SGEI-beslutningen.

¹⁹ Decision No 288/21/COL.

I sak T-347/09, som er ansett som utgangspunkt for læren, tok EU-retten stilling til spørsmål om økonomiske aktiviteter i stedet kan betraktes som ikke-økonomiske fordi de var uløselig knyttet til ikke-økonomiske aktiviteter. Avgjørelsen gjaldt spørsmål om en organisasjon med ikke-økonomiske aktiviteter som hovedformål, herunder å forhindre miljøforurensning og bevare kulturarv, ved blant annet å selge tømmer og jakt- og fiskerett måtte anses som et foretak på grunn av denne økonomiske aktiviteten.

Under henvisning til at de økonomiske aktivitetene ikke var uatskillelige fra de ikke-økonomiske hovedaktivitetene kunne de ikke anses som «ancillary», og dermed ble organisasjonen ansett for å utgjøre et foretak i støtterettslig forstand. Selv om denne avgjørelsen er ansett som utgangspunkt for læren, gir avgjørelsen i seg selv i liten grad støtte for at det eksisterer et prinsipp om «ancillary».

Siden ESAs brev fra 2016 og 2017 (hvor ESA er inne på slike betraktninger) har det blitt avsagt to avgjørelser som sår enda større tvil omkring læren. Den første er sak C-74/16, hvor generaladvokat Kokott hadde problematisert læren i sitt forslag til avgjørelse, men hvor EU-domstolen i sin avgjørelse ikke tok dette spørsmålet opp til behandling.

Sak T-747/17 er enda tydeligere enn generaladvokatens uttalelse i C-74/16. I avgjørelsen uttalte EU-domstolen:

*«Det finns emellertid ingen tröskel under vilken det ska anses att en enhets hela verksamhet utgör icke-ekonomisk verksamhet, när den ekonomiska verksamheten är av underordnad betydelse. Om den berörda enhetens ekonomiska verksamhet kan skiljas från dess myndighetsutövning, ska nämligen nämnda enhet enligt rättspraxis betraktas som ett företag för den delen av sin verksamhet».*²⁰

Det kan altså stilles spørsmål om denne læren holder vann juridisk sett. Derimot finnes det også et lignende konsept, som står på tryggere bein – læren om tilknyttede aktiviteter – som er nært knyttet til, og ligner på, læren om «ancillary».

EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-319/99 *FENIN*²¹ var utgangspunktet for denne. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt innkjøp av medisiner og utstyr til spanske sykehus utgjorde en økonomisk aktivitet som i så fall ville være omfattet av konkurransereglene. EU-domstolen uttalte innledningsvis at spørsmålet måtte ses i sammenheng med hva de innkjøpte varene skulle benyttes til. Selv om saken konkret gjaldt innkjøp av legemidler (som i utgangspunktet er økonomisk aktivitet), illustrerer saken også den rettslige vurderingen knyttet til levering av tilknyttede tjenester til det (ikke-økonomiske) offentlige tjenestetilbudet.

«In this connection, it is the activity consisting in offering goods and services on a given market that is the characteristic feature of an economic activity, not the business of purchasing, as such. Thus, as the Commission has argued, it would be incorrect, when determining the nature of that subsequent activity, to dissociate the activity of purchasing goods from the subsequent use to which they are put. The nature of the purchasing activity must therefore be determined according to whether or not the subsequent use of the purchased goods amounts to an economic activity.

*Consequently, an organisation which purchases goods - even in great quantity - not for the purpose of offering goods and services as part of an economic activity, but in order to use them in the context of a different activity, such as one of a purely social nature, does not act as an undertaking simply because it is a purchaser in a given market».*²²

Lignende uttalelser finnes i EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-9/19, som er omtalt ovenfor:

²⁰ Sak T-747/17 avsnitt 83 (finnes ikke på engelsk eller dansk).

²¹ EU-domstolen konkluderte i *FENIN*-saken med at innkjøp av medisiner og utstyr til spanske sykehus ikke utgjorde økonomisk aktivitet, da det offentlige helsevesenet var finansiert fra trygdeordninger og annen statsfinansiering. Helsetjenestene ble levert gratis på grunnlag av universell dekning med begrenset brukerbetaling.

²² EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-319/99, avs. 36-37.

«The Court observes that it is the activity consisting in offering goods and services on a given market that is the characteristic feature of an economic activity (compare the judgment in *Commission v Italy*, C-35/96, EU:C:1998:303, paragraph 36). However, where an organisation provides services not for the purpose of offering goods and services as part of an economic activity, but in order for them to be used in the context of a different activity, such as for example one of a purely social nature, it does not act as an undertaking. The nature of the provision of services must be determined according to whether or not the subsequent use of the services provided amounts to an economic activity (compare the judgments in *FENIN*, T-319/99, EU:T:2003:50, paragraphs 36 and 37, and *FENIN*, C-205/03, EU:C:2006:453, paragraphs 25 and 26).»

Dette medfører at det kan argumenteres godt for at aktiviteter som i utgangspunktet er økonomiske – muligens også salg av tjenester eller varer – likevel ikke regnes som økonomisk aktivitet dersom de er nødvendige for å yte ikke-økonomiske tjenester og utelukkende utøves for å kunne levere disse.

Rettspraksis er ikke helt klar med hensyn til hvor nær en slik «tilknytning» må være for at den tilknyttede aktiviteten ikke skal være økonomisk aktivitet. I rettspraksis brukes ulike begreper som taler i retning av at det må være en mer eller mindre nær tilknytning, som for eksempel «inseparable»²³, «indispensable»²⁴ eller «connected to».²⁵

En sak som illustrerer læren om tilknyttede aktiviteter, gjelder *TenderNed* – en elektronisk plattform for anskaffelser i Nederland. Konkurrenter (tilbydere av lignende løsninger) til TenderNed hadde inngitt klage til Kommisjonen med påstand om at den offentlige finansieringen av TenderNed utgjorde statsstøtte.

Kommisjonen kom til at TenderNed ikke utøvde økonomisk aktivitet, og dermed ikke var et foretak. Begrunnelsen for dette var at TenderNed kun var en “*means by which contracting authorities and special sector entities in the Netherlands fulfil their statutory obligations under the national public procurement rules*”.²⁶ Klager brakte saken inn for domstolen, som opprettholdt Kommisjonens vedtak. Testen for tilknyttede tjenester ble formulert slik:

«*In order to determine whether TenderNed’s activities, as defined in the contested decision, form part of the exercise of public powers or whether they can be classified as economic activities, it must be verified whether those activities, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, are connected with the exercise of public powers or whether they have an economic character which justifies the application of the EU competition rules*»²⁷ (vår utheving)

Domstolen kom til at TenderNed, som var knyttet til utøvelsen av offentlig myndighet, og «*indispensable for e-procurement*»²⁸, ikke utøvde økonomiske aktiviteter.

Etter vårt syn kan dommen tolkes dit hen at (økonomiske) aktiviteter som er objektivt nødvendige for å oppfylle en offentlig ikke-økonomisk oppgave, selv kan være ikke-økonomiske aktiviteter, såfremt det kan dokumenteres at det foreligger en tilstrekkelig sterk tilknytning mellom aktivitetene, samt at det var nødvendig for staten å «gripe inn».

Det finnes også enkelte eldre Kommisjonsavgjørelser som berører temaet. I sak N 558/2005 som gjaldt arbeidsmarkedstiltak i Polen la Kommisjonen vekt på at selv om bedriftene solgte varer og tjenester i et marked, var denne aktiviteten «*instrumental and ancillary*» i forhold til virksomhetenes hovedformål som var rehabilitering.²⁹ På denne bakgrunn konkluderte Kommisjonen med at skjærmede virksomheter i Polen ikke var foretak. Begrunnelsen likner altså på ESAs argumentasjon i brev datert 23. februar 2016 om arbeidsforberedende trening, jf. nærmere rett nedenfor om dette.

²³ Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-138/11, avsnitt 42.

²⁴ Se f.eks. EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-138/15, avsnitt 51.

²⁵ Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-138/11, avsnitt 38-39.

²⁶ SA.34646, avsnitt 63.

²⁷ EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-138/15, avsnitt 38.

²⁸ EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-138/15, avsnitt 51.

²⁹ Sak N 558/2005, avsnitt 52 flg.

Også i sak N 140/2006, som gjaldt tildeling av subsidier til statsforetak i forbindelse med aktiviteter i litauiske fengsler, avgjorde Kommisjonen saken under henvisning til en liknende begrunnelse som i den forannevnte sak N 558/2005.

5.2.4 Konkret vurdering

På bakgrunn av de rettskildene vi har gått gjennom ovenfor, er spørsmålet om de sosiale entreprenørene utøver økonomisk aktivitet. Det er klart at staten har en plikt til å legge forholdene til rette for at alle kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring, jf. Grunnloven § 110. Bestemmelsen er formulert slik at den gir statens myndigheter et pålegg om aktivt å arbeide for at den enkelte kan ha et levebrød som er «tilstrekkelig til å dekke en rimelig levestandard for arbeidstakeren og de han forsørger», se Innst. S. nr. 220 (1954) s. 585. Selv om den ikke gir den enkelte noen juridisk rett til gjennom saksanlegg for domstolene å kreve arbeid eller utkomme, er det vanlig å si at bestemmelsen gir uttrykk for «retten til arbeid».

I utgangspunktet kan det derfor synes som om de sosiale entreprenørene bidrar til å oppfylle statens forpliktelser overfor befolkningen, og at de sosiale entreprenørene ikke utgjør foretak i statsstøtterettslig forstand. Dette har også ESA gitt uttrykk for i forbindelse med vurderingen av støtte til virksomheter som drev med arbeidsforberedende trening:

«The provision of services does not qualify as an economic activity if they are provided in fulfilment of a state's duty towards its population according to the principle of national solidarity, i.e. there is no connection between the actual cost of the services and the fees paid by those who benefit from them.

The provision of vocational training to disabled persons has been a long-standing social objective in Norway. Under the AFT scheme, the sheltered workshops' main activity is the rehabilitation and training of disabled people. The Norwegian state pays the total net costs of the training services provided; there is no contribution from the participants. Furthermore, the disabled participants in these trainings are not employed by the workshops and do not qualify as workers».

I utgangspunktet vil det ovenstående etter vårt syn passe godt for tilskuddsordningen til de sosiale entreprenørene. Det er likevel en forskjell ved at virksomheter som tilbyr arbeidstrening i stor utstrekning er opprettet i samarbeid med det offentlige, mens de sosiale entreprenørene i større grad er opprettet på eget initiativ, og heller tilnærmer seg det offentlige for å få tilskudd til virksomheten. Videre, selv om de aktuelle sosiale entreprenørene skulle anses for å utgjøre en del av det offentliges oppfyllelser overfor sin befolkning, er det likevel ikke til å komme unna at en stor del av tilskuddsmottakerne selger varer og tjenester. I vurderingen under bokstav b) er spørsmålet om de sosiale entreprenørene ikke skal anses som foretak, til tross for at de produserer og selger varer eller tjenester i markedet i konkurranse med vanlige bedrifter.

Som et utgangspunkt kan denne vurdering gjøres på bakgrunn av ancillarity-læren, altså læren om at dersom enhetens økonomiske aktivitet er uløselig knyttet til og nødvendig for å oppnå det ikke-økonomiske formålet med aktiviteten, er aktiviteten ikke-økonomisk. Samtidig er det som nevnt en generell tvil om lærens robusthet, noe som betyr at denne læren kan være et usikkert rettslig utgangspunkt.

Som vist til i punkt 5.2.2 er det et vilkår for anvendelse av ancillarity-læren fastsatt i ESAs Notion of Aid guidelines at aktivitetene som regnes som «ancillary», altså den økonomiske aktiviteten, ikke skal utgjøre mer enn 20 % av kapasitetsutnyttelse. Konkret gjelder læren også kun infrastruktur. Det er usikkert om henvisningen kan overføres til inntektsgenerering, men uavhengig av om denne usikkerheten kan tilbakevises eller bekreftes, er det uansett slik at markedsinntektene for de sosiale entreprenørene sannsynligvis ligger betydelig over terskelen på 20 %, i hvert fall for flere av dem. Gitt at målet på sikt er at de sosiale entreprenørene skal kunne stå på egne ben, er det mye som taler for at de på enkelte tidspunkter vil ligge betydelig over terskelen. Med bakgrunn både i at læren om ancillarity i seg selv er et lite robust rettslig grunnlag, vurderer vi det slik at denne læren ikke er et praktisk grunnlag for å hjemle at tilskuddene til de sosiale entreprenørene ikke utgjør statsstøtte under EØS-avtalens artikkel 61(1).

Et annet mulig rettslig grunnlag er læren om tilknyttede tjenester. Vi vurderer det slik at denne læren passer bedre for å anføre at tilskuddene til de sosiale entreprenørene ikke anses som støtte. Som nevnt i punkt 5.2.3 er unntaket for tilknyttede tjenester oppstilt i praksis fra EU-domstolen. Rettspraksis er som nevnt ikke helt klar med hensyn til hvor nær en slik «tilknytning» må være for at den tilknyttede aktiviteten ikke skal være økonomisk aktivitet. I rettspraksis brukes ulike begreper som taler i retning av at det må være en mer eller mindre nær tilknytning, som for eksempel «inseparable»³⁰, «indispensable»³¹ eller «connected to»³².

Bakgrunnen for at de sosiale entreprenørene i stor utstrekning selger tjenester i et marked, er at det er ønskelig å inkludere brukerne i arbeidslivet og det sosiale livet. Det er etter vårt syn klart at det er hensiktsmessig at arbeidet ligger så nært opp til en alminnelig arbeidshverdag som mulig. Dette igjen krever at tiltaksarrangørene har mulighet til å ha en viss produksjon av varer og tjenester uten at tilskuddene gitt skal anses som statsstøtte. Det kan derfor argumenteres godt for at den økonomiske aktiviteten (salget av varer og tjenester) er en «inseparable» eller «indispensable» del av gjennomføringen av tilskuddsordningen.

Det er likevel ikke til å komme unna at denne læren hviler på et rettslig usikkert grunnlag, og blant annet Samhall-vedtaket fra Kommisjonen gjør det usikkert om læren er anvendelig i dette tilfellet. Vi vil videre anta at det varierer mellom de ulike aktørene i hvilken grad salget av varer og tjenester kan anses som «inseparable» eller «indispensable» til virksomheten. Videre er det et mål om at aktørene på sikt skal kunne stå på egne ben, slik at nærheten til de ikke-økonomiske aktivitetene kan diskuteres.

Alt i alt synes det derfor å være forbundet med en viss risiko å basere støtteordningen på at støttemottakerne ikke anses som foretak i statsstøtterettslig forstand. Slik vi ser det, synes det videre også utfordrende å skulle tilpasse støtteordningen slik at de sosiale entreprenørene ikke utgjør foretak. I prinsippet kunne man tenke seg at man stilte krav til begrensninger i markedsaktiviteten, men dette vil undergrave formålet til ordningen, hvor målet er at de sosiale entreprenørene på sikt ikke skal ha behov for statsstøtte. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, er det uansett relativt enkelt å benytte en av EØS-avtalens mange unntaksregler for støtteordningen, og det vil være juridisk sett tryggest å basere seg på et unntak når det gjelder støtteordningen som sådan.

Dersom unntaksreglene nedenfor av ulike grunner ikke skulle være anvendelig, kan det også tenkes at manglende oppfyllelse av foretakskriteriet kan benyttes som grunnlag for å tildele støtte i et konkret tilfelle. Som nevnt over, er det vår vurdering at hvert fall enkelte av støttemottakerne under tilskuddsordningen neppe utgjør foretak. Selv om ordningen som sådan baseres på et unntak i støtteregelveverket, er det derfor ikke gitt at enkelttildelinger under støtten vil utgjøre statsstøtte etter EØS-avtalen.

Departementet har i denne sammenhengen stilt et særlig spørsmål ved om organisasjonsform og reguleringen av adgang til å ta utbytte har noen betydning. I utgangspunktet er svaret på dette nei. For spørsmålet om en virksomhet utgjør et foretak, er det karakteren til aktiviteten som er avgjørende, det vil si hvorvidt støttemottakerne tilbyr en vare eller tjeneste i et marked eller ikke. Dette er blant annet omtalt i NoA avsnittene 8-9:

«First, the status of the entity under national law is not decisive. For example, an entity that is classified as an association or a sports club under national law may nevertheless have to be regarded as an undertaking within the meaning of Article 61(1) of the EEA Agreement. The same applies to an entity that is formally part of the public administration. The only relevant criterion is whether it carries out an economic activity.

Second, the application of the State aid rules does not depend on whether the entity is set up to generate profits. Non-profit entities can also offer goods and services on a market. Where this is not the case, non-profit entities remain outside the scope of State aid control.»

Som det fremgår ovenfor, har organisasjonsform og regulering av adgang til å ta utbytte ingen betydning.

³⁰ Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-138/11, avsnitt 42.

³¹ Se f.eks. EU-domstolens førsteinstansavgjørelse i sak T-138/15, avsnitt 51.

³² Se f.eks. EU-domstolens avgjørelse i sak C-138/11, avsnitt 38-39.

5.3 Påvirker støtten til de sosiale entreprenørene samhandelen?

For at et tiltak skal omfattes av artikkel 61(1) må det være egnet til å påvirke samhandelen i EØS. Tiltak som verken aktuelt eller potensielt har virkning utenfor den stat hvor de iverksettes, faller således utenfor statsstøttereglenes anvendelsesområde. Støtten må være egnet til å påvirke strømmen av varer eller tjenester over landegrensene. En rent hypotetisk påvirkning av samhandelen er ikke nok, men det er tilstrekkelig å vise at støttetiltaket *potensielt* kan påvirke samhandelen.³³

Samhandelen kan påvirkes på flere måter, blant annet ved at:

- Brukere i andre EØS-land kan bli mer interessert i å kjøpe fra de norske leverandørene.
- Støtten kan gjøre det lettere for de norske tjenesteleverandørene å tilby varer eller tjenester som handles over grensene innenfor EØS-området.
- Det blir vanskeligere for leverandører fra andre EØS-land å yte tjenester eller etablere seg i Norge.

Dersom støttemottaker opererer på et marked som er åpent for konkurranse, må det som utgangspunkt legges til grunn at samhandelen i EØS-området påvirkes av støtten. I rettspraksis er det oppstilt en lav terskel for når samhandelskriteriet anses oppfylt.³⁴

Når det er sagt, har det i de senere år kommet flere avgjørelser fra ESA og Kommisjonen hvor det legges til grunn at tiltak, som kun har en marginal effekt på investeringer over landegrensene, ikke anses for å oppfylle samhandelskriteriet.³⁵ Felles for disse sakene er at de handler om foretak som drev *rent lokale aktiviteter*, både på bruker- og eier/investornivå. Ofte dreide sakene seg også om relative lave (mulige) støttebeløp.

Den nyere praksisen kan oppsummeres slik at følgende momenter i særdeleshet vil være egnet til å identifisere om en disposisjon bare er av «rent lokal interesse»:³⁶

- Om den potensielle støttemottakeren tilbyr tjenester i konkurranse med tilbydere, og konkurrerer om kunder fra andre EØS-land.
- Om den potensielle støttemottakerens aktiviteter har et rent lokalt nedslagsfelt.
- Hvorvidt «støtte» til den potensielle støttemottakeren vil kunne styrke den potensielle støttemottakerens markedsposisjon på en måte som er egnet til å gjøre det mindre attraktivt for utenlandske foretak å etablere seg i området.

Basert på informasjonen vi har fått oss forelagt, og de undersøkelser vi har gjort selv av de sosiale entreprenørene, er det etter vårt syn mye som taler for at støtten i mange tilfeller ikke vil oppfylle samhandelen innen EØS-området. Det er tale om små aktører som gjennomgående tilbyr sine tjenester i et lokalt marked. Støttebeløpene er videre relativt lave, og det er lite trolig at støtte til de sosiale entreprenørene vil avholde utenlandske foretak fra å etablere seg i Norge.

Vi er likevel ikke kjent med at relativt vide støtteordninger har blitt ansett for ikke å påvirke samhandelen. De fleste eksempler i praksis på at støttetiltak ikke oppfyller samhandelskriteriet, gjelder individuell støtte, og det er mulig man må se på den kumulative effekten av støtteordningen. Det synes videre lite hensiktsmessig å skulle basere en støtteordning på at samhandelen ikke påvirkes. Da må man sikre at støtteordningen inneholder mekanismer som sørger for at støtten ikke påvirker samhandelen, se ESAs vedtak i sak 298/05/COL:

³³ Notion of Aid, avsnitt 195.

³⁴ Se f. eks. T-288/97, Friulia Venezia Giulia, premiss 41.

³⁵ Følgende 7 «presedensavgjørelser» skriver seg fra april 2015: Hradec Králové public hospitals (SA.37432), Medical centre in Durmersheim (SA.37904), Städtische Projektgesellschaft "Wirtschaftsbüro Gaarden - Kiel" (SA.33149), Landgrafen-Klinik (SA.38035), Investment aid for Lauwersoog port (SA.39403), Glenmore Lodge (SA. 37963) og Member-owned golf clubs (SA.38208). Det ble i tillegg avsagt fem nye avgjørelser i september 2016: Local media in the Basque language (SA.44942), BLSV Sportcamp Nordbayern (SA.43983), Port of Wyk on Föhr (SA. 44692), Santa Casa da Misericórdia de Tomar (SA.38920) og Valencian language in the press (SA.45512). Senere har det kommet flere avgjørelser både fra Kommisjonen og ESA.

³⁶ Tilnærmingen i «presedensavgjørelsene» minner om fremgangsmåten som tidligere har vært fulgt i saker om lokale infrastrukturtiltak. Se i denne forbindelse ESAs retningslinjer *PART II: PROCEDURAL RULES Guidelines on a simplified procedure for treatment of certain types of state aid*, i fotnote 24.

«An aid scheme must be precise enough to ensure that the application of its rules to any potential individual aid beneficiary does not infringe the rules of the EEA Agreement.

(...)

According to settled case law, it must be ensured that trade will not be affected for single undertakings which may benefit from the scheme.»

I prinsippet innebærer dette at støtteordningen oppstiller så strenge krav at det på forhånd kan utelukkes at alle enkelttildelingene under støtteordningene ikke vil kunne påvirke samhandelen, eksempelvis ved å foreta en inngående vurdering av hver enkelt søknad. Dette synes lite hensiktsmessig, og vi vil anta at dette vil føre til en løsning hvor man risikerer å miste muligheten til å støtte gode formål.

Som det fremkommer ovenfor, er det etter vårt syn ikke opplagt om støtte til de sosiale entreprenørene oppfyller samhandelsvilkåret. Dersom spørsmålet skulle komme på spissen i en enkeltsak, vil man nok kunne argumentere godt for at støtten ikke påvirker samhandelen. Det er likevel – som redegjort for ovenfor – en del usikkerhetsmomenter. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, er det uansett relativt enkelt å benytte en av EØS-avtalens mange unntaksregler for støtteordningen, og det vil være juridisk sett tryggest å basere seg på et unntak når det gjelder støtteordningen som sådan. Dersom unntaksreglene nedenfor av ulike grunner ikke skulle være anvendelig, kan det også tenkes at manglende oppfyllelse av samhandelskriteriet kan benyttes som grunnlag for å tildele støtte i et konkret tilfelle, noe som er enda et argument for å basere støtteordningen på en unntaksregel.

5.4 Foreløpig konklusjon

Som det fremkommer ovenfor, er vi i tvil om støtten som ytes til de sosiale entreprenørene gjennom tilskuddsordningen kan anses for å utgjøre statsstøtte. Rettskildene gir ikke entydig svar, og det er også et relativt vidt spenn mellom de ulike støttemottakerne. Skulle spørsmålet komme på spissen i et enkelttilfelle, vil det etter vårt syn kunne argumenteres godt for at støttemottakerne ikke utgjør foretak, eller at støtten ikke vil påvirke samhandel. Samtidig synes det å være relativt enkelt å skulle basere støtteordningen på en av de mange unntaksreglene i støtteregelveket. Dette krever svært begrensede tilpasninger i støtteordningen. Det synes derfor unødvendig risikabelt å basere ordningen på at det ikke ytes noen statsstøtte.

5.5 Anvendelige unntaksregler

5.5.1 Innledning

Som det fremkommer ovenfor, mener vi at det hvert fall kan stilles spørsmål ved om en støtteordning til sosiale entreprenører vil rammes av støtteforbudet i EØS-avtalen artikkel 61(1). Det fremstår videre som relativt kulant å benytte et av de mange unntakene som finnes i EØS-avtalen. Nedenfor går vi gjennom de mest relevante unntaksreglene, og gir vår anbefaling om hvilke(n) som kan og bør benyttes.

5.5.2 Bagatellreglene

5.5.2.1 Innledning

Vi forstår at det er tale om relativt lave tilskudd til de sosiale entreprenørene. Reglene om bagatellmessig støtte vil kunne være praktiske dersom en ønsker å gi støttemottaker mindre tilskudd. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, finnes det to sett med bagatellregler.

5.5.2.2 Alminnelig bagatellstøtte

Beløpsgrensen er i dag 200 000 euro over en rullerende treårsperiode, det vil si ca. 2,3 millioner NOK med dagens kurs. Kommisjonen har vedtatt en ny forordning hvor beløpet øker til 300 000 euro (ca. 3 500 000 NOK), som vil gjelde fra 1. januar 2024 i EU. Forordningen må imidlertid implementeres i EØS-avtalen før den kan anvendes. Trolig vil det derfor gå noe tid før forordningen kan benyttes i Norge (erfaringsmessig ca. et halvt år). Før den tid vil det etter vårt syn være mulig å yte støtte etter det høyere beløpet, men da bør det tas et forbehold om at støtten først endelig tildeles og utbetales når forordningen er implementert i EØS-avtalen.

Det sentrale vilkåret som støttegivere må kjenne til i denne sammenhengen, er at støttemottaker ikke har mottatt annen bagatellmessig støtte de siste tre årene fra tilskuddsdato. Dersom taket på 300 000 euro over en treårsperiode vil overskrides, kan ikke bagatellunntaket benyttes. Det har ingen betydning om støtten kommer fra flere kilder, all bagatellmessig støtte skal kumuleres.

Siden bagatellmessig støtte formelt sett ikke skal anses som statsstøtte, foreligger det ingen meldeplikt til ESA for slik støtte. Det stilles derfor ingen krav til støttemottaker med hensyn til utbytte, organisasjonsform eller lignende. Bagatellmessig støtte kan derfor være en rask, enkel og ubyråkratisk måte å utbetale mindre støttebeløp på. Hvis en ønsker å benytte seg av muligheten til å gi bagatellmessig støtte, må en sørge for å følge reglene i forordningen til punkt og prikke, men dette handler i første rekke om å utforme dokumenter og innhente informasjon på riktig måte.

Forordningen gir regler om hvordan bagatellstøtten skal gis. Enkelt forklart må støttegiver:

- Informere mottaker skriftlig om hvor mye støtte som gis (støtten må kvantifiseres).
- Informere om at støtten er bagatellstøtte (med henvisning til navn etc. på forordningen).³⁷
- Be om en skriftlig erklæring fra mottaker om hvor mye bagatellstøtte en har mottatt de siste tre år.
- Sjekke at støttetaket samlet sett ikke blir overskredet.
- Ta vare på dokumentene i ti år.

Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en veileder for hvordan man går frem for å tildele bagatellstøtte, og også maler som kan benyttes.³⁸

Fremgangsmåten for å benytte det alminnelige bagatellunntaket er for alle praktiske formål lik som for bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning, som er det unntaket vi anbefaler å benytte som grunnlag for støtteordningen. Nedenfor vil vi derfor gå gjennom fremgangsmåten for sistnevnte unntak.

5.5.2.3 Bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning

Det finnes videre et eget bagatellstøtteunntak for tjenester av allmenn økonomisk betydning. Årsaken er at Kommisjonen har inntatt et standpunkt om at slike tjenester står i noe av en særstilling, hvilket medfører at det skal mer til før det vil være tale om statsstøtte. En tjeneste av allmenn økonomisk betydning er en tjeneste som er særlig viktig for befolkningen, og som uten støtte ikke ville blitt levert tilfredsstillende av markedet, eksempelvis hva gjelder omfang, pris eller kvalitet. Hvilke tjenester som konkret kan aksepteres å være av allmenn økonomisk betydning, er i stor grad opp til den enkelte EØS-stat. Kjernen i vurderingen knytter seg til markedet. Er tjenesten som ytes en alminnelig næringsaktivitet, eller tjenesteyteren i det konkrete tilfellet ville tilbudt denne tjenesten uten tilskuddet til ønsket omfang, pris eller kvalitet, kan tjenesten ikke karakteriseres som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Etter vårt syn er det ikke tvilsomt at de sosiale entreprenørene tilbyr en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Dette fremkommer blant annet av det nevnte Samhall-vedtaket fra Kommisjonen, og også SGEI-beslutningen, jf. om dette nedenfor.

³⁷ Fra 2026 vil ikke dette lenger være et krav, da må all støtte meldes i Registeret for offentlig støtte.

³⁸ Veilederen er tilgjengelig på følgende lenke:

<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/bagatellmessig-stotte/id2412660/>

Beløpsgrensen for dette unntaket er 750 000 euro. Når det er sagt kommer vanlig bagatellstøtte til fradrag – det betyr at dersom støttemottakeren har mottatt eksempelvis 300 000 euro i vanlig bagatellstøtte i løpet av de siste tre regnskapsår, vil bagatellstøtte for tjenester av allmenn økonomisk betydning ikke kunne utgjøre mer enn 450 000 euro.

Utover at støtten må ha til formål å finansiere en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og beløpsterskelen er på 750 000 euro, gjelder i prinsippet de samme formelle krav som for «vanlig» bagatellmessig støtte. I tillegg må det pålegges mottakeren en plikt til å utøve tjenesten. Etter vårt syn vil det være tilstrekkelig at det i tilskuddsbrevet opplyses om hvilken tjeneste av allmenn økonomisk betydning støttemottakeren skal utføre.

Dersom det kan utelukkes at enkelte støttemottaker vil få mer enn 750 000 euro under ordningen (inkludert annet bagatellmessig støtte fra andre støttegivere) over en treårsperiode, vil det etter vårt syn være høyst aktuelt å benytte seg av dette unntaket. Vi kommer nærmere tilbake til fremgangsmåten nedenfor.

5.5.2.4 Anvendeligheten av bagatellreglene og fremgangsmåte

Bagatellstøttereglene synes å passe godt på tilskuddsordningen. Det er tale om en ukomplisert fremgangsmåte med lite byråkrati både for støttegiver og støttemottaker. Det synes derfor å være få – om noen – ulemper ved å benytte disse. I de tilfellene hvor bagatellstøtte ikke kan benyttes, eksempelvis fordi den øvre grensen er overskredet, kan man som nevnt også vurdere å basere enkelttildelinger på manglende oppfyllelse av samhandelskriteriet eller foretakskriteriet.

Når det kommer til hvilket av bagatellunntakene som bør benyttes, er vår vurdering at det er mest hensiktsmessig å benytte bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning, av flere grunner. For det første gir det nevnte bagatellunntaket det største handlingsrommet. For det andre vil det være hensiktsmessig med en relativt romslig ramme som følge av at de sosiale entreprenørene mottar støtte fra andre kilder, også andre offentlige aktører. Det er ikke gitt at andre offentlige aktører har vurdert at støtten rent faktisk utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen. Under tilskuddsordningen vil det etter vårt syn være hensiktsmessig å behandle all offentlig støtte samlet. I og med at rammen er relativt romslig vil vi anta at det skal en del til før grensen på 750 000 euro overskrides.

Rent praktisk bør det i støtteordningen opplyses om at midlene tildeles som bagatellstøtte, men at direktoratet ikke har tatt endelig stilling til om tilskuddet rent faktisk utgjør statsstøtte, eksempelvis kan følgende tekst tas inn i dokumentene til tilskuddsordningen:

Tilskudd under tilskuddsordningen tildeles som bagatellstøtte etter bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning. [referanse til forordningen når de nye kommer]. Direktoratet gjør oppmerksom på at det ikke er tatt stilling til om tilskuddet rent faktisk utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1). Søkere må i søknaden oppgi om det er mottatt annen bagatellstøtte de siste tre årene på søknadstidspunktet eller annen offentlig støtte. Dersom det er mottatt annen bagatellmessig støtte eller offentlig støtte i denne perioden, bes søker om å opplyse om hvor mye som er mottatt.

Som en del av søknadsprosessen bør derfor søkerne opplyse om annen mottatt offentlig støtte, herunder annen bagatellstøtte.

Etter å ha mottatt søknaden, må oppdragsgiver vurdere om vilkårene for å tildele støtte i medhold av bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning er oppfylt. For det første må det sikres at taket på 750 000 euro over en treårsperiode ikke overskrides. Om nødvendig kan det bes om ytterligere opplysninger fra søker.

Etter det vi forstår utarbeides det allerede et tildelingsbrev, hvor støttebeløpet fremkommer (noe som også er et krav etter unntaket). Videre vil det måtte beskrives hvilken tjeneste av allmenn økonomisk betydning som støttemottakeren skal utføre. Dette kan gjøres relativt kort, og det vil etter vårt syn være tilstrekkelig å nevne i tildelingsbrevet at støttemottakeren skal benytte midlene i tråd med det som fremgår av søknaden

(i den grad dette ikke gjøres allerede), og at dette anses for å utgjøre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

Endelig vil det i en overgangsperiode være nødvendig å vise til forordningen i teksten. Dette skyldes litt enkelt forklart at det etter forordningen blir et krav fra 2026 om at all støtte skal registreres i Register for offentlig støtte.³⁹ Fra 2026 vil direktoratet derfor måtte registrere støtten i registeret. Nærings- og fiskeridepartementet har utarbeidet en veileder for hvordan støtte registreres.⁴⁰

Eksempelvis kan følgende tekst tas inn i brevet som må sendes til hver enkelt støttemottaker:

Støtten tildeles i medhold av [forordningens navn og referanse – settes inn når det kommer]. For å motta bagatellmessig støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning, er det et krav om at støttemottaker ikke har mottatt støtte på mer enn 750 000 euro over en treårsperiode.

Basert på søknaden av [dato], der det bekreftes at [navn på søker] har mottatt [beløp] i bagatellmessig støtte i dette året og de to foregående årene. [Navn på søker] har videre mottatt [beløp] i annen offentlig støtte. Støttemottaker har derfor til sammen mottatt [beløp] bagatellmessig støtte og annen offentlig støtte, og kan motta ytterligere [beløp] og likevel være innenfor den nevnte terskelverdien i forordningen.

Direktoratet presiserer at det med dette tilskuddet ikke er tatt stilling til om tilskuddet rent faktisk utgjør statsstøtte etter EØS-avtalens artikkel 61(1), men har valgt å benytte forordningen som grunnlag for å unngå enhver risiko knyttet til statsstøtterettslige spørsmål.

5.5.3 SGEI-beslutningen

5.5.3.1 Innledning

Som nevnt over, står tjenester av allmenn økonomisk betydning i en særstilling innenfor støtteregelverket. I tillegg til bagatellstøtte for tjenester av allmenn økonomisk betydning, finnes det et annet unntak for slik støtte – den såkalte SGEI-beslutningen. Støtte i medhold av den såkalte SGEI-beslutningen er fritatt fra notifikasjonsplikt, og beslutningen åpner for å tildele romslig med støtte.⁴¹ I motsetning til de alminnelige gruppeunntakene (jf. nærmere om dette nedenfor) behøver støttegiver heller ikke å sende forenklet melding ved anvendelsen av dette unntaket. Dersom bagatellstøtte ikke skulle være aktuelt, kan beslutningen benyttes som grunnlag. Som vi kommer nærmere tilbake til nedenfor, er det likevel noe mer administrativt arbeid forbundet med å benytte dette unntaket.

5.5.3.2 Nærmere om det materielle innholdet

SGEI-beslutningen, gjelder blant annet for:

«compensation for the provision of services of general economic interest meeting social needs as regards health and long term care, childcare, access to and reintegration into the labour market, social housing and the care and social inclusion of vulnerable groups».

At SGEI-beslutningen, som inneholder forenklingsregler for statsstøtte til foretak, gjelder «*provision of services as regards reintegration into the labour market*» og «*social inclusion of vulnerable groups*» taler i retning av at Kommisjonen vurderer det slik at tilbydere av tjenester som har til formål å gjenintegrere

³⁹ Registeret for offentlig støtte (ROFS) er et nasjonalt register for offentlige støttetildeling som faller inn under EØS-avtalen. Se nærmere på følgende lenke: <https://www.brreg.no/om-oss/registrene-vare/om-registeret-for-offentlig-stotte/>

⁴⁰ <https://www.regjeringen.no/contentassets/f5ebd73c5fad4a1e8335ced0182b8b8a/veileder-for-melding-av-offentlig-stotte-til-register-for-offentlig-stotte.pdf>

⁴¹ Beslutningen er vedtatt av Kommisjonen, og er et eget unntak fra støtteforbudet.

personer i arbeidslivet og inkludere sårbare grupper i samfunnet, eller i det minste kan utgjøre, foretak. Samtidig betyr ikke det nødvendigvis at *enhver* tilbyder av slike tjenester, herunder sosiale entreprenører, vil anses som foretak. Trolig vil det være et relevant, men ikke avgjørende moment i en større helhetsvurdering. I det følgende skal vi vurdere hvorvidt SGEI-beslutningen er anvendelig for tiltakene, og kan benyttes selv der de sosiale entreprenørene skulle være foretak.

Prinsippet i SGEI-beslutningen er at støtte som innebærer kostnadsdekning med tillegg av rimelig fortjeneste, er tillatt. Men, fordi støtte etter SGEI-beslutningen er unntatt fra notifikasjonsplikt, er det imidlertid visse begrensninger i tillatt støtteomfang. Begrensningene følger av artikkel 2-9 i SGEI-beslutningen, og gjennomgås i det følgende.

I henhold til artikkel 2 første ledd bokstav a) til e) er inngangsvilkåret for anvendelse av SGEI-beslutningen at det er tale om støtte i form av kompensasjon for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning. Som det fremgår ovenfor, er det relativt klart at de sosiale entreprenørene tilbyr en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, jf. artikkel 2 første ledd bokstav c).

Videre får SGEI-beslutningen kun anvendelse for tjenester av allmenn økonomisk betydning der kompensasjonen ikke overstiger 15 millioner euro per år. Beløpsgrensen gjelder for hver enkelt støttemottaker. Ingen av tilskuddsmottakerne mottar tilskudd som overstiger 15 millioner euro per år, dermed anser vi også dette vilkåret som oppfylt.

Det følger videre av artikkel 2 andre ledd at SGEI-beslutningen i utgangspunktet kun er anvendelig der pålegg om tjenesteyting har en varighet på maksimalt 10 år. Dette er imidlertid ikke til hinder for at pålegg om tjenesteyting kan fornyes utover de 10 årene. Artikkel 2 nr. 2 kan dermed oppfylles, så fremt man påser at det gjøres en vurdering av pålegget hvert tiende år, med en eventuell etterfølgende fornying.

Artikkel 3 bestemmer at støtten, for å være unntatt notifikasjonsplikten, også må være i samsvar med EØS-avtalen og annen relevant sekundærlovgivning. Vi antar at det er tilfelle, og dermed at artikkel 3 er oppfylt.

Artikkel 4 innebærer et sentralt vilkår som bestemmer at pålegget om å utføre tjenesten av allmenn økonomisk betydning må tildeles ved ett eller flere offisielle dokumenter («entrustment»), som særskilt skal angi:

- a) Arten og varigheten av forpliktelsene til den offentlige tjenesteytelsen;
- b) Hvilket foretak og hvilket territorium som omfattes;
- c) Arten av enhver enerett eller særrett som innrømmes foretaket;
- d) En beskrivelse av parameterne for beregning, kontroll og vurdering av kompensasjonen;
- e) Ordningene for å unngå og for å tilbakebetale en eventuell overkompensasjon og
- f) En henvisning til SGEI-beslutningen

Disse momentene må angis i et offisielt dokument, men det er fullt mulig å innta disse i et tilskuddsbrev.

Selv om det ved et første øyekast kan synes krevende å oppfylle alle kravene, er det i stor utstrekning tale om formaliakrav, og vil være fullt ut mulig å overholde. Bokstavene d) og e) er nærmere behandlet i det etterfølgende artiklene.

Hvordan beregning av tillatt kompensasjon skal gjøres er utførlig redegjort for i SGEI-beslutningen artikkel 5 (jf. bokstav d) ovenfor). Prinsippet er at beløpet ikke må overstige det som er nødvendig for å dekke kostnadene ved å utføre tjenesten av allmenn økonomisk betydning, når det tas hensyn til eventuelle andre inntekter samt en rimelig fortjeneste. Bestemmelsen er relativt omfattende, og gir grundig veiledning for hvordan man skal gjøre den konkrete beregningen av hvilke kostnader som kan dekkes, hvilke inntekter som kan komme til fradrag og hva som utgjør tillatt fortjeneste.

Kompensasjonen kan baseres på de faktiske, konkrete kostnadene (og eventuelt inntekter) tilskuddsmottaker har som følge av pålegget om å yte den offentlige tjenesten. Det foretas således i utgangspunktet ikke noen effektivitetsvurdering eller etterprøving av om det ville vært mulig å utføre tjenesten til en lavere kostnad.

Artikkel 5 krever også at foretak som både utøver tjenester av allmenn økonomisk betydning og andre tjenester, skal føre separate regnskap for inntekter og utgifter som knytter seg til henholdsvis tjenester av allmenn økonomisk betydning og øvrige tjenester.

Som nevnt over, kreves det også at det foreligger mekanismer for å unngå overkompensasjon eller en etterfølgende kontroll med tilskuddene som gis. Hvordan kontrollen med overkompensasjon skal gjennomføres er ytterligere presisert i artikkel 6 (jf. bokstav e) ovenfor). Av bestemmelsen følger det at medlemsstatene skal utføre regelmessige kontroller av at tilskuddsmottaker ikke blir overkompensert for tjenestene som utføres. Kontrollen skal skje minst hvert tredje år. Formålet er å unngå overkompensasjon, eller i de tilfeller der det allerede foreligger overkompensasjon, at denne blir tilbakebetalt.

Eventuell overkompensasjon som avdekkes ved slike undersøkelser skal som utgangspunkt tilbakebetales. Overkompensasjon som ikke overstiger 10 % av den totale kompensasjonen kan videreføres. Dette beløpet vil imidlertid komme til fradrag når kompensasjon for den påfølgende perioden skal fastsettes.

Artikkel 7-9 inneholder praktiske bestemmelser om medlemsstatenes plikt til informasjonsoppbevaring og rapportering til ESA. Vi anser disse bestemmelsene som underordnet i dette tilfellet, og behandler de ikke i det videre.

5.5.3.3 Anvendeligheten av SGEI-beslutningen

I prinsippet vil vi anta at også SGEI-beslutningen vil være anvendelig for tilskuddsordningen. Som det fremgår over, er det likevel noe mer byråkrati og administrativt arbeid, og stiller større krav til forvaltere av tilskudd. Så lenge bagatellstøttereglene er anvendelige, synes det derfor unødvendig å skulle benytte SGEI-beslutningen.

5.5.4 Gruppeunntaksforordningen

5.5.4.1 Innledning

Gruppeunntaksforordningen, ofte forkortet GBER, er et annet relevant unntak. GBER gir hjemmel for å tildele støtte til en lang rekke tiltak, uten å notisere støtten til ESA på forhånd. Det må kun fylles ut et skjema og utarbeides et kort følgenotat hvor støttetiltaket beskrives. Dette må sendes inn til Nærings- og fiskeridepartementet (NFD), som videresender det til ESA. Støttegiver har plikt til å melde fra om støtten innen 20 virkedager etter iverksettelse eller tildeling av støtten.

GBER kan brukes for enkelttildelinger, men det er også mulig å sende inn et skjema for en ordning eller flere ordninger som har et relatert formål og struktur, slik at det formelle kun gjøres én gang.

GBER hjemler som nevnt en lang liste med ulike typer støtte, som vi kommer tilbake til. Generelt setter GBER nærmere krav for hvilke formål støtte kan ytes til, kostnader som kan dekkes, maksimalt støttebeløp og støtteintensitet (det vil si hvor stor andel av kostnader som kan støttes). En (vanlig) forutsetning for GBER-støtte er at støttemottakeren søker om støtte før prosjektet som skal støttes blir påbegynt.

Dersom GBER skal benyttes, bør man være klar over GBERs oppbygning.

- Del I inneholder generelle krav som alltid må være oppfylt. Av særlig stor praktisk betydning er kravet om insentiveffekt, som i praksis medfører at støtten kun kan ytes basert på en skriftlig søknad tilsendt støttegiver før prosjektet som skal støttes er påbegynt. Videre inneholder del I en lang rekke definisjoner. Riktig bruk av definisjonene er avgjørende for lovlig anvendelse av GBER.
- Del II er av mindre praktisk betydning. Den inneholder særlig bestemmelser om monitorering. Det er likevel viktig å være oppmerksom på at ESA utøver årlige stikkprøvekontroller for å sjekke om Norge bruker GBER riktig.

- I del III finnes det unntaksbestemmelsene som spesifiserer hvilke formål det kan gis støtte til. Et tiltak må falle under ett av de spesielle unntakene for å være unntatt, og tiltaket må oppfylle kravene i den enkelte artikkel og del I.
- Annex I inneholder en definisjon på hva som utgjør en små- eller mellomstor bedrift (SMB-definisjonen). Den er svært viktig for mange GBER-bestemmelser, især dersom muligheten til å gi støtte er begrenset til SMB-er. Ofte vil SMBer også kunne motta mer støtte.

Det er en lang rekke unntaksbestemmelser i gruppeunntaksforordningen som kan være anvendelige. Kommisjonen har i en *Proposal for a Council Recommendation on developing social economy framework conditions*⁴² angitt en lang rekke GBER bestemmelser som kan tenkes å være anvendelige for sosiale entreprenører. I korte trekk er dette følgende:

- Investeringsstøtte til små- og mellomstore bedrifter (artikkel 17).
- Risikofinansieringsstøtte til små- og mellomstore bedrifter (artikkel 21 og 21a).
- «Start-up»-støtte (artikkel 22).
- Lønnstilskudd til ansettelse av dårlig stilte arbeidstakere og støtte til ekstra omkostninger ved dårlig stilte arbeidstakere (artikkel 32 og 35), lønnstilskudd og andre tilskudd til ansettelse av handikappede arbeidstakere (artikkel 33 og 34).
- Støtte til lokal infrastruktur, som kan inkludere sosial infrastruktur (artikkel 56).

Etter vårt syn er det først og fremst bestemmelsene i artikkel 32 til 35 som kan være anvendelige for tilskuddsordningen. Vi vil derfor først forklare hvorfor vi mener de øvrige bestemmelsene ikke er aktuelle.

5.5.4.2 Unntak som etter vårt syn er mindre aktuelle

Artikkel 17 hjemler støtte til SMBer. Den muliggjør investeringsstøtte, og det er relativt detaljert regulert hvilke kostnader som kan dekkes. Det er videre ikke mulig å dekke mer enn 20 % av de støtteberettigete kostnadene (investeringskostnadene). Bestemmelsen synes derfor å være uhensiktsmessig for en relativt enkel støtteordning som i hovedsak er ment til å dekke driftskostnader.

Artikkel 21 tillater såkalt risikofinansieringsstøtte. Støttetakeren kan ikke ha vært i drift i en lengre periode, og bestemmelsen oppstiller krav om at støtten må ytes gjennom en såkalt «financial intermediary». Bestemmelsen muliggjør heller ikke direkte støtte. Artikkel 21a gjelder skatteinsentiver til investorer i SMBer. Bestemmelsen synes derfor å være uegnet for støtteordningen.

Artikkel 22 gjelder støtte til nystartede små selskaper. Disse kan enkelt forklart ikke ha vært aktive i et marked i mer enn fem år. Vi vil anta at flere aktuelle mottakere har vært aktive i mer enn fem år. Det er heller ikke mulig å yte mer enn 500 000 euro i støtte. Vi vil derfor anta at heller ikke denne bestemmelsen er aktuell.

Artikkel 56 gjelder støtte til såkalt lokal infrastruktur. I prinsippet favner dette bredt, men det er etter vårt syn vanskelig å se hvordan dette unntaket skal passe. Konkret hjemler bestemmelsen støtte til bygging eller oppgradering av infrastruktur. Det stilles videre krav om at brukerne av infrastrukturen skal betale markedspris for bruken. Heller ikke denne bestemmelsen er derfor aktuell.

Det kan likevel tenkes at det kan lages ordninger som tilpasses disse bestemmelsene, særlig kan artikkel 22 være aktuell. Det vil likevel måtte gjøres endringer i ordningen, og vi kan ikke se at det skulle være hensiktsmessig å endre ordningen når det synes relativt enkelt å basere ordningen på bagatellunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning.

⁴² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3188

5.5.4.3 Artiklene 32-35

De nevnte artiklene har et noe ulikt nedslagsfelt:

- Artikkel 32 muliggjør dekning av lønnskostnadene til ansettelse av «disadvantaged workers».
- Artikkel 33 muliggjør dekning av lønnskostnadene til ansettelsen av «workers with disabilities».
- Artikkel 34 muliggjør dekning av ekstra kostnader forbundet med ansettelsen av «workers with disabilities».
- Artikkel 35 muliggjør dekning kostnadene forbundet med bistand til «disadvantaged workers».

De ulike definisjonene gjenfinnes i artikkel 2 avsnitt (3) og (4):

«'worker with disabilities' means any person who:

(a) is recognised as worker with disabilities under national law; or

(b) has long-term physical, mental, intellectual or sensory impairment(s) which, in interaction with various barriers, may hinder their full and effective participation in a work environment on an equal basis with other workers;

'disadvantaged worker' means any person who:

(a) has not been in regular paid employment for the previous 6 months; or

(b) is between 15 and 24 years of age; or

(c) has not attained an upper secondary educational or vocational qualification (International Standard Classification of Education 3) or is within two years after completing full-time education and who has not previously obtained his or her first regular paid employment; or

(d) is over the age of 50 years; or

(e) lives as a single adult with one or more dependents; or

(f) works in a sector or profession in a Member State where the gender imbalance is at least 25 % higher than the average gender imbalance across all economic sectors in that Member State, and belongs to that underrepresented gender group; or

(g) is a member of an ethnic minority within a Member State and who requires development of his or her linguistic, vocational training or work experience profile to enhance prospects of gaining access to stable employment;»

Basert på definisjonene, vil vi anta at de ansatte hos de sosiale entreprenørene i første rekke er å anse som «disadvantaged workers», og at det dermed er artikkel 32 og 35 som i første rekke er de aktuelle grunnlagene.

Etter artikkel 32, kan støttemottaker motta inntil 50 % av lønnskostnadene ved ansettelse av en «disadvantaged worker». Lønnskostnadene kan imidlertid kun dekkes i en periode på 12 måneder, alternativt i en periode på 24 måneder for en «severely disadvantaged workers».⁴³

Etter artikkel 35 kan det støttemottaker motta støtte til dekning av kostnader til bistand (assistance) for «disadvantaged workers». Det følger av artikkel 35 avsnitt 3 at «*The assistance provided shall consist of measures to support the disadvantaged worker's autonomy and adaptation to the work environment, in accompanying the worker in social and administrative procedures, facilitation of communication with the entrepreneur and managing conflicts*». Også her er støtteintensiteten på 50 %.

Det er imidlertid romslige rammer på henholdsvis 5,5 millioner euro og 11 millioner euro per år per virksomhet som støttes.

Vi vil anta at særlig artikkel 32 i prinsippet kan være et anvendelig unntak. Begrensningen i hva som kan støttes (kun deler av lønnskostnadene i en begrenset periode), gjør imidlertid at vi vil anta at også denne bestemmelsen er et uegnet grunnlag.

⁴³ Det følger av definisjonen i artikkel 2 avsnitt 99 at en «severely disadvantaged worker» er enhver person som «(a)has not been in regular paid employment for at least 24 months; or (b) has not been in regular paid employment for at least 12 months and belongs to one of the categories (b) to (g) mentioned under the definition of 'disadvantaged worker'».

5.6 Sammenfatning av de statsstøtterettslige spørsmålene

Som det fremgår ovenfor, er vi noe i tvil om tilskuddsordningen oppfyller kriteriene i EØS-avtalens artikkel 61(1). Skulle spørsmålet komme på spissen, vil det kunne argumenteres godt for at kriteriene ikke er oppfylt, og at tilskudd derfor kan tildeles uhindret av støtteregulverket. Det synes likevel relativt enkelt å tilpasse ordningen til bagatellunntaket for tjenester av allmenne tjenester. For å unngå enhver tvil, er vår anbefaling at dette gjøres.

6. KORT OM ANSKAFFELSESRETTLIGE SPØRSMÅL

6.1 Nærmere om grensedragningen mellom offentlige anskaffelser og ensidige tilskudd

Anskaffelsesregulverket og støtteregulverket er to uavhengige regelverk, og virker side om side. En anskaffelse kan i prinsippet medføre at det tildeles støtte. Hvorvidt det er tilfelle, må avgjøres på bakgrunn av støtteregulverket. På samme måte kan en tildeling av støtte i realiteten utgjøre en anskaffelse.

Anskaffelsesregulverket kommer til anvendelse på gjensidig bebyrdende kontrakter. I det at kontrakten skal være gjensidig bebyrdende, ligger at regelverkets anvendelse må avgrenses mot de tilfeller der kun den ene parten yter noe, eksempelvis der offentlige oppdragsgivere mottar gaver, eller der myndighetene tildeler støtte uten å kreve noen form for motytelse. Kontraktsbegrepet i anskaffelsesretten har således en grenseflate mot tilskudds- og støtteordninger.

Norske domstoler ser ikke ut til å ha behandlet saker om grensen mellom tilskuddsordninger og kontrakter som er underlagt anskaffelsesreglene. EU-domstolen har behandlet noen få saker som kan være av betydning for grensedragningen, men samlet sett er rettskildegrunnlaget spinkelt, og grensedragningen er beheftet med en ikke ubetydelig usikkerhet.

I den såkalte *University of Cambridge-saken*⁴⁴ ble det lagt til grunn at midler som ble tildelt uten spesifikke krav til bruk, som for eksempel forskningsmidler uten at det var spesifisert hvilken særlig form for forskning midlene skulle gå til, ble ansett som ensidig støtte som dermed ikke var omfattet av anskaffelsesregulverket.

Det ble altså skilt mellom offentlig støtte – som omfattet midler som ble tildelt uten spesifikke krav til bruk – og øvrige midler som fremsto som kjøp av tjenester. Midlene som var gitt for å dekke forskningsarbeid, uten at særlige former for forskning var spesifisert, og midler til å dekke undervisningsgebyr for enkelte studenter, ble av EU-domstolen ansett som offentlig støtte. Avgjørelsen illustrerer at der offentlig støtte gis under forutsetning om at midlene brukes til konkrete oppgaver spesifisert av det offentlige, taler dette i retning av at det er snakk om en kontraktuell forpliktelse, og dermed en anskaffelse.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter «KOFA») har hatt enkelte saker til behandling hvor sontringen mellom gjensidig bebyrdende avtaler og rene tilskuddsordninger har kommet på spissen. De fleste av disse sakene gjelder krav om overtredelsesgebyr for ulovlige direkteanskaffelser. KOFA har vurdert rekkevidden av anskaffelsesregulverkets kontraktsbegrep for å avgjøre om de respektive sakene har vært underlagt nemndas arbeidsområde.

KOFA har lagt til grunn at tilskudd og støtteordninger må ha preg av å være kontraktsrettslig vederlag for at det skal være tale om en gjensidig bebyrdende avtale.⁴⁵ Denne vurderingen foretas på bakgrunn av realitetene. I sak 2005/180 vurderte KOFA om «offentlig tilskudd» til rehabiliteringssenteret CatoSenteret var et tjenestekjøp omfattet av lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter. KOFA konkluderte med at anskaffelsesregulverket kom til anvendelse med følgende begrunnelse:

«Det sentrale i vurderingen er om CatoSenteret forplikter seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten. Det fremgår av dokumentene i saken at statens tilskudd står i direkte forhold til omfanget av de forpliktelser, det vil si antall behandlingsplasser og kurdøgn stilt til rådighet, som

⁴⁴ Se C-380/98 *The Queen v H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge (University of Cambridge)*.

⁴⁵ Se blant annet sak 203/228, 2005/180 avsnitt 23 flg, 2008/221 avsnitt 29 flg. og 2011/85 avsnitt 24 flg.

påhviler CatoSenteret. Klagenemnda viser til at CatoSenteret som følge av prosjektavtalen skal stille til rådighet 30 plasser i inntil 10 400 kurdøgn med en kurpris på 1 880 kroner pr døgn. Det fremgår også at senteret må dokumentere, i form av årlige rapporter, hvordan midlene er brukt. Videre er det bestemt av innklagede hvilke målgrupper CatoSenteret forplikter seg til å gi tilbud til. Innklagede har derfor en viss kontroll over den gjenytelsen CatoSenteret gir.»⁴⁶

Avgjørende for KOFA var altså at tilskuddsmottakeren forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse for støtten og statens tilskudd sto i direkte forhold til omfanget av disse forpliktelsene. KOFA har resonnert på samme måte i andre saker hvor spørsmålet har vært oppe til vurdering.⁴⁷ I en helt nylig sak har KOFA behandlet et lignende tilfelle. Sak 2023/193 gjaldt ordningen «Aktivitetskortet» som var administrert av Bergen kommune. «Aktivitetskortet» ga kortinnehaveren gratis tilgang til ulike fritidsaktiviteter, og målgruppen var barn med ulike utfordringer. Bergen kommune hadde blant annet forsvart seg med at ordningen hadde likhetstrekk med tilskudd. Om dette uttalte KOFA i avsnitt 28-29:

«Innklagede gjør, som nevnt, videre gjeldende at ordningen med aktivitetskortet har likhetstrekk med ensidig støtte/tilskudd fra oppdragsgiver og at det derfor ikke foreligger en gjensidig bebyrdende avtale. I fortalen til Direktiv 2014/24/EU fremgår følgende i premiss 4:

«[...] Videre hører ren finansieringsvirksomhet, særlig gjennom tilskudd, som ofte er knyttet til forpliktelsen til å tilbakebetale de mottatte beløpene dersom de ikke brukes til de tilsiktede formålene, ikke inn under virkeområdet til reglene for offentlige innkjøp. På samme måte bør forhold der alle markedsdeltakere som oppfyller visse vilkår, har rett til å utføre en bestemt oppgave uten noen form for utvelging, for eksempel brukervalgs- og tjenestekupongordninger, ikke forstås som innkjøp, men som rene godkjenningsordninger.»

De valgte leverandørene har forpliktet seg til å levere en tjeneste som motytelse til vederlaget som innklagede betaler. Leverandørene vil få betalt i den utstrekning innehaverne av aktivitetskortet benytter tjenesten. Innklagedes vederlag står dermed i direkte forhold til leverandørenes ytelse. Dette står i motsetning til ensidige disposisjoner som tilskuddsordninger, som ofte er knyttet til en tilbakebetalingsplikt dersom tilskuddet ikke benyttes til tiltenkt formål. Innklagede har dermed kontroll over den ytelsen som leveres, i motsetning til tilskuddsordninger der det ikke er definert en ytelse oppdragsgiver skal motta.»

Som det fremgår, la KOFA avgjørende vekt på at leverandørene/tilskuddsmottakerne hadde forpliktet seg til å levere en tjeneste mot en motytelse.

I hvilken grad ulike samfunnsnyttige tjenester skal anses som ytt mot vederlag, og dermed omfattet av anskaffelsesreglene, er også behandlet av Kommisjonen i et dokument om utøvelse av *tjenester av allmenn økonomisk betydning*. Kommisjonen har her oppstilt kriterier som kan benyttes ved vurderingen. Hvis kriteriene nedenfor er oppfylt, har Kommisjonen ansett at dette trekker i retning av at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som er omfattet av anskaffelsesreglene⁴⁸:

- «a) the aim of the contract is to meet needs previously defined by the public authority within the framework of its competences;*
- b) the nature of the service and the way in which it is to be provided are specified in detail by the public authority;*
- c) the contract provides for remuneration of the service (payment of a price or granting of the right to operate the service in return for a fee payable by users);*
- d) the public authority takes the initiative of finding a provider to whom to entrust the service*
- e) the contract lays down penalties for failure to meet contractual obligations, in order to guarantee that the service entrusted to the third party is provided properly in such a way as to meet the public authority's requirements (penalties, compensation for damages, etc.)»*

⁴⁶ I sak 2005/180 resonnerte KOFA på tilsvarende måte, se avsnitt 26.

⁴⁷ Se for eksempel sak 2008/221.

⁴⁸ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*. SWD(2013) 53 final/2 punkt. 218.

Som skissert over, har det betydning om formålet med kontrakten er å dekke de behovene oppdragsgiveren har definert innenfor sitt kompetanseområde og om oppdragsgiveren tar initiativet til å finne en leverandør som kan yte tjenesten som skal dekke dette behovet. At det offentlige tar initiativ til å kjøpe inn en tjeneste, vil nettopp kunne indikere at det offentlige har et behov for den aktuelle tjenesten.

Når det gjelder punktet knyttet til betaling, vil det ha betydning om vederlaget er knyttet opp mot tjenesten som leveres. I denne sammenhengen følger det av praksis fra EU-domstolen, at det ikke er avgjørende hvorvidt vederlaget direkte samsvarer med verdien på ytelsen som det offentlige mottar.⁴⁹

Hva gjelder momentet om hvorvidt tjenesten og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av oppdragsgiveren, er det relevant i hvilken grad oppdragsgiveren stiller spesifikke krav til hvordan tjenesten skal ytes. Dersom oppdragsgiveren legger tydelige føringer for hvordan tjenesten skal leveres og hva tjenesten skal inneholde, vil dette tale for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

Hva gjelder relevansen av eventuelle misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, er det slik at dersom oppdragsgiveren ønsker en tjeneste, vil det ofte også være ønskelig med misligholdsbeføyelser som fungerer som et slags pressmiddel for å sikre oppfyllelse av tjenesten. Dette kan eksempelvis være erstatning, dagmulkt, heving, retting, prisavslag, reklamasjonsbestemmelser og tvisteløsningsmekanismer. At det er inntatt misligholdsbeføyelser i tilknytning til ordningen, kan derfor påvirke vurderingen og tale for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt.

6.2 Konkret vurdering av tilskuddsordningen

Etter vårt syn er det klart at tilskuddsordningen slik den er utformet ikke utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand. Tilskuddet ytes ikke for at de sosiale entreprenørene skal yte en tjeneste som motytelse. Det stilles heller ikke spesifikke krav til hvordan tilskuddet skal benyttes, utover at de naturligvis skal benyttes i tråd med føringene i tilskuddsordningen. Tilskuddsbrevne inneholder etter det vi forstår heller ikke klassiske misligholdssanksjoner. Det er heller ikke det offentlige som aktivt søker etter de sosiale entreprenørene, men åpner for at disse kan søke på ordningen.

Uten at argumentet skal tillegges stor vekt, nevner vi også at det å basere støttetildeling på et unntak i støtteregelverket, vil gjøre det enda tydeligere at det nettopp er å tale om støtte, og ikke en anskaffelse.

Vi nevner likevel at dersom det gjøres endringer i tilskuddsordningen, eksempelvis ved at det stilles flere og detaljerte krav til hvordan tilskuddet skal benyttes, eller det oppstilles kontraktslignende misligholdssanksjoner, kan vurderingen slå annerledes ut. Dersom departementet vurderer å endre tilskuddsordningen, kan det skjeles hen til de vurderingstemaene som er oppstilt i praksisen referert til ovenfor.

⁴⁹ C-606/17 *IBA Molecular Italy Srl*.