

Ansvarlig advokat: Per Andreas Bjørgan

Notat

Til: Kompetanse Norge v/ Sekretariatet for Etter- og videreutdanningsutvalget

Fra: Advokatene Per Andreas Bjørgan og Hilde K. Ellingsen

Dato: 6. mai 2019

Sak: 10030 -139393

FINANSIERING AV ETTER- OG VIDEREUTDANNING: UNIVERSITETS- OG HØYSKOLESEKTORENS MULIGHETER INNENFOR STATSSTØTTEREGELVERKET

1. Innledning

Vi har fått i oppdrag av Kompetanse Norge å utrede hvilke rammer statsstøtteregelverket setter for finansiering av etter- og videreutdanning i universitets- og høyskolesektoren. Utredningen skal inngå som en del av kunnskapsgrunnlaget i en norsk offentlig utredning (NOU) fremmet av Ekspertutvalget for etter- og videreutdanning. Utvalget har fått i oppdrag å vurdere behovet for etter- og videreutdanning, om utdanningssystemet er i stand til å lage relevante og fleksible tilbud som imøtekomme disse behovene, og videre om rammebetingelsene for investering i ny kompetanse er tilstrekkelig gode.

Regelverket som styrer finansieringen av sektoren er sentralt i utvalgets arbeid. EØS-rettens regler om statsstøtte setter skranker for mulighetene norske myndigheter har til å gi støtte til næringsvirksomhet, og Kompetanse Norge har bedt oss vurdere hvilket handlingsrom som finnes innenfor statsstøtteregelverket. Et sentralt spørsmål er i hvilken grad staten har anledning til å delfinansiere etter- og videreutdanningstilbud.

Universitets- og høgskolerådet (UHR) nedsatte våren 2018 en arbeidsgruppe som utarbeidet rapporten *Talking av regelverket for finansiering av etter- og videreutdanning (EVU)*. Rapporten går også inn i hvilke krav som følger av EØS-avtalens statsstøtteregler. Styret ved UHR behandlet rapporten og anbefalt den til institusjonene i sektoren. Kompetanse Norge har opplyst at regelverket fremdeles oppleves som uklart på enkelte områder og at det er behov for en tydeliggjøring.

139393 -10030/ 190417 Notat II om finansiering av etter- og videreutdanning

Advokatfirmaet Lund & Co DA – MNA

Akersgaten 30 | Pb 1148 Sentrum, NO-0104 Oslo | Tel: (+47) 99 11 99 00 | Fax: (+47) 947 47 000

Org. nr : 991 097 171 | Bankgiro: 8601 20 60159 | www.lundogco.no

Vi har blitt bedt om å utrede hvordan finansiering og egenbetaling må innrettes for å ligge innenfor EØS-avtalens statsstøtteregler. Denne utredningen gir en oversikt hvilket handlingsrom EØS-avtalens statsstøtteregler gir til å støtte etter- og videreutdanning. Vi gir en fremstilling av hvilke tildelinger som omfattes av regelverket om offentlig støtte, og hvilke muligheter og begrensninger som finnes innenfor statsstøttereglerverket. Denne fremstillingen vil utgjøre et rettslig rammeverk for de forslag utvalget fremsetter. Vi ser det også som viktig å gi en slik generell redegjørelse, all den tid departementet kan komme til å foreslå løsninger som avviker fra utvalgets forslag.

Utredningen er lagt opp som følger: I punkt 2 ser vi nærmere på reguleringen i universitets- og høyskoleloven og egenbetalingsforskriften. I punkt 3 gir vi en generell oversikt over statsstøttereglerverket, før vi i punkt 4 ser på hvordan statsstøttereglerverket anvendes på offentlige tjenester. Det sentrale her er at støttereglerverket bare kommer til anvendelse hvis en utdanningsinstitusjon utøver økonomisk aktivitet. I punkt 5 og 6 ser vi på utdanningsinstitusjoner som utøver både økonomisk- og ikke-økonomisk aktivitet, og behandler når støtte til utdanningsinstitusjoners økonomiske virksomhet vil være lovlig etter statsstøttereglene. Vi avrunder med noen avsluttende merknader i punkt 7.

2. Regulering av finansiering og egenbetaling i lov og forskrift

Det følger av universitets- og høyskoleloven § 1-3 at universiteter og høyskoler skal tilby etter- og videreutdanning innenfor sitt virkeområde. Videre er disse utdanningsinstitusjonene gjennom sine oppdrags- og tildelingsbrev bedt om å sørge for at det finnes tilbud om etter- og videreutdanning for livslang læring. I det følgende vil vi redegjøre for hvordan finansiering av etter- og videreutdanning, herunder egenbetaling, er regulert i lov og forskrift. For å kunne vurdere hvorvidt statens tildeling av midler til universitets- og høyskolene kan tenkes å utgjøre ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen, må også karakteren og omfanget av deres undervisningsvirksomhet klarlegges nærmere. Det skyldes at karakteren og omfanget av undervisningen er avgjørende for om statsstøttereglerverket i det hele tatt kommer til anvendelse.

I tillegg til ordinær utdanning som fører frem til en grad og yrkesutdanning, tilbyr universitets- og høyskolene etter- og videreutdanning. Med *etterutdanning* menes kurs som gir vedlikehold og oppdatering av kompetanse innenfor et område eller stilling uten å gi formell kompetanse. Etterutdanning er kortere kurs som ikke avsluttes med eksamen eller gir studiepoeng, og som ikke inngår i et gradssystem. Med *videreutdanning* menes fag/emner som gir formell kompetanse på universitets- eller høyskolenivå og studiepoeng innenfor eller utenfor gradssystemet. Videreutdanning er ment å tilpasses samfunnet og arbeidslivets behov, og tar opp kvalifiserte kandidater på eget opptak. Videreutdanning kan f.eks. være frittstående enkeltemner, fagprogram med en serie eller samling av fag/emner rettet mot en bestemt målgruppe eller fagområde eller erfaringsbaserte masterprogrammer.¹

¹ Definisjonene er hentet fra Universitets- og høyskolerådets notat, Tolking av regelverket for finansiering av etter- og videreutdanning (EVU) s. 10.

Bidrags- og oppdragsfinansiert aktivitet er regulert i Rundskriv F-07-13 (BOA-reglementet).² Reglementet gjelder statlige universiteter og høyskolars forpliktende samarbeid med selvstendige virksomheter. Bidragsfinansiert aktivitet er definert som «prosjekter hvor institusjonen henter støtte fra nasjonale og internasjonale finansieringskilder uten at det foreligger krav om motytelse fra institusjonen når avtale om støtte inngås», mens oppdragsfinansiert aktivitet er definert som «prosjekter institusjonen utfører mot betaling fra ekstern(e) oppdragsgiver(e) når det foreligger et krav om motytelse fra institusjonen når avtale/ kontrakt inngås».

Finansiering av etter- og videreutdanning (EVU) i universitets- og høyskolesektoren er regulert i universitets- og høyskoleloven³ og egenbetalingsforskriften.⁴ Universitets- og høyskoleloven § 7-1 regulerer egenbetaling, og første ledd knesetter et *gratisprinsipp*:

«Statlige universiteter og høyskoler kan ikke kreve egenbetaling fra studenter for ordinære utdanninger som fører frem til en grad eller yrkesutdanning. Departementet kan i særskilte tilfeller, etter søknad, godkjenne unntak fra denne bestemmelse.»

Adgangen til å godkjenne unntak fra gratisprinsippet er snever; det må være tale om særlige situasjoner som nye studietilbud som medfører utgifter som ligger klart utenfor det en institusjon kan forventes å dekke over sitt ordinære budsjett.⁵

Av uhl. § 7-1 annet ledd fremgår det at departementet kan fastsette forskrift om universiteter og høyskolars adgang til å ta egenbetaling fra studenter og om adgangen til å kreve inn andre utgifter knyttet til studiene. Regler om egenbetaling er gitt i egenbetalingsforskriften. Forskriften regulerer institusjonenes adgang til å kreve egenbetaling for studietilbud som er rettet mot enkeltstudenter, og gjelder ikke studietilbud som tilbys som oppdrag, altså der en institusjon gir et studietilbud etter avtale med en ekstern oppdragsgiver.⁶

Egenbetalingsforskriften § 3-1 gjentar hovedregelen om at *statlige institusjoner* ikke kan kreve egenbetaling fra studenter for studieprogrammer som fører frem til en grad eller yrkesutdanning. Det heter i § 3-1(2) at studieprogrammer, fag/emner eller kurs med egenbetaling ikke skal gå på bekostning av institusjonens statlig finansierte utdannings- og forskningsaktivitet.

En rekke unntak fra gratisprinsippet er nedfelt i § 3-2. Statlige institusjoner kan kreve egenbetaling for kurs, erfaringsbaserte mastergrader og fag/emner som er vesentlig forskjellig fra regulært studietilbud. I tillegg kan de kreve betalt av studenter som fyller opp ledige plasser på studieprogram eller fag/emner som er oppdragsfinansiert. Oppregningen er uttømmende, slik at det ikke er anledning til å ta betalt i øvrige tilfeller. Etter hva vi har fått opplyst, er det imidlertid ulik oppfatning innenfor sektoren om hvordan unntakene skal forstås. Egenbetalingen kan dekke kostnadene fullt ut, eller delvis ved at institusjonen finansierer deler av kostnadene, jf. annet ledd.

Kunnskapsdepartementet har presisert at hovedregelen enten er full kostnadsdekning eller ingen

² Reglement om statlige universiteter og høyskolars forpliktende samarbeid og erverv av aksjer.

³ Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler.

⁴ Forskrift 15. desember 2005 nr. 1506 om egenbetaling ved universiteter og høyskoler.

⁵ Jan Frithjof Bernt, Universitets- og høyskoleloven av 2005 (2. utg. 2016).

⁶ Jf. § 1-1, jf. § 1-2 bokstav d.

egenbetaling, men at det kan tenkes særskilte unntak. Institusjonenes praksis for egenfinansiering varierer likevel betydelig.

Private institusjoner kan ta egenbetaling fra studenter. Egenbetaling fra studentene skal komme studentene til gode. Beregningsgrunnlaget for egenbetalingen kan ta utgangspunkt i virksomheten som helhet over tid.

Finansiering av bidrags- og oppdragsfinansiert aktivitet er omtalt i veilederen til Rundskriv F-07-13 (BOA-reglementet).⁷ Det heter i veilederen at

«For oppdragsfinansiert aktivitet skal oppdragsgiver dekke alle direkte og indirekte kostnader som oppdraget fører med seg, og institusjonen skal kunne dokumentere dette I tillegg skal det beregnes en rimelig fortjeneste på oppdraget, jf. EØS-regelverket som skal hindre ulovlig konkurransevridende offentlig støtte. Dette betyr at institusjonen ikke kan delfinansiere oppdragsprosjekter eller dekke andre indirekte kostnader som prosjektet måtte medføre.»

Og videre:

Oppdragsfinansiert aktivitet kan ikke subsidieres med statlig bevilgning, slik at eventuelle tap må føres mot institusjonens opptjente virksomhetskapital. Dette bygger blant annet på konkurranserettslige hensyn, og forutsetter at institusjonen må foreta en realistisk økonomisk vurdering før prosjektet igangsettes. Det er derfor svært viktig at institusjonen utarbeider totalbudsjetter, og klargjør de økonomiske forholdene ved det enkelte prosjekt. Det skal innarbeides en rimelig fortjeneste i totalbudsjettet for det enkelte prosjekt.

For bidragsfinansiert aktivitet skal institusjonen vurdere om prosjektet har slik faglig interesse at det tilsier delfinansiering, samt vurdere kostnadene ved dette. Det må da avklares hvordan dette kan håndteres av institusjonene selv, slik at det ikke skjer utilsiktet delfinansiering av den bidragsfinansierte aktiviteten fra institusjonenes bevilgninger. Institusjonene skal kunne dokumentere de vurderingene og vedtakene som gjøres.»

Kompetanse Norge viser til at det er usikkerhet knyttet til regelverket rundt egenbetaling i høyere utdanning. Vi har fått opplyst at forskrift om egenbetaling er tolket slik at den tillater institusjonene å bruke egne midler til å delfinansiere EVU-kurs som klassifiseres som salg, mens BOA-reglementet ikke tillater dette. Vi bemerker at statsstøtteregelverket vil legge føringer for hvordan disse bestemmelsene er å forstå. Det følger av presumsjonsprinsippet at norsk rett så vidt mulig skal tolkes i tråd med våre folkerettslige forpliktelser, herunder de forpliktelser som følger av EØS-avtalen.⁸ I det følgende gir vi en oversikt over hvilket handlingsrom statsstøtteregelverket gir til å finansiere etter- og videreutdanningstjenester.

⁷ Reglement om statlige universiteter og høyskolors forpliktende samarbeid og erverv av aksjer.

⁸ Se Rt. 2000 s 1811 (Finanger I). I forarbeidene til EØS-loven heter det at «norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat», jf. Ot.prp. nr. 79 (1991-92) s. 4.

3. Statsstøtte

3.1 Rettslig utgangspunkt: vilkårene i artikkel 61(1)

Formålet med EØS-avtalen er å «fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler», jf. EØS-avtalen artikkel 1. For å nå dette formålet skal det opprettes et «system som sikrer at konkurransen ikke vris, og at reglene overholdes på samme måte», jf. artikkel 1. Statsstøtteforbudet skal sikre like konkurransevilkår i EØS-området, ved å hindre at enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer ved overføringer fra staten, oppnår fordeler som foretaket ikke ville oppnådd i markedet.

EØS-avtalen artikkel 61(1), som i utgangspunktet oppstiller et forbud mot statsstøtte, lyder slik:

«Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrier eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene»

For at det skal foreligge statsstøtte, må følgende vilkår være oppfylt:

1. Tiltaket må innebære støtte i form av tildeling av en økonomisk fordel (støttebegrepet)
2. Støtten må være gitt av statsmidler (offentlig støtte)
3. Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester (selektivitetskriteriet).
4. Støtten må ytes til foretak som driver økonomisk virksomhet (foretaksbegrepet).
5. Støtten må vri eller true med å vri konkurransen (konkurransevridningsvilkåret).
6. Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området (samhandelskriteriet).

Samtlige vilkår må være oppfylt for at et tiltak skal være i strid med statsstøtteforbudet. Hvis samtlige vilkår er oppfylt, vil støtten i utgangspunktet være forbudt. Statsstøtte kan likevel være nødvendig for å nå legitime målsetninger, så artikkel 61(2) og (3) åpner for at støttetiltak på visse vilkår kan være forenlige med EØS-avtalens formål. De generelle vilkårene i disse bestemmelsene er utdypet og presisert i det alminnelige gruppeunntaket og retningslinjer.

Et tiltak som innebærer offentlig støtte må notiseres ESA, og godkjennes før det iverksettes.⁹ Dette gjelder likevel ikke for støttetiltak som er omfattet av det alminnelige gruppeunntaket, hvor visse typer støtte er forhåndsgodkjent. EØS-avtalen artikkel 59 (2) åpner også for at forbudet mot offentlig støtte kan fravikes dersom det er nødvendig for å få utført oppgaver av allmenn økonomisk betydning. I tillegg finnes regler om bagatellmessig støtte (*de minimis*).¹⁰

⁹ Jf. lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte § 2 og Forskrift om offentlig støtte av 4. desember 1992 nr. 907.

¹⁰ Det alminnelige gruppeunntaket, regelverket for bagatellmessig støtte og Kommisjonsvedtaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning er gjennomført ved Forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

Den sentrale problemstillingen i utredningen, er hvilken adgang staten har til å finansiere etter- og videreutdanning. Det er altså snakk om å tildele universiteter og høyskoler en selektiv fordel som involverer statsmidler. Hvorvidt slik støtte har en potensiell konkurransevridende effekt og om den potensielt kan påvirke samhandelen i EØS-området må vurderes konkret for hvert enkelt støttetiltak.¹¹ Konkurranssevridnings- og samhandelsvilkåret behandles ofte under ett, selv om det innholdsmessig dreier seg om to forskjellige vilkår. Fellesnevneren er likevel at terskelen etter rettspraksis ligger forholdsvis lavt. Det er ikke noe krav om at konkurransen rent faktisk må vris og at samhandelen vil bli påvirket som følge av støtten. Det er tilstrekkelig at støtten truer med å vri konkurransen. Ved vurderingen av samhandelskriteriet må en se hen til mulighetene for nevneverdig grenseoverskridende tjenesteytelse. Støtte som kun har virkninger internt i en EU/EØS-stat er ikke omfattet av forbudet. Terskelen for samhandelspåvirkning har blitt hevet de siste årene, slik at støtte til utdanningstjenester som tilbys i lokale eller regionale markeder sjelden vil kunne anses å ha samhandelspåvirkning.¹² Støtte gis likevel ofte gjennom generelle finansieringsordninger, som vil være rettet også mot større aktører med et bredere nedslagsfelt. Videre er det slik at også utdanningstjenester rettet mot nasjonale brukere, kan ha samhandelspåvirkning. I ESAs retningslinjer om støttebegrepet («Notion of State aid») heter det:

«A public subsidy granted to an undertaking which provides only local or regional services and does not provide any services outside its State of origin may nonetheless have an effect on trade between EEA States where undertakings from other EEA States could provide such services (also through the right of establishment) and that possibility is not merely hypothetical.»¹³

Offentlige tilskudd til universiteter og høyskoler vil ofte oppfylle vilkårene om konkurransevridning og samhandelspåvirkning. Det er derimot grunn til å se nærmere på *foretaks*kriteriet og kravet om at tiltaket må innebære en økonomisk *fordel* for mottaker. Den videre fremstillingen konsentreres om disse to vilkårene.

3.2 Foretaksbegrepet: Er universiteter og høyskoler å anse som foretak etter statsstøttereglene?

Statsstøttereglene kommer bare til anvendelse der mottakeren av offentlige midler er et *foretak*. I det følgende drøfter vi i hvilken utstrekning universiteter og høyskoler er å anse som foretak i EØS-avtalens forstand.

Foretaksbegrepet er ikke definert i EØS-avtalen, men det fremgår av protokoll 22 til EØS-avtalen at enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art er et foretak. Definisjonen er på linje med EU- og EFTA-domstolens praksis om foretaksbegrepet.¹⁴ Det følger av fast rettspraksis at et foretak er enhver enhet som driver økonomisk aktivitet. I denne vurderingen er det ikke avgjørende hvordan virksomheten er organisert og om den drives med overskudd for øyet eller på ideelt grunnlag. Enhetens rettslige status eller finansieringsmåte er heller ikke av

¹¹ En nærmere redegjørelse for disse kriteriene, se punkt 3.1.

¹² Se Kommisjonens avgjørelse C (2006) 5228, hvor samhandelsvilkåret ikke ble ansett oppfylt ved støtte til en Tsjekkisk høyskole som utelukkende var rettet inn mot et nasjonalt marked.

¹³ Premiss 192.

¹⁴ Sak E-8/00 *LO v KS* avsnitt 62 og sak 41/90, *Höfner* premiss 21.

betydning.¹⁵ En offentlig etat kan dermed være å anse som et foretak, mens et privat aksjeselskap kan være en ikke-økonomisk aktør.

Det avgjørende for om en enhet anses som et foretak er *karakteren av aktiviteten* som utøves. Enheten må utøve økonomisk aktivitet, det vil si aktivitet som består i å tilby varer eller tjenester i et marked.¹⁶ Tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet er alltid ikke-økonomisk virksomhet og faller utenfor foretaksbegrepet.¹⁷ Slike aktiviteter er som regel kjennetegnet ved at myndighetsutøvelsen er basert på lov og ved at gjennomføringen om nødvendig åpner for bruk av tvangsmakt. Typiske eksempler vil være fengselsvesenet, militæret og politiet.¹⁸ Det offentliges tjenestetilbud kan også i noen grad anses som ikke-økonomisk aktivitet. Det avgjørende er om ytelsene er forankret i *prinsippet om solidaritet* og om de er allment tilgjengelige og offentlig regulert.¹⁹ Dette omfatter blant annet helsetjenester, kulturtjenester og utdanningstjenester. ESA har formulert unntakene slik:

«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.»²⁰

Spørsmålet om en enhet skal anses for å være et foretak må vurderes særskilt for hver enkelt aktivitet som utøves av enheten.²¹ Foretaksbegrepet bygger altså på en funksjonell tilnærming, noe som innebærer at en enhet kan anses som et foretak i en sammenheng, og ikke som et foretak i en annen. Utdanningstjenester kan utgjøre både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet. Som fremhevet av Kommisjonen, kan utdanning

«be defined as a service, both economic and non-economic, which the public authorities classify as being of general interest and subject to specific public service obligations. This means that it is essentially the responsibility of public authorities, at the relevant level, to decide on the nature and scope of a service of general interest. Public authorities can decide to carry out the services themselves or they can decide to entrust them to other entities, which can be public or private, and can act either for-profit or not for-profit'»²²

¹⁵ Forente saker C-180/98 til C-184/98 *Pavlov* premiss 74.

¹⁶ Forente saker C-180/98 til C-184/98 *Pavlov* premiss 74, C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze* premiss 107.

¹⁷ C-343/95, *Cali & Figli*, hvor EU-domstolen la til grunn at staten ikke er å anse som foretak når virksomheten «is connected with the exercise of powers of a public authority».

¹⁸ Se ESAs retningslinjer avsnitt 17.

¹⁹ Se sak T-319/99, *FENIN*, premiss 39, C-218/00, *Cisal and INAIL* premiss 40 og forente saker C-159/91 og C-160/91, *Poucet and Pistre*, premiss 14

²⁰ ESAs vedtak nr. 017/18/COL. Saken gjaldt kompensasjon for pensjonskostnader for ideelle organisasjoner som tilbyr visse helse- og barnevernstjenester.

²¹ EU-domstolens avgjørelse i sak C-49/07 *MOTOE* [2008] premiss 25

²² Commission Communication on Services of general interest, including social services of general interest; COM(2007) 725 final, s. 3-4.

4. Offentlige tjenester og statsstøtte

4.1 Om solidaritetsunntaket

Dersom det offentlige tilbyr en tjeneste i konkurranse med private eller offentlige aktører, vil tjenesten normalt være å anse som økonomisk aktivitet som er omfattet av støttereglene. Likevel vil offentlige tjenester som er *basert på solidaritet* og som er gjenstand for offentlig regulering og kontroll, i utgangspunktet anses som ikke-økonomisk aktivitet, og derfor falle utenfor støtteregelvekret. Selv om utgangspunktene er forholdsvis klare, kan den nærmere vurderingen av hva som utgjør økonomisk aktivitet og dermed faller innenfor statsstøtteregelvekret, ofte være komplisert. Momenter i vurderingen vil være hvordan tjenestene er finansiert og organisert og hvem som er berettiget til å motta dem. Som det fremgår av ESAs retningslinjer om støttebegrepet: «The state aid rules only apply where a certain activity is provided in a market environment.»²³ At det finnes private aktører som tilbyr tilsvarende tjenester er likevel ikke avgjørende. ESAs avgjørelse i NDLA (Digital læringsarena) kan tjene til illustrasjon. Saken gjaldt støtte til et fylkeskommunalt samarbeidsorgan som utviklet og kjøpte digitalt læringsmateriale til norske videregående skoler. Materialet ble gjort tilgjengelig gratis på en nettside. ESA fant at finansieringen av nasjonal digital læringsarena ikke innebar statsstøtte, under henvisning til at videregående opplæring var et offentlig ansvar, og det inkluderte de læremidler som ble stilt til disposisjon for elevene. Den omstendighet at en rekke selskaper tilbyr digitale læringsmaterielle som en del av sin økonomiske aktivitet, innebar ikke at NDLA ble ansett for å utøve økonomisk aktivitet.²⁴

En tjenesteytelse vil ikke være å anse som økonomisk aktivitet hvis den ytes i henhold til et solidaritetsprinsipp og er forankret i statens ansvar overfor befolkningen. Solidaritetsprinsippet er kjennetegnet ved en omfordeling av ressurser ved at en sosial gruppe understøtter en annen. EU-domstolen har uttalt at «[s]olidarity entails the redistribution of income between those who are better off and those who, in view of their resources and state of health, would be deprived of the necessary social cover.»²⁵ Tjenester som ytes mot betaling, derimot, er å anse som økonomisk aktivitet. EU-domstolen har fastslått at det avgjørende kjennetegnet ved betaling er at den utgjør et økonomisk vederlag for de aktuelle tjenestene.²⁶ Dette gjelder også utdanningstjenester:

«Courses provided by educational establishments financed essentially by private funds that do not come from the provider itself constitute services, since the aim of such establishments is to offer a service for remuneration. ... It is not necessary for that private financing to be provided principally by the pupils or their parents, as the economic nature of an activity does not depend on the service concerned being paid for by those for whom it is performed.»²⁷

²³ ESAs retningslinjer om støttebegrepet avsnitt 12.

²⁴ Decision No. 244/14/COL.

²⁵ Forente saker C-159/91 og C-160/91, *Poucet and Pistre* premiss 10. Se også formuleringen fra Generaladvokat Fennelly i sak C-70/95, *Sodemare* som definerte solidaritet som «the inherently uncommercial act of involuntary subsidization of one social group by another», jf. premiss 29.

²⁶ Sak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* premiss 47. Se også forente saker C-622/16 P til C-624/16 P, *Montessori* premiss 104.

²⁷ Sak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* premiss 48-49.

Kjennetegnet ved betaling er ikke tilstede ved virksomhet som utføres av staten eller på vegne av staten innenfor rammen av deres plikter på det sosiale, kulturelle området og innenfor utdanning. EU-domstolen har uttalt at formålet om å yte en tjeneste mot vederlag ikke er til stede hva gjelder

«courses provided by certain establishments which are integrated into a system of public education and financed, entirely or mainly, by public funds. Indeed, in establishing and maintaining such a system of public education, which is, as a general rule, financed from public funds and not by pupils or their parents, the State is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its social, cultural and educational obligations towards its population.»²⁸

For å kunne anses som ikke-økonomisk aktivitet kreves det altså først at tjenesten utføres som ledd i ivaretagelsen av statens oppgaver overfor befolkningen, dernest at tjenesten er finansiert fullt ut eller hovedsakelig av det offentlige. Hvis disse vilkårene er oppfylt, vil tjenesten være å anse som ikke-økonomisk, selv om den utføres av en privat tjenestetilbyder på vegne av staten. Det avgjørende er om tjenesten inngår som en del av et offentlig og allment tilgjengelig tjenestetilbud som er underlagt offentlig tilsyn og kontroll.²⁹

Det vil i stor grad være overlatt til nasjonal rett å avgjøre hva som er statens oppgaver innenfor området for utdanning. Hvorvidt slike ytelser skal regnes som økonomiske eller ikke-økonomiske beror først og fremst på det regulatoriske rammeverket i den aktuelle EØS-staten. Undervisningstjenester er ikke harmonisert innen EU/EØS. I TFEU artikkel 165(1) heter det at

*The Union shall contribute to the development of quality education by encouraging cooperation between Member States and, if necessary, by supporting and supplementing their action, while fully **respecting the responsibility of the Member States for the content of teaching and the organisation of education systems and their cultural and linguistic diversity** (vår utheving).*

Videre heter det i artikkel 165(4) at Parlamentet og Rådet kan vedta anbefalinger og insentivtiltak «excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States». Den enkelte stat står i utgangspunktet fritt til å utforme sin utdanningspolitikk, ved å fastlegge hva den skal gå ut på og hvordan den skal finansieres. Staten står fritt til å bestemme i hvilken grad utdanning skal være en offentlig oppgave, og også hvorvidt slike tjenester skal tilbys av det offentlige eller om det også bør åpnes opp for private aktører.

Når en vurderer om en tjeneste utføres som ledd i ivaretagelsen av statens oppgaver overfor befolkningen, må en altså ta utgangspunkt i hvordan utdanning er regulert i norsk rett. Det er i utgangspunktet overlatt til norske myndigheter å definere hva som inngår i den offentlig organiserte utdanningen. Det er en nær sammenheng mellom offentlige oppgaver og offentlig finansiering. En

²⁸ Sak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* premiss 50.

²⁹ I ESAs retningslinjer om støttebegrepet heter det at «[p]ublic education organised within the national educational system funded and supervised by the State may be considered as a non-economic activity», jf. punkt 2.5.

rekke offentlige tjenester inneholder likevel et element av brukerbetaling, og har dermed et økonomisk tilsnitt.

Hvis betalingselementet blir for fremtredende, vil det likevel kunne være snakk om økonomisk aktivitet. Det at tjenestemottaker betaler et gebyr, for eksempel studie- eller registreringsavgift, eller for øvrig yter et visst bidrag til driftskostnadene for en ordning, innebærer imidlertid ikke at tjenesten blir å anse som økonomisk. Et slikt bidrag utgjør ikke i seg selv noen «betaling» dersom tjenesten i all hovedsak finansieres med offentlige midler. I ESAs retningslinjer om støttebegrepet står følgende:

«The non-economic nature of public education is in principle not affected by the fact that pupils or their parents sometimes have to pay tuition or enrolment fees which contribute to the operating expenses of the system. Such financial contributions often only cover a fraction of the true costs of the service and can thus not be considered as remuneration for the service provided. They therefore do not alter the non-economic nature of a general education service predominantly funded by the public purse. These principles can cover public educational services such as vocational training, private and public primary schools and kindergartens, secondary teaching activities in universities and the provision of education in universities.

Such public education services must be distinguished from services financed predominantly by parents or pupils or commercial revenues. For example, higher education financed entirely by students clearly fall within the latter category. In certain EEA States public entities can also offer educational services which, due to their nature, financing structure and the existence of competing private organisations, are to be regarded as economic.»³⁰

ESAs retningslinjer om tjenester av allmenn økonomisk interesse inneholder tilsvarende formuleringer.³¹

Det følger av retningslinjene at delvis brukerbetaling ikke innebærer at utdanningsinstitusjonen er å anse som foretak. Det kan stille seg annerledes hvis brukerbetalingen er en «predominant» del av finansieringen. Hvor stor andel brukerbetaling som kan aksepteres før tjenesten mister sitt solidariske preg og en beveger seg over til å bli økonomisk aktivitet, er ikke helt klart. EU-domstolen har i enkelte saker uttalt at undervisningstjenester som er «essentially financed by private funds» utgjør økonomiske tjenester.³²

I *Private Barnehagers Landsforbund* fant EFTA-domstolen at kommunale barnehager ikke driver økonomisk aktivitet og dermed ikke rammes av støttereguleringen. Foreldrebetaling som dekket 20 % av driftsutgiftene ble ikke ansett å utgjøre «betaling»:

³⁰ Avsnitt 29-30.

³¹ Se punkt 2.1.5.

³² Sak C-109/92 *Wirth*, premiss 17 og sak C-76/05 *Schwartz* premiss 40. Disse avgjørelsene gjaldt tjenestefriheten (smnl. EØS-avtalen artikkel 36), men vurderingstemaet er langt på vei sammenfallende.

«[T]he element of remuneration is absent in the activity of municipal kindergartens in Norway. The parents' fee which constitutes only a fraction of the true costs of the service cannot be qualified as a quid pro quo vis-à-vis the municipal kindergartens, but only as a contribution to a system which is predominantly funded by the public purse. 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 educational fields.»³³

I ESAs retningslinjer om støttebegrepet uttales det også, i forbindelse med omtalen av ulønnsomme kulturarrangementer følgende:

«[T]he fact that visitors of a cultural institution or participants in a cultural or heritage conservation activity, including nature conservation, open to the general public are required to pay a monetary contribution that only covers a fraction of the true costs does not alter the noneconomic nature of that activity, as it cannot be considered genuine remuneration for the service provided.»³⁴

Hvis tjenestemottaker bare dekker en brøkdel av total kostnadene har vi ikke å gjøre med en «betaling» for tjenesten, og dermed vil det ikke være tale om økonomisk aktivitet. Dette kan stille seg annerledes der brukerbetaling er en overveiende («predominant») del av finansieringen. Nøyaktig hvor grensen for økonomisk aktivitet går kan være vanskelig å avgjøre. Det lar seg ikke gjøre å konkretisere dette ned til en gitt prosent.

Universitets- og høyskolerådet har lagt til grunn at staten må betale hovedparten av kostnadene for at utdanningen skal anses som ikke-økonomisk aktivitet:

«Etter dagens oppfatning vil «hovedparten» kunne tolkes som minimum 51 % av de faktiske kostnadene, jf. generaladvokatens syn i Scoula Montessori-sakene. Dette betyr at egenbetalingen fra studentene kan være inntil 49 % av kostnadene for ikke-økonomisk aktivitet. Dette er ensbetydende med at institusjonenes «egenfinansieringsprosent» for studiepoenggivende tilbud må være minst 51 %»

Kommisjonens uttalelser i en avgjørelse knyttet til støtte til en spansk utdanningsinstitusjon kunne trekke i retning av at skillet går ved 50 %. Her uttalte Kommisjonen følgende:

«It follows that the Commission considers an activity to be 'predominantly financed' in the sense of paragraph 30 of the Notice on the Notion of Aid if the majority of the true costs of the educational activity are financed by user fees or other commercial means (thus making the activity economic in nature), while in turn activities for which user fees 'only cover[s] a fraction of the true costs' in the sense of paragraph 29 of the Notice on the Notion of Aid catches all situations in which the minority of the true costs are financed by visitor or user fees (thus making the activity non-economic in nature).»

³³ Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund* premiss 83.

³⁴ Punkt 2.6. Tilsvarende formuleringer finnes i ESAs vedtak nr. 017/18/COL, som gjaldt kompensasjon for pensjonskostnader for ideelle organisasjoner som tilbyr visse helse- og barnevernstjenester.

Kommisjonens fant at studieavgiftene i gjennomsnitt finansierte 35 % av de totale årlige kostnadene til støttemottakeren, og at avgiften i et enkeltår aldri oversteg 50 % av de totale kostnadene. Likevel ga Kommisjonen uttrykk for tvil om hvorvidt det var snakk om ikke-økonomisk aktivitet.

Kommisjonen synes dermed å holde muligheten åpen for at det kan være snakk om økonomisk aktivitet selv om studentene dekket mindre enn halvparten av kostnadene. I den aktuelle saken, dekket videre staten under 50 % av de totale kostnadene, men det var ikke tilstrekkelig til at Kommisjonen kunne konkludere med at det var snakk om økonomisk aktivitet.

Et skille basert på om staten betaler med enn 50 % av tjenesten blir etter vårt syn for kategorisk. Det avgjørende må være når tjenesten mister sitt solidariske preg. Som Hjelmeng-utvalget peker på:

«Begrunnelsen for dette skillet [mellom ulike finansieringsformer] er at dersom tjenesten helt eller i stor grad er betalt av brukerne privat er det ikke noe element av solidaritet i finansieringen av tjenesten, slik at tjenesten anses som enhver annen brukerbetalt tjeneste som leveres i et marked.»

Jo lenger staten beveger seg bort fra kjernen av sin tjenesteytende virksomhet, preget av en solidarisk finansiering, jo lettere vil en kunne konkludere med at det er snakk om å yte en tjeneste mot betaling, hvilket innebærer utøvelse av økonomisk aktivitet. Et ytterligere moment, som ble fremhevet av EU-domstolen i *Montessori*-saken, er hvorvidt egenbetalingen reelt sett utgjør dekning av kostnader, eller om det snarere er tale om et gebyr uten sammenheng med kostnadene. Ved omtalen av en tidligere domsavgjørelse, trakk EU-domstolen frem at utdanningstjenesten var tilbudt gratis eller «against payment of a token amount covering only part of the actual cost of the service, with that part not being related to the cost (vår utheving)»³⁵

Nært forbundet med spørsmålet om hvor stor *andel* av kostnadene staten må dekke, er spørsmålet om hvordan kostnadene ved utdanningen skal *beregnes*. Hvor institusjonene for eksempel gjør bruk av eksisterende infrastruktur, som undervisningslokaler og øvrige fasiliteter, og også nyter godt av fellestjenester som rengjøring, vaktmestertjenester og IT-tjenester, vil beregningen av totalkostnadene slå ulikt ut avhengig av om disse kostnadene regnes med. Løsningen må her være å legge til grunn en *totalkostnadsberegning*, altså å se hen til både variable og faste kostnader, og allokere disse basert på forsvarlige regnskapsmessige prinsipper (jf. punkt 5.3 nedenfor).

4.2 Klassifisering av etter- og videreutdanning innen universitets- og høyskolesektoren

Den etter- og videreutdanning som tilbys av universitetene og høyskoler i Norge er av ulik karakter. Når utdanningsinstitusjonene samarbeider med private foretak, går det et grunnleggende skille mellom *oppdrag*, hvor oppdragsgiver bestemmer hvem som skal delta og *bidrag*, hvor ekstern bidragsyter ikke krever kontroll med hvem som tas opp. Oppdragsfinansiert utdanning vil alltid være å anse som økonomisk aktivitet. I ESAs Guidelines on State aid for research and development and innovation legges det til grunn at: «Workforce training, in the sense of state aid rules for training aid, does not qualify as a non-economic primary activity of research organisations.»³⁶ Hva som ligger i begrepet «workforce training» er ikke nærmere presisert, men begrepet må sees i lys av

³⁵ Forente saker C-622/16 P til C-624/16 P, *Montessori* premiss 106.

³⁶ S. 11 fotnote 21.

gruppeinntaket for opplæring, jf. punkt 6.5 nedenfor. Alternativet dekker tilfeller der en utdanningsinstitusjon tilbyr opplæring på oppdrag fra et foretak. Slik oppdragsfinansiert utdanning vil alltid være å anse som økonomisk virksomhet. Bidragsfinansiert utdanning derimot, kan være enten økonomisk eller ikke-økonomisk aktivitet; den omstendighet at undervisningsinstitusjonen mottar bidrag fra en ekstern kilde vil ikke være ubetinget avgjørende for klassifiseringen. Ettersom bidrag gis uten motytelse, og institusjonen selv bestemmer hvem som deltar, vil bidraget ikke være å anse som betaling for en tjeneste. Bidragsfinansiert utdanning kan imidlertid være rettet mot betalende enkeltstudenter. Det fremgår av veilederen til BOA-reglementet at «etter- og videreutdanning rettet mot enkeltstudenter skal gjennomføres i overensstemmelse med forskrift om egenbetaling, og kan i de fleste tilfeller klassifiseres som salg.»

Etter- og videreutdanningstilbud rettet mot enkeltpersoner kan være økonomisk eller ikke-økonomisk aktivitet, avhengig av utdanningens innhold og finansieringsmåte. Etter- og videreutdanning er en del av universitetenes og høyskolenes samfunnsoppdrag. Det fremgår av uhl. § 1-3 bokstav i) at disse institusjonene skal tilby etter- og videreutdanning innenfor institusjonens virkeområde. Det kan hevdes at etter- og videreutdanning ligger utenfor institusjonenes kjernevirksomhet. Likevel er ikke det avgjørende hvordan etter- og videreutdanning er regulert i dag, eller hvordan dette historisk sett har vært regulert. Hvorvidt staten kan definere etter- og videreutdanning som en del av det offentliges ansvar overfor befolkningen, og innlemme dette i en solidarisk finansieringsordning, avhenger av *hvilken margin* staten har når den fastsetter hva som inngår i det statlige utdanningstilbudet. I utgangspunktet mener vi at staten har en forholdsvis vid skjønnsmargin når det kommer til innrettingen av dette tilbudet. Slik ESA formulerer det i NDLA-saken: «States generally have a wide margin of discretion when choosing the activities they intend to offer to their population in matters of social, cultural and educational policy.»³⁷ Staten er ikke forhindret fra å påta seg et mer vidtgående ansvar for å oppdatere kunnskapen som er tilbudt befolkningen gjennom grunnutdanningen.

Videreutdanning er ment å tilpasses samfunnets og arbeidslivets behov, og tar opp kvalifiserte kandidater på eget opptak.³⁸ Vi mener at staten har anledning til å bestemme at videreutdanning for fremtiden skal inngå som ledd i det alminnelige, offentlig organiserte studietilbudet. Dette gjelder især der utdanningen leder til en grad, slik som erfaringsbaserte mastere. Det er ikke noe vanntett skille mellom grunn- og videreutdanning, ettersom ett og samme studium (som en mastergrad) kan regnes som grunnutdanning for noen og videreutdanning for andre. Slik vi ser det, vil staten kunne beslutte at også videreutdanning som gir studiepoeng, uten å lede til en grad, skal omfattes av statens utdanningsrelaterte oppgaver overfor befolkningen, og at utdanningen skal inngå i den eksisterende solidariske finansieringsordningen. Hvis utdanningen hovedsakelig blir finansiert av staten, vil det etter vår mening være snakk om en ikke-økonomisk aktivitet som faller utenfor statsstøtteregele.

Hvorvidt *etterutdanning* vil kunne inkluderes i det offentlig kontrollerte og finansierte utdanningssystemet, og dermed utgjøre ikke-økonomisk aktivitet, er mer tvilsomt.

Etterutdanningstjenester, som ikke gir formell kompetanse, tilbys ofte i markedet, i konkurranse med

³⁷ Decision No. 244/14/COL.

³⁸ Universitets- og høyskolerådet, Tolking av regelverket for finansiering av etter- og videreutdanning (EVU) s. 10.

andre private aktører. Det er imidlertid ikke avgjørende hvorvidt det finnes et marked for etter- og videreutdanningstilbud.³⁹ Det finnes etter hva vi kan se ingen praksis hvor Kommisjonen eller ESA har slått ned på slike ordninger. Tvert imot synes Kommisjonen å ha akseptert at tiltak som faller inn under kategorien etterutdanning kan utgjøre ikke-økonomisk aktivitet. Den aktuelle saken gjaldt støtte til en ungarsk høyskole, som drev grunnforskning, industriforskning og eksperimentell utvikling, og som formidlet resultatene ved hjelp av undervisning, publisering og teknologioverføring. Formålet med støtten var å etablere et kunnskapscenter, med siktemål om å bidra til utvikling av et markeds- og innovasjonsorientert arbeidsmarked og å styrke livslang læring. De aktuelle opplæringsprogrammene var gratis, rettet inn mot individer heller enn bedrifter, og var tilgjengelig for alle; Kommisjonen fant derfor at det var snakk om ikke-økonomisk aktivitet.⁴⁰

Vi antar at Kommisjonens tilnærming har overføringsverdi til tilfeller hvor utdanningsinstitusjoner tilbyr kurs rettet mot individer. Livslang læring er også et av målsetningene i EUs strategiske rammeverk for europeisk samarbeid innen utdanning og opplæring.⁴¹ Vi mener derfor at staten også kan definere etterutdanning som en del av det offentliges ansvar overfor befolkningen på utdanningsområdet. Hvis etterutdanning innlemmes i den solidariske finansieringsmodellen, vil det dermed være tale om ikke-økonomisk aktivitet.

Som fremstillingen viser, er ikke statsstøtterettens sontring mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet fullt ut sammenfallende med egenbetalingsforskriftens angivelse av unntak fra gratisprinsippet. Denne sontringen synes heller ikke å ha vært styrende for utformingen av egenbetalingsforskriften. Klassifisering av etter- og videreutdanning vil kunne variere, ut fra størrelsen på egenbetalingen. Når en utdanningsinstitusjon benytter hjemmelen i egenbetalingsforskriften til å kreve betaling for utdanning som kan anses å inngå i et alminnelig offentlig organisert studietilbud, vil størrelsen på egenbetalingen kunne innebære at utdanningen blir å anse som økonomisk aktivitet. Et visst økonomisk bidrag fra mottakeren av undervisningstjenesten kan aksepteres uten at tjenesten mister sin ikke-økonomiske karakter, men det bør være tale om en «monetary contribution that only covers a fraction of the true costs».⁴² Hvor grensen går lar seg vanskelig si med sikkerhet, men en egenbetaling tilsvarende 20 % av kostnadene må i hvert fall antas akseptabelt.⁴³ Trolig kan man også kreve langt høyere egenbetaling uten at utdanningstilbudet dermed blir å rubrisere som økonomisk aktivitet.

Støtte til ikke-økonomisk aktivitet utgjør ikke statsstøtte, og den er derfor ikke underlagt statsstøttereguleringens begrensninger. I den grad etter- og videreutdanningen rubriseres som økonomisk aktivitet, vil utdanningsinstitusjonen være å anse som et foretak for så vidt gjelder denne delen av virksomheten. Konsekvensen vil da være at institusjonen utøver både økonomisk og ikke-økonomisk virksomhet. Hvordan dette skal håndteres blir nærmere behandlet i punkt 5.3 nedenfor.

³⁹ Decision No. 244/14/COL.

⁴⁰ Se sak C(2008) 7519.

⁴¹ European Policy Cooperation (ET2020 framework).

⁴² ESAs retningslinjer punkt 2.6.

⁴³ Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund*

5. Utdanningsinstitusjoner kan utøve både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet

5.1 Innledning

En rekke aktører som yter tjenester som anses å utgjøre ikke-økonomisk aktivitet, yter også tjenester som i utgangspunktet er av økonomisk karakter. ESA har for eksempel lagt til grunn at fylkeskommunenes tilbud av tannhelsetjenester til særlige grupper, som barn og ungdom, psykisk utviklingshemmede og grupper av eldre, er ikke-økonomisk aktivitet, ettersom tjenestene i sin helhet finansieres av det offentlige og utelukkende har et sosialt formål. Fylkeskommunens tilbud av tannhelsetjenester til voksne betalende personer er derimot ansett økonomisk aktivitet, ettersom tjenestene tilbys mot betaling i konkurranse med private tannleger.⁴⁴

Også utdanningsinstitusjoner kan være involvert i både ikke-økonomisk og økonomisk virksomhet. Offentlig godkjent og finansiert utdanning vil normalt være å anse som ikke-økonomisk aktivitet, men dersom de samme institusjonene tilbyr kurs i markedet, vil dette være å anse som økonomisk aktivitet. ESA har lagt til grunn at en videregående skole som tilbyr maritim- og offshoreundervisning som en del av den offentlig finansierte videregående opplæringen, ikke utøver økonomisk aktivitet, men hvis kurset derimot tilbys en annen målgruppe mot betaling i konkurranse med andre aktører, vil det være snakk om økonomisk virksomhet.⁴⁵ I punkt 4.2 ovenfor har vi lagt til grunn at universiteter og høyskoler vil utøve økonomisk aktivitet i visse tilfeller, eksempelvis når de bedriver oppdragsfinansiert utdanning. Når en og samme virksomhet utøver både ikke-økonomisk og økonomisk aktivitet, skal enheten i utgangspunktet anses å være et «foretak» for så vidt gjelder utøvelsen av sin økonomiske aktivitet. Dette er et resultat av det funksjonelle foretaksbegrepet, se punkt 3 ovenfor.

5.2 Unntak for økonomisk virksomhet i beskjedent omfang?

Et særlig spørsmål er om aktører som yter tjeneste som utgjør ikke-økonomisk aktivitet, alltid vil være å anse som foretak etter statsstøttereglene hvis de også yter tjenester som i utgangspunktet er av økonomisk karakter. Hvis den økonomiske virksomheten er av begrenset omfang, og har nær sammenheng med den ikke-økonomiske aktiviteten, kan det argumenteres for at støttereglene ikke kommer til anvendelse.

Det finnes eksempler på at Kommisjonen og ESA ved vurderingen av økonomisk har aktivitet sett bort fra aktiviteter som anses som supplerende («ancillary»). Dette har blant annet vært tilfellet i saker om arbeidsmarkedstiltak for utviklingshemmede, der produkter som ble produsert og solgt som en del av den beskyttede virksomhetens aktiviteter ikke medførte at institusjonen ble ansett å være et foretak. ESA la vekt på at salget var «inextricably linked to the primary training activities and therefore ancillary to the main non-economic activity of the sheltered workshops under the AFT scheme» og videre at «sales income only accounts for about 16% of the income of sheltered workshops under the scheme.»⁴⁶

⁴⁴ ESAs vedtak nr. 460/13/COL.

⁴⁵ ESAs vedtak nr. 267/13/COL.

⁴⁶ Sak 78099 dokument 793921. Kommisjonen har formulert seg lignende i Sak N 558/2005 – Poland, Support to Establishments of Professional Activity, avsnitt 52 flg.

I ESAs retningslinjer om støttebegrepet omtales unntaket for «ancillary activities» under overskriften «Infrastruktur». Her heter det:

«If, 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 related to, and necessary for the operation of the infrastructure, or intrinsically linked to its main non-economic use.»

Slik retningslinjene er formulert, kunne en få inntrykk av at unntaket for «ancillary activities» bare gjaldt støtte til bygging og oppgradering av infrastruktur (investeringsstøtte). Ved en slik forståelse vil en kunne unnta fra statsstøttereguleringen støtte til oppføring og oppgradering av undervisningsbygninger og lokaler, men ikke tilskudd til selve driften.⁴⁷

Hvis vi ser hen til formuleringen av unntaket for «ancillary activities» i ESAs retningslinjer innenfor området for forskning, utvikling og innovasjon, synes midlertid også driftsstøtte å være omfattet:

«Where the research organisation or research infrastructure is used almost exclusively for a non-economic activity, its funding may fall outside state aid rules in its entirety, provided that the economic use remains purely ancillary, that is to say corresponds to an activity which is directly related to and necessary for the operation of the research organisation or research infrastructure or intrinsically linked to its main non-economic use, and which is limited in scope.»⁴⁸

Retningslinjene er ikke begrenset til å omhandle støtte til selve infrastrukturen, men gjelder også virksomheten som utøves ved slike forskningsinstitusjoner. Retningslinjene er sammenfallende med Kommisjonens retningslinjer. For aktiviteter innen forskning, utvikling og innovasjon legger altså Kommisjonen og ESA opp til at aktiviteten i sin helhet kan anses ikke-økonomisk så lenge den «ancillary» økonomiske aktiviteten utgjør en mindre del av institusjonens totale kapasitet.

Hvorvidt man kan se bort fra aktiviteter som kan anses «ancillary» og hva som eventuelt er innholdet i dette unntaket, ble drøftet av Generaladvokat Kokott i hennes uttalelse i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, som omhandlet skattefritak ved renovering av en katolsk utdanningsinstitusjon, som skulle benyttes til både ikke-økonomisk og økonomisk aktivitet.⁴⁹ Generaladvokaten ga uttrykk for at man kunne se bort fra den økonomiske aktiviteten hvis denne hadde et begrenset omfang. Foreløpig foreligger det ikke rettspraksis som uttrykkelig tar stilling til spørsmålet. EU-domstolen kommenterte ikke dette unntaket i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, og har heller ikke gått inn på dette i andre avgjørelser.⁵⁰ En kan derfor ikke med sikkerhet slå fast at en kan se bort fra «ancillary» virksomhet av økonomisk karakter.

⁴⁷ Hjelmeng-utvalget holder spørsmålet åpent, og begrenser seg til å skrive at det er «mulig at også driftsstøtte kan gis på bakgrunn av denne regelen uten at støtteregele kommer til anvendelse», jf. Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører s. 121.

⁴⁸ ESAs «Guidelines for research, development and innovation» avsnitt 20.

⁴⁹ Generaladvokatens uttalelse i sak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*

⁵⁰ Enkelte har tatt EU-domstolens avgjørelse i C-74/16 slik at EU-domstolen avviste eksistensen av et slikt unntak. Dette blir etter vårt syn å lese for mye inn i avgjørelsen.

Gode grunner taler likevel for å legge seg på Kommisjonens og ESAs linje. Trenden i de senere år har gått i retning av en forenklet og mer realistisk tilnærming i statsstøttekontrollen. Her kan det blant annet vises til at et omfattende gruppeunntak har kommet på plass, med uttalt mål om å fjerne 90 % av tidligere tiders notifikasjoner, og videre at EU-domstolen har hevet terskelen for å konstatere samhandelspåvirkning, slik at støtte til aktiviteter som utøves i lokale markeder nå i stor grad faller utenfor statsstøttereglene.⁵¹ Generaladvokatens begrunnelse for å se bort fra begrenset økonomisk virksomhet var også begrunnet i forenkling og avbyråkratisering: «Such a view of the matter is above all justified for reasons of simplification, and results in the least bureaucratic application possible of the provisions of EU law concerning State aid.»⁵²

Hvis vi legger til grunn at man kan se bort fra enkelte former for økonomisk virksomhet dersom denne er av begrenset omfang, gjenstår det å ta stilling til hva som ligger i at tjenestene må være «ancillary», og videre å fastsette en terskelverdi for det akseptable omfanget av slike kommersielle tjenester. For å kunne rubriseres som «ancillary», må det være tale om en aktivitet som er direkte relatert til og nødvendig for driften av forskningsorganisasjonen eller direkte knyttet til den primære ikke-økonomiske aktiviteten. I ESAs retningslinjer innenfor området for forskning, utvikling og innovasjon er vilkåret presisert slik:

«For the purposes of this framework, the Authority will consider this to be the case where the economic activities consume exactly the same inputs (such as material, equipment, labour and fixed capital) as the non-economic activities ...»⁵³

Likelydende formuleringer finnes i ESAs retningslinjer om støttebegrepet.⁵⁴

Det er ikke slik at enhver aktivitet som i utgangspunktet ville vært å anse som økonomisk aktivitet, kan unntas etter dette alternativet hvis den utgjør en mindre andel av institusjonens totale kapasitet. Unntaket må forstås snevert, og den økonomiske delen må ha en sammenheng med den ikke-økonomiske kjernevirksomheten. I Kommisjonens retningslinjer om støttebegrepet, trekkes det opp et skille mellom «ancillary» og «secondary economic activities», hvor det fremgår at sistnevnte er underlagt statsstøttereglene.⁵⁵ For å kunne anses som «ancillary», kreves det at aktiviteten benytter de samme innsatsfaktorer som hovedaktiviteten, slik som utstyr og arbeidskraft. Det innebærer etter vårt syn at salg av restkapasitet vil kunne falle inn under unntaket. Restkapasitet er definert slik av Hjelmeng-utvalget:

«Med restkapasitet eller overskuddskapasitet siktes det til de tilfeller der den offentlige enheten utøver en ikke-økonomisk aktivitet, men den tilbyr også tjenester i markedet fordi kapasiteten overstiger behovet for å utføre den aktuelle oppgaven.»⁵⁶

Som utvalget påpeker, vil offentlige aktørers overskuddskapasitet som tilbys i et marked i konkurranse med private tilbydere mot betaling, normalt måtte anses som EØS-rettslig økonomisk

⁵¹ Denne praksisen er beskrevet i ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet.

⁵² Premiss 54.

⁵³ Premiss 20

⁵⁴ Avsnitt 207.

⁵⁵ Se fotnote 306

⁵⁶ Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører s. 115.

aktivitet.⁵⁷ Likevel mener vi at en kan se bort fra en slik økonomisk aktivitet der denne er av begrenset omfang. Hvis en undervisningsinstitusjon derimot skulle utvikle og tilby egne undervisningsopplegg, som ikke inngår som en del av den offentlig finansierte utdanningen, vil man trolig være utenfor unntaket. Ettersom man da ikke fullt ut benytter samme «input», vil det snarere være snakk om en sekundær økonomisk aktivitet, med den konsekvens at utdanningsinstitusjonen vil bli å anse som et foretak.

Når det gjelder terskelverdien, har Kommisjonen og ESA i sine retningslinjer om støttebegrepet lagt til grunn at den økonomiske aktiviteten ikke må overstige 20 % av institusjonens totale kapasitet.⁵⁸ Dette er også gjentatt i de såkalte «analytical grids» som Kommisjonen har gitt ut etter utgivelsen av retningslinjene om støttebegrepet. Grid'ene gjelder støtte til infrastruktur, henholdsvis til «sports and multifunctional infrastructure» og «culture, heritage and nature conservation», og har likelydende formuleringer hvor det står følgende:

«Ancillary economic activities must remain limited in scope, as regards the capacity of the infrastructure. In this respect, the economic use of the infrastructure may be considered ancillary when the capacity allocated each year to such activity does not exceed 20 % of the infrastructure's overall capacity.»

I sin uttalelse i *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, mente imidlertid Generaladvokaten at grensen burde gå ved 10 %. Han viste til at 20%-regelen syntes myntet på infrastruktur, og for øvrig fremgikk av et ikke-bindende instrument:

«57. Under these circumstances, it does not appear to me that we are bound to apply the comparatively high threshold value of 20% mentioned by the Commission specifically for research infrastructure as a general rule for determining whether an activity is of an economic or non-economic nature.»

58. Instead, borrowing from the customary threshold values in competition law and in other areas relevant to the internal market, the presumption should be that, in a normal case, an economic activity, in contrast to non-economic activity, may be regarded as entirely ancillary only where it constitutes less than 10% of the relevant activity of the establishment concerned in the relevant sector (in this case 10% of the activity of the Congregación in the sector of school education provision).»

59. If, on the other hand, the economic activity of an establishment such as the Congregación amounts to 10% or more, such establishment must be deemed to be operating partly in an economic manner and partly in a non-economic manner. Accordingly, the preferential treatment accorded to it by the State, in this case, the tax exemption, would be deemed pro rata to be a possible benefit which would fall to be assessed in the light of the prohibition on State aid under Article 107(1) TFEU.»

⁵⁷ Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører s. 115

⁵⁸ ESAs retningslinjer avsnitt 305. Se også ESAs retningslinjer om støtte til forskning, utvikling og innovasjon avsnitt 20.

Generaladvokaten omtalte likevel denne terskelen som en tommelfingerregel («rule of thumb»)⁵⁹. Etter dette antar vi at en kan se bort fra «ancillary» økonomisk virksomhet i et omfang som ikke overstiger 10 % av institusjonens totale kapasitet. Trolig kan man også akseptere slik virksomhet i noe større omfang, uten at institusjonen dermed blir å anse som et foretak etter statsstøttereglene. Begrunnelsen for å se bort fra en mer begrenset økonomisk aktivitet knyttet til ikke-økonomisk kjernevirksomhet, er – i tillegg til argumentet om avbyråkratisering – at dette ikke vil anses å påvirke samhandelen. Dette tilsier at en ikke uten videre kan legge til grunn en terskelverdi på 20 %. Hvor grensen går er imidlertid ikke avklart. Så lenge ESA og Kommisjonen holder på 20%, og heller ikke gjør tegn til å endre syn, er det etter vårt syn ganske trygt for staten å legge seg på samme linje. Når en skal fastsette institusjonens årlige kapasitet, antar vi at en kan basere seg på antall årsverk, og en bør sørge for å dokumentere, gjerne ved hjelp av timelister, at den økonomiske aktiviteten ikke overstiger 20 % av kapasiteten.

Oppsummeringsvis mener vi at utdanningsinstitusjoner kan selge en ikke ubetydelig overskuddskapasitet i markedet uten at statsstøttereglene får anvendelse. Følgelig er det i slike tilfeller ikke nødvendig å skille mellom denne begrensede økonomiske aktiviteten og virksomhetens ikke-økonomiske virksomhet. Skulle den økonomiske virksomheten overstige hva er å anse som begrenset «ancillary activity», vil det være tale om blandet virksomhet, jf. like nedenfor.

5.3 Blandet virksomhet

Som det fremgår av fremstillingen ovenfor, kan utdanningsinstitusjoner opptre som foretak i situasjoner hvor de utøver økonomisk aktivitet i konkurranse med andre aktører. I slike tilfeller må en sikre at offentlig støtte ikke tilflyter den kommersielle delen av virksomheten. Dette omtales gjerne som kryssubsidiering. Begrepet er nærmere forklart i Hjelmeng-utvalgets rapport:

«I støtteren brukes begrepet kryssubsidiering om situasjoner der EØS-rettslig økonomisk aktivitet subsidieres med offentlige midler, direkte eller indirekte, uten at det fattes vedtak om støtte eller at det nødvendigvis er ønske om å støtte den EØS-rettslige økonomiske aktiviteten.»⁶⁰

Kryssubsidiering kan skje ved at den økonomiske aktiviteten benytter fellestjenester, som vaktmester, IT-tjenester og renhold, uten at aktiviteten bærer sin andel av kostnadene, eller ved at aktiviteten benytter lokaler uten å dekke kostnadene forbundet med dette. Konsekvensen av slik kryssubsidiering kan være at foretaket tilbyr sine konkurranseutsatte tjenester til en lavere pris enn sine konkurrenter, og dermed skader konkurransen på markedet.

For å sikre at offentlige midler ikke tilflyter den konkurranseutsatte delen, er det nødvendig å trekke opp et klart skille mellom den økonomiske og ikke-økonomiske delen av virksomheten. Dette kan gjøres ved å organisere de økonomiske aktivitetene i et eget rettssubjekt, alternativt ved å føre separate regnskaper for de økonomiske og de ikke økonomiske aktivitetene. Sistnevnte tiltak vil være et minstekrav for å overholde EØS-rettens krav. EU-domstolen har vært tydelig på at enheter

⁵⁹ Premiss 54.

⁶⁰ Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører s. 85.

står fritt til å bedrive både økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet, så lenge de opererer med separate regnskaper:

«In that context, it is possible that a single establishment may carry out a number of activities, both economic and non-economic, provided that it keep separate accounts for the different funds that it receives so as to exclude any risk of cross-subsidisation of its economic activities by means of public funds received for its non-economic activities.»⁶¹

For å forhindre at midler tildelt virksomhetens ikke-økonomisk aktivitet tilflyter den økonomiske virksomheten, må det etableres et system som sikrer at den økonomiske virksomheten betaler markedspris for alle relevante innsatsfaktorer. Der det ikke finnes noe marked, må prisen fastsettes mer skjønnsmessig, det avgjørende er at den økonomiske virksomheten dekker de relevante variable kostnadene, og også en forholdsmessig andel av de faste kostnadene.⁶²

ESAs retningslinjer for tjenester av allmenn økonomisk interesse (SGEI) angir når ESA vil anse støtte ment å kompensere for slike tjenester som forenlig med EØS-avtalen. I retningslinjenes del VI finner vi bestemmelser om fordeling av kostnader mellom SGEI og annen aktivitet. Her står følgende om kostnadsallokering:

“Where the undertaking also carries out activities falling outside the scope of the SGEI, the costs to be taken into consideration may cover all the direct costs necessary to discharge the public service obligations and an appropriate contribution to the indirect costs common to both the SGEI and other activities. The costs linked to any activities outside the scope of the SGEI must include all the direct costs and an appropriate contribution to the common costs. To determine the appropriate contribution to the common costs, market prices for the use of the resources, where available, can be taken as a benchmark. In the absence of such market prices, the appropriate contribution to the common costs can be determined by reference to the level of reasonable profit the undertaking is expected to make on the activities falling outside the scope of the SGEI or by other methodologies where more appropriate.”⁶³

Samlet vil separate regnskaper og korrekt kostnadsallokering bidra til å sikre at den offentlige støtten ikke overføres til den økonomiske delen av virksomheten. Det er virksomheten som må dokumentere at ulovlig kryssubsidiering ikke skjer. For å overholde EØS-rettens krav, må også virksomheter som driver både økonomisk og ikke-økonomisk virksomhet etablere et kontrollsystem som gjør det mulig for staten å sikre at det ikke finner sted noen slik kryssubsidiering. Regnskapene må gi tilstrekkelig informasjon til at tilsynsmyndighetene kan kontrollere at institusjonene bruker offentlige tilskudd i tråd med formålet.

⁶¹ Sak C-74/16, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* avsnitt 51.

⁶² I sak C-341/06 P *Chronopost*, uttalte EU-domstolen seg om hva som utgjorde korrekt pris for tjenester ytet fra det franske postvesen (en monopolbedrift) til et kommersielt datterselskap. Ettersom det ikke fantes noe regulært marked for de aktuelle infrastrukturtenestene, la domstolen til grunn at prisen måtte dekke de variable merkostnadene ved å tilby tjenesten, en passende andel av de faste kostnadene, samt en rimelig fortjeneste på investeringen som alt var gjort i infrastrukturen.

⁶³ Premiss 31.

6. Adgangen til å støtte den økonomiske delen av virksomheten: Særlig om tjenester av allmenøkonomisk interesse

6.1 Innledning

Vi har i det foregående konkludert med at universiteter og høyskoler ikke er å anse som foretak når de tilbyr undervisning som inngår i det alminnelige offentlige undervisningstilbud som hovedsakelig er finansiert av det offentlige. Institusjonene kan trolig også yte «ancillary» tjenester i et visst omfang uten at de dermed blir å anse som foretak underlagt statsstøttereglene. Hvis universiteter og høyskoler tilbyr undervisningstjenester i markedet som går ut over det som kan anses som «ancillary», blir de å anse som foretak etter EØS-avtalen artikkel 61 for så vidt gjelder denne delen av virksomheten.

UHR har i sin rapport lagt til grunn at staten ikke har anledning til å delfinansiere EVU-aktivitet som defineres som økonomisk aktivitet. Dette medfører ikke uten videre riktighet. Utgangspunktet er at kommersiell virksomhet må drives på forretningsmessig grunnlag. Staten er likevel ikke forhindret fra å yte støtte til studietilbud som rubriseres som økonomisk aktivitet. I det følgende vil vi redegjøre for alternative grunnlag for å kunne gi støtte til økonomisk virksomhet uten at støtten er ulovlig etter EØS-avtalen. I punkt 6.2, ser vi på den såkalte *Altmark*-doktrinen, som går ut på at det ikke foreligger statsstøtte dersom tjenesteyter ikke får noen økonomisk fordel. I punkt 6.3 ser vi på gruppeunntaket for *de minimis* støtte (bagatellstøtte), i punkt 6.4, ser vi nærmere på gruppeunntaket for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning, og i punkt 6.5 det generelle gruppeunntaket.

6.2 Ingen statsstøtte ved kjøp av allmenntilgjort tjenester til markedspris (*Altmark*-doktrinen)

Et vilkår for at et statlig tilskudd skal anses som statsstøtte er at de gir mottakeren en økonomisk fordel. Det vil normalt ikke være tilfellet der staten kjøper varer og tjenester til markedspris, ettersom mottaker da ikke mottar noen fordel utover normal betaling. I prinsippet skulle det samme gjelde for statens kjøp av allmenntilgjort tjenester. Her er imidlertid problemet at det ikke foreligger et velfungerende marked. Av den grunn kompenserer staten en leverandør for å levere tjenesten.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 59(2) at foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning bare skal være underlagt reglene om offentlig støtte i den utstrekning dette ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgavene som er tillagt dem. Det finnes ingen presis definisjon av hva som kan utgjøre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og hvilke tjenester som faller inn under denne kategorien er heller ikke regulert i TFEU eller EØS-avtalen. Tjenester av allmenn økonomisk betydning kan imidlertid beskrives som tjenester av økonomisk karakter som staten mener er viktige for innbyggerne og som ikke ville blitt levert på en tilfredsstillende måte hvis de var overlatt til markedet.

I utgangspunktet kan det å inngå en kontrakt om levering av en slik tjeneste mot at staten dekker kostnadene ved å levere tjenesten, gi en statsstøttemessig fordel. En viktig modifikasjon følger likevel av rettspraksis, gjennom den såkalte *Altmark*-doktrinen.⁶⁴ I nevnte avgjørelse, oppstilte EU-

⁶⁴ Sak C-280/00 *Altmark*.

domstolen fire vilkår som alle måtte være oppfylt for at medlemsstatenes tiltak overfor et foretak som er pålagt en offentlig tjenesteforpliktelse ikke skal anses som statsstøtte: 1) Foretaket må være gitt i oppdrag å utføre en klart definert tjeneste av allmenn økonomisk betydning, 2) metoden for beregning av kompensasjonen må være fastsatt på en objektiv og transparent måte, 3) kompensasjonen kan ikke overstige det som er nødvendig for å dekke alle eller deler av kostnadene, her hensyntatt eventuelle inntekter og en rimelig profittmargin og 4) tjenesteleverandøren må enten være valgt på grunnlag av en åpen anbudskonkurranse eller kompensasjonen må være basert på en analyse av hva det vil koste for et veldrevet, effektivt foretak å levere tjenesten. Der disse vilkårene er oppfylt, anses ikke statens vederlag som statsstøtte. Vilklårene er utformet for å sikre at statens tilskudd er begrenset til et reelt markedsmessig vederlag. Prinsippet er med andre ord basert på en ytelse mot ytelse-logikk. Der statens kompensasjon utelukkende kan anses å kompensere for tjenesten, er det ikke tale om statsstøtte.

Hvis en ønsker å delfinansiere etter- og videreutdanning, vil en i noen grad kunne tilpasse ordningen slik at vilklårene etter *Altmark*-dommen er oppfylt. Hver stat står forholdsvis fritt til å definere hvilke tjenester som er av allmenn økonomisk betydning.⁶⁵ Tjenester av allmenn økonomisk betydning kan typisk være transporttjenester, telekommunikasjon, posttjenester, men også utdanningstjenester kan falle innenfor. ESA og domstolene kan likevel gripe inn hvis en medlemsstat har begått en «manifest error» ved angivelsen av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.⁶⁶

Livslang læring er løftet frem som et politisk satsingsområde i tiden som kommer.⁶⁷ Livslang læring vil være en forutsetning for å legge til rette for omstilling og fornying i arbeidslivet, og Kunnskapsdepartementet har pekt på at universiteter og høyskoler må bidra i etter- og videreutdanningen.⁶⁸ Videreutdanning som gir grad, og muligens også utdanning som gir studiepoeng, må kunne defineres som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning hvis en utdanningsinstitusjon ikke er i stand til å tilby en slik tjeneste til en pris som markedet er villig til å betale. I slike tilfeller kan det åpnes for en samfinansiering, hvor staten gir tilskudd. Dette kan i prinsippet også gjelde etterutdanningstilbud, men her vil det gjerne finnes (potensielle) private tjenestetilbydere i markedet. Felles for begge kategorier, er at i den grad det finnes et velfungerende marked for denne typen tjenester, vil det ikke være behov for offentlige tilskudd.

I den grad staten skal gi tilskudd, må en påse at kompensasjonen ikke overstiger det som er nødvendig for å dekke alle eller deler av kostnadene. Når tjenesteleverandøren ikke er valgt ut på grunnlag av en åpen anbudskonkurranse, må kompensasjonen beregnes til og være basert på en analyse av hva som ville være nødvendige kostnader for et veldrevet selskap som tjenesteleverandør. En analyse vil være enklere å gjennomføre der andre, kjente aktører leverer samme tjeneste. Vi bemerker at kompensasjonen ikke kan beregnes sjablongmessig, eksempelvis ved å ta utgangspunkt i stykkprisfinansieringen, ettersom dette vil kunne føre til en overkompensasjon hvis kostnadene forbundet med utdanningen reelt sett er lavere.

Hvis de fire *Altmark*-kriteriene ikke er oppfylt, vil ordningen som utgangspunkt måtte anses som støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61, og spørsmålet blir da om en offentlig kompensasjon til

⁶⁵ Jf. C-275/92 *Schindler* premiss 61 og T-106/95 *FFSA* premiss 99.

⁶⁶ Jf. E-9/04 *Islands husbank*, premiss 65 og E-4/97 *Husbanken II* premiss 47.

⁶⁷ Se blant annet Meld. St. 16 (2016/2017).

⁶⁸ Jf. Kunnskapsdepartementets tildelingsbrev 2018.

tjenesteleverandøren likevel kan godkjennes etter EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2. I det følgende drøftes unntaket for bagatellmessig støtte og gruppeunntaket for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning. Hvis en støtteordning verken oppfyller kriteriene oppstilt i *Altmark* eller i de nevnte unntakene, må støtten notiseres ESA og godkjennes før den iverksettes. ESAs retningslinjer om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning, gir veiledning om hvilke vilkår som må være oppfylt for at ESA skal godkjenne tiltaket. Vurderingstemaet er langt på vei sammenfallende med det som er oppstilt i *Altmark*.

6.3 Bagatellmessig støtte

Forordningen om bagatellmessig (*de minimis*) støtte (forordning (EU) No 1407/2013) åpner for at staten kan tildele bagatellmessig støtte uten å måtte notisere ESA.⁶⁹ For å komme inn under forordningen, kan ikke støtten til en enkelt virksomhet overstige 200 000 Euro over en periode på 3 regnskapsår, jf. artikkel 3(2). Bakgrunnen for unntaket er at beløp av en slik størrelsesorden antas ikke å være konkurransevridende eller å påvirke samhandelen. For tjenester av allmenn økonomisk betydning, finnes en egen forordning om bagatellmessig støtte (forordning (EU) No 360/2012). Her kan en enkelt virksomhet motta opp til 500 000 Euro i støtte over en treårsperiode, uten å måtte notisere støtten. Hvis tjenesteyteren ikke mottar offentlig støtte utover dette beløpet, vil vilkåret om samhandelspåvirkning ikke være oppfylt, og støtten faller derfor utenfor statsstøtteforbudet i EØS-avtalen artikkel 61(1).

6.4 Gruppeunntaket for finansiering av tjenester av allmenn økonomisk betydning

Kommisjonsbeslutning 2012/21/EU regulerer når offentlig støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning kan anses forenlig med EØS-avtalen artikkel 59(2). Beslutningen gjelder tilfeller der den offentlige kompensasjonen ikke overstiger 15 millioner euro årlig, og oppdraget ikke har en varighet som overstiger 10 år.⁷⁰ For at støtten skal være lovlig, må foretaket være forpliktet til å yte tjenesten gjennom en bindende rettsakt, som angir forpliktelsens art og varighet og prinsipper for beregning av kompensasjon. Støtten skal være begrenset til å dekke kostnadene forbundet med å levere den allmenntjenlige tjenesten, inkludert en rimelig fortjeneste.

Dersom foretaket i tillegg til å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning også yter andre typer tjenester, må en sikre at det ikke finner sted ulovlig kryssubsidiering. Relevante tiltak vil her være regnskapsmessig skille og korrekt kostnadsallokering, jf. punkt 5.3 ovenfor. En plikt for virksomheter som kompenseres for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning til å føre separate regnskaper følger av Forskrift til regnskapsloven (FOR-2006-09-07-1062) § 9-1-1. Plikten faller bort hvis kompensasjonen «ble fastsatt for en passende periode etter en åpen og oversiktlig framgangsmåte uten forskjellsbehandling», jf. forskriften § 9-1-1.

6.5 Det alminnelige gruppeunntaket (GBER)

Kompetanse Norge har reist spørsmål ved om det alminnelige gruppeunntaket (på engelsk General block exemption regulation – GBER) kan komme til anvendelse, og særskilt vist til unntaket for

⁶⁹ Forskrift 14. november 2008 nr. 1213. om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte § 2

⁷⁰ Unntak gjelder for særlige typer tjenester, som helsetjenester og barnevern.

opplæring. Gruppeunntaket fremgår av forordning (EU) nr. 651/2014, og er en del av EØS-avtalen.⁷¹ Forordningen innebærer at en rekke former for statsstøtte skal anses å være forhåndsgodkjent, slik at notifikasjon og nærmere vurdering ikke er nødvendig.

Gruppeunntaket åpner for at det, på nærmere vilkår, er tillatt å dele ut støtte til blant annet «*aid for research and development and innovation*», jf. artikkel 1 d, og «*training aid*», jf. artikkel 1 e. Førstnevnte unntak gjelder støtte til forskningsprosjekter og forskningsinfrastruktur, jf. artikkel 4. Det følger av artikkel 25(2) at støtten må gjelde grunnforskning, industriell forskning, eksperimentell utvikling eller forstudier, hvilket innebærer at unntaket ikke vil være anvendelige på utdanning.

«*Training aid*» omfatter både bedriftsspesifikk opplæring, knyttet til den nåværende eller fremtidige stillingen til arbeidstakerne i mottakerbedriften, og generell opplæring som også kan kvalifisere arbeidstakere til andre typer jobber. Omtalen av dette unntaket i preambelen trekker klart i retning av at det er snakk om støtte som gis direkte til bedriften.⁷² I Kommisjonens retningslinjer er unntaket begrunnet med at det foreligger markedssvikt, ettersom en bedrift vil kunne se seg lite tjent med å investere i opplæring. Forordningen må tolkes slik at unntaket for «*training aid*» er anvendelig i tilfeller hvor støtten gis til bedriften som tilbyr slik opplæring. En kan ikke gi støtte direkte til en utdanningsinstitusjon med hjemmel i dette unntaket.

Kompetanse Norge synes å legge til grunn at det er universitetene og høyskolene som er støttegivere, når de spør om det er «noe i veien for at universitetene (på lik linje med direktorater) kan benytte opplæringsunntaket for å subsidiere kostnader av etter- og videreutdanning». Vi bemerker at det er *staten*, og ikke utdanningsinstitusjonen, som er å anse som støttegiver i denne forbindelse. Det kreves at støtten kan tilskrives staten (er «*imputable to the state*»), og dette vilkåret vil ikke være oppfylt hvis en utdanningsinstitusjon på eget initiativ subsidierer opplæringstjenester.⁷³ Vilkaåret kan derimot være oppfylt i de tilfellene staten står bak en beslutning om å støtte bedriftene ved å gi dem subsidierte utdanningstjenester. Staten kan gi støtte som *kanaliseres til bedriftene gjennom utdanningsinstitusjonene*. I en slik situasjon vil utdanningsinstitusjonene bare være et mellomledd, og bedriftene vil anses som de reelle støttemottakerne. I ESAs retningslinjer innenfor området for forskning, utvikling og innovasjon står følgende:

«21. [Where research organisations or research infrastructures are used to perform economic activities, such as renting out equipment or laboratories to undertakings, supplying services to undertakings or performing contract research, public funding of those economic activities will generally be considered State aid.]

22. However, the Authority will not consider the research organisation or research infrastructure to be a beneficiary of State aid if it acts as a mere intermediary for

⁷¹ Regelverket er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift av 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

⁷² Se avsnitt 53 i preambelen.

⁷³ Se for eksempel sak C-482/99, *Stardust Marine* [2002] premiss 24. Her uttalte EU-domstolen at «the mere fact that a public undertaking is under State control is not sufficient for measures taken by that undertaking, such as the financial support measures in question here, to be imputed to the State. It is also necessary to examine whether the public authorities must be regarded as having been involved, in one way or another, in the adoption of those measures», jf. premiss 52.

passing on to the final recipients the totality of the public funding and any advantage acquired through such funding. This is generally the case where:

(a) both the public funding and any advantage acquired through such funding are quantifiable and demonstrable, and there is an appropriate mechanism which ensures that they are fully passed on to the final recipients, for example through reduced prices; and

(b) no further advantage is awarded to the intermediary because it is either selected through an open tender procedure or the public funding is available to all entities which satisfy the necessary objective conditions, so that customers as final recipients are entitled to acquire equivalent services from any relevant intermediary.

23. Where the conditions in point 22 are fulfilled, State aid rules apply at the level of the final recipients.»

I et slikt tilfelle vil utdanningsinstitusjonene være å anse som «vehicles used to pass on public funding to [final recipients].»⁷⁴ Hvorvidt støtte til en utdanningsinstitusjon kan anses som indirekte støtte til bedrifter vil avhenge av hvordan støtteordningen er lagt opp. Hvis staten instruerer utdanningsinstitusjonen om at bevillingen skal benyttes til bedriftsopplæring vil man kunne anse institusjonen som et mellomledd. Hvis institusjonen derimot gis fleksibilitet med hensyn til bruken av midlene, slik at det er overlatt til institusjonen å vurdere hvorvidt bedriftsrettet opplæring skal prioriteres, vil man ikke lenger kunne anse utdanningsinstitusjonen som et rent mellomledd som videreformidler støtten på vegne av staten.

Hvis staten yter tilskudd til bedriftene gjennom utdanningsinstitusjonene, vil unntaket for «training aid» kunne anvendes. En må likevel påse at støtteintensiteten ligger innenfor forordningens rammer. Støtte til opplæring skal som utgangspunkt være begrenset til 50 % av kostnadene forbundet med opplæringen, men kan økes med 10 prosentpoeng dersom støtten ytes til mellomstore bedrifter og med 20 prosentpoeng dersom støtten ytes til små bedrifter, jf. gruppeunntaksforordningen artikkel 31(4). Støtten kan ikke overstige 2 millioner euro per opplæringsprosjekt, jf. artikkel 4(n). Videre gjelder gruppeunntaket for «training aid» bare støtte som har incentivvirkninger, med andre ord støtte som bidrar til å endre adferden til støttemottakeren. Det kreves at den samfunnsnyttige aktiviteten støtten skal tilgodese, ikke ville blitt utført uten støtten, eller i det minste ville blitt utført i en begrenset eller annerledes form. Støtte må derfor være nødvendig for å stimulere bedriftene til å benytte etter- og videreutdanning i ønsket omfang. Videre må støttemottaker før aktiviteten går i gang har søkt om støtte, jf. artikkel 6.

7. Avsluttende merknader

Som fremstillingen viser, vil støtte til utdanningstjenester som den store hovedregel gå klar av EØS-avtalens statsstøtteregler. Hvis utdanningstjenesten ytes i henhold til et solidaritetsprinsipp og er forankret i statens ansvar overfor befolkningen, vil den være å anse som ikke-økonomisk aktivitet. Institusjonen vil da ikke være et «foretak», og støtte til slik virksomhet faller derfor utenfor EØS-

⁷⁴ Kommisjonsbeslutning (EU) 2017/1861 premiss 402, som omhandlet indirekte støtte til flyselskaper.

avtalens statsstøtteregler. Slik vi ser det, kan en også trygt basere seg på at det eksisterer et unntak for «ancillary activities», slik at en institusjon står fritt til å selge en restkapasitet på minst 10 % i markedet, trolig også opp mot 20 %, uten dermed å bli ansett som et «foretak». Utover det, vil utdanningstjenester som ytes mot betaling være å anse som økonomisk aktivitet, underlagt statsstøttereglene.

Staten vil ikke nødvendigvis være avskåret fra å yte støtte til utdanningsinstitusjoners økonomiske virksomhet. For at det skal foreligge statsstøtte, er det ikke tilstrekkelig at offentlige midler tilflyter en virksomhets økonomiske aktivitet. Det kreves i tillegg at de øvrige vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt: støttemottaker må få en økonomisk fordel, støtten må være selektiv, og den må vri eller true med å vri konkurransen og være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området. Selv om et tiltak utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61(1), inneholder regelverket likevel en rekke åpninger for å gi støtte. Unntakene for bagatellmessig støtte og gruppeunntaket for tjenester av allmenn økonomisk interesse er særlig relevante.

Risikoen for om vilkårene for å gjøre bruk av unntakene er oppfylt påhviler staten. Konsekvensen av at notifikasjonspliktig støtte iverksettes uten godkjenning fra ESA kan være at ulovlig tildelt støtte må kreves tilbakebetalt fra støttemottakeren.⁷⁵ Hvis staten skulle være i tvil om et planlagt tiltak er forenlig med EØS-avtalens statsstøtteregler, kan det være hensiktsmessig å notifisere planene til ESA, og dermed sikre nødvendig forutberegnelighet. Det er fullt mulig å notifisere en ordning til ESA for å få bekreftet at en offentlig finansiering ikke vil være å anse som statsstøtte. Et annet alternativ er å henvende seg til ESA med sikte på mer uformelle drøftelser. I slike samtaler vil ESA kunne gi signaler om det er hensiktsmessig å notifisere de relevante planene.

⁷⁵ Lov om offentlig støtte § 5, forskrift om offentlig støtte § 5 og ODA-protokoll 3, del II artikkel 14 angir når og hvordan ulovlig støtte skal tilbakebetales.