

Til: Kopano AS
Fra: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS

Ansvarlig advokat:
Anders Thue

Vår ref.:
90498 501 ANT/EKL

Oslo
30. november 2023

OVERSIKT – REGELVERK OM OFFENTLIG INNSYN OG KONKURRANSE

1 Innledning og bakgrunn

Kopano AS ("Kopano") er sentralleddet i en landsdekkende kjede ("Kopano-kjeden") av offentlig eide arbeids- og inkluderingsbedrifter, hvor kommunalt eide arbeids- og inkluderingsbedrifter er medlemmer. Flere av medlemmene eier også en mindre andel av aksjene i Kopano, noe som er en ganske alminnelig måte å organisere slike kjeder på.

I en konkurranse fra NAV om anskaffelse av arbeidsmarkedstiltaket "Oppfølging", inndelt i fire delkontrakter (fire delområder i Møre- og Romsdal), hvor ulike Kopano-medlemsbedrifter vant alle delkontraktene, har konkurrerende tilbydere klaget inn NAV til Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA").¹ En anførsel i klagen er at det er "klare holdepunkter" for at medlemsbedriftene i Kopano har deltatt i et ulovlig anbudssamarbeid i strid med konkurranseloven § 10.² Hvis det hadde foreligget slike klare holdepunkter, så ville oppdragsgiver (NAV) hatt rett til å avvise medlemsbedriftene, jf. forskrift om offentlige anskaffelser ("FOA") § 24-2 tredje ledd bokstav e.³ Klagerne anfører at det også foreligger avvisningsplikt. Konkurranseregulering i form av konkurranselovgevingen er da relevant.

Disse konkurrentene ønsker også å angripe Kopano-systemet på en mer grunnleggende måte, f.eks. med henblikk på organiseringen av de kommunalt eide medlemsbedriftene og finansieringen av tjenestene de tilbyr. For dette formålet synes f.eks. Bedriftsakademiet å ha sendt ut omfattende innsynsbegjæringer til eierkommunene til medlemsbedriftene i Kopano. Et eksempel på dette er en nylig innsynsbegjæring hvor Bedriftsakademiet bl.a. har bedt om "innsyn i all dokumentasjon og kommunikasjon i anledning av at ASKI AS, eid av Karmøy kommune (57,67 %), har gått inn som medlem av den landsdekkende kjeden Kopano i 2021", samt "innsyn i dokumentasjon fra Karmøy kommune knyttet til AFT/VTA-godkjenning av ASKI AS".⁴ Det fremgår av innsynsbegjæringen at Bedriftsakademiet ønsker å se på om det kan foreligge ulovlig statsstøtte til medlemsbedrifter i Kopano, f.eks. i form av potensielt ulovlig kryssubsidiering mellom ulike deler av arbeids- og inkluderingsstiltakstjenestene medlemmene leverer; arbeidsforberedende trening ("AFT"), varig tilrettelagt arbeid ("VTA") og annen virksomhet.⁵

¹ Klage til KOFA datert 3. november 2023, inngitt fra Ræder Bing Advokatfirma AS på vegne av Bedriftsakademiet, Infront og Falck.

² LOV-2004-03-05-12 (konkurranseloven).

³ FOR-2016-08-12-974 (anskaffelsesforskriften).

⁴ E-post med innsynsbegjæring fra Bedriftsakademiet, videresendt fra Kopano til SVW den 25. november 2023.

⁵ I henhold til NAVs "Prinsipper for godkjenning av tiltaksarrangører av AFT/VTA" (2. desember 2020) skal det – som hovedregel – føres separate regnskaper fra godkjente tiltaksarrangører hvis de leverer andre tjenester enn AFT/VTA (som skal være primærvirksomheten), og andre anbudsutsatte arbeidsmarkedstiltak kan – som hovedregel – ikke leveres fra samme godkjente selskapet som leverer AFT/VTA.

Konkurranseregelverk i form av statsstøttelovgivningen er dermed også relevant for Kopano å vurdere.⁶ Innsynsbegjæringene reiser også spørsmål knyttet til offentlighetslovgivningen, dvs. hva det kan kreves innsyn i, og hva som kan unntas fra innsyn. Offentlig innsyn er regulert i offentleglova med forskrifter.⁷

2 Regelverk om offentlig innsyn

2.1 Forvaltningslovgivningen og offentleglova

2.1.1 Formål og hovedregel – offentleglova § 3

Offentleglovas formål er å legge til rette for at offentlig virksomhet er åpen og gjennomiktig for på den måten å styrke informasjons- og ytringsfriheten, den demokratiske deltagelsen, rettssikkerheten for den enkelte, og allmennhetens tillit til og kontroll med det offentlige, jf. formålsbestemmelsen i lovens § 1.

Hovedregelen er offentlighet, dvs. at det skal gis innsyn til enhver som ber om det, med mindre unntak fra innsynsretten følger av lov eller forskrift, jf. lovens § 3. Det kreves altså særskilt hjemmelsgrunnlag i form av lov eller forskrift for å gjøre unntak. De praktisk viktigste unntakene fremgår i offentleglova selv. Hvis det først foreligger et unntak, så er hovedregelen at det kun er opplysninger som er omfattet av et unntak som skal "sladdes", dvs. slik at det likevel kan gis delvis innsyn i resten, med mindre opplysningene som det da gis innsyn i blir klart misvisende eller utgjør den vesentligste delen av dokumentet, jf. lovens § 12.

2.1.2 Virkeområde

Offentleglova gjelder bl.a. for staten, fylkeskommuner og kommuner, jf. lovens § 2 første ledd bokstav a. Det er dermed på det rene at eierkommunene til Kopanos medlemsbedrifter er omfattet av regelverket.

Loven gjelder videre for selvstendige rettssubjekt, f.eks. et aksjeselskap, der hvor stat, fylkeskommune eller kommune "*direkte eller indirekte*" har en eierandel som tilsvarer mer enn halvparten av stemmene (for aksjeselskap betyr dette i praksis normalt mer enn 50 % av aksjene), jf. lovens § 2 første ledd bokstav c. Dette er likevel bare et utgangspunkt. I lovens § 2 annet ledd fremgår det at "*bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private.*" Offentlig eide selskaper som konkurrerer med privateide selskaper på samme rammevilkår vil dermed likevel være unntatt fra virkeområdet til offentleglova. Det må vurderes konkret for hvert enkelt selskap, men det må kunne legges til grunn som et klart utgangspunkt at alle Kopano-medlemmer faller utenfor offentleglova i medhold av denne bestemmelsen.

I eksempelet med Karmøy kommune som eier av ASKI AS (57,67 %), så følger det altså av dette at ikke bare Karmøy kommune er omfattet av regelverket, men potensielt også ASKI AS, som kommunen eier i kraft av sin direkte eierandel (57,67 %), med mindre ASKI AS kan anses som et selskap som konkurrerer med private på en måte som gjør at selskapet likevel ikke er omfattet av offentleglova. Det samme vil gjelde datterselskapet ASKI Arbeid og Inkludering AS, som er heleid (100 %) av ASKI AS, og dermed indirekte eies av kommunen. Avgjørende også for om det selskapet er omfattet av offentleglova vil være om det driver virksomhet i konkurranse med privateide selskaper, på samme rammevilkår som private.

Innsynsreglene gjelder dokumenter. Dokumentbegrepet er vidt og omfatter alle filer og formater, både fysisk og digitalt, der informasjon er lagret, jf. lovens § 4. Forutsetningen er likevel at den det begjæres

⁶ Statsstøtte er regulert i EØS-avtalen del IV kap. 2 om statsstøtte, samt LOV-2022-03-04-7 (støtteprosessloven) med forskrifter.

⁷ LOV-2006-05-19-16 (offentleglova) og FOR-2008-10-17-1119 (offentlegforskrifta).

innsyn hos har dokumentet i sin besittelse.⁸ I offentligforskrifta er det likevel bl.a. gjort et særskilt unntak for "*dokument hos arbeidsmarknadsforetak godkjent av Arbeids- og velferdsetaten (NAV) som gjeld enkeltpersonar som får bistand frå foretaket*", jf. forskriftens § 1 tredje ledd bokstav c.⁹ Det er altså slik at offentliglova ikke gjelder for dokumenter i saker som gjelder enkeltpersoner som er satt på NAV-tiltak. Dokumenter som kun handler om virksomheten til arbeids- og inkluderingsbedrifter generelt, og ikke om enkeltsaker om enkeltpersoner, er likevel omfattet av regelverket og hovedregelen om offentlighet (dersom virksomheten er omfattet, jf. ovenfor).

2.1.3 Unntak fra innsynsretten

Den antagelig praktisk viktigste regelen om unntak fra innsyn er offentliglova § 13, som gjør unntak for opplysninger som er underlagt lovbestemt taushetsplikt, jf. taushetsplikten i forvaltningsloven § 13.¹⁰

Den lovbestemte taushetsplikten under forvaltningsloven § 13 første ledd omfatter "*noens personlige forhold*", jf. 1. punkt, og "*tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den opplysningen angår*", jf. 2. punkt. Sistnevnte er unntaket for forretningshemmeligheter, og kan påberopes av eierkommunene selv og aksjeselskapene de eier med minst 50 % (medlemsbedriftene), jf. offentliglova § 13 annet ledd.

Av departementets veileder til offentliglova fremgår det at det sentrale vurderingstema for å avgjøre når en opplysning kan være en forretningshemmelighet, er om opplysningen, dersom den blir kjent enten direkte eller ved at konkurrenter kan utnytte den, vil kunne føre til økonomisk tap eller redusert gevinst.¹¹ Kort fortalt kreves det at opplysningene må være hemmelige (ikke offentlig kjent), at de må gjelde næringsopplysninger av en art som gjør at andre potensielt kan utnytte disse (sensitive), samt at det potensielt kan påføre økonomisk tap om opplysningen kommer ut til andre (fare for økonomisk tap).

Departementets veileder nevner forskjellige eksempler på opplysninger som normalt ikke vil utgjøre forretningshemmeligheter: Generelle opplysninger om den økonomiske stillingen til en virksomhet vil normalt ikke være undergitt taushetsplikt. Det samme gjelder opplysninger om administrative forhold i en virksomhet, f.eks. opplysninger om organisasjonsmodellen.

Kravet fra Bedriftsakademiet om innsyn i "*all dokumentasjon og kommunikasjon i anledning av at ASKI AS, eid av Karmøy kommune (57,67 %), har gått inn som medlem av den landsdekkende kjeden Kopano i 2021*", og som dessuten er svært vidt og lite spesifikt formulert, kan antagelig helt eller i stor grad avslås med hjemmel i offentliglova 13, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd 2. pkt. (forretningshemmeligheter). Dokumentasjon fra ASKI AS kan også holdes tilbake uhindret av offentliglova såfremt det dreier seg om dokumenter som kun er i selskapets besittelse hvis selskapet konkurrerer på samme vilkår som private, jf. offentliglova § 2 annet ledd. Merk likevel at spørsmålet om medlemsbedriftene i Kopano-systemet og hvert av de ulike selskapene som ligger i "konsernstrukturen" til medlemsbedriftene er omfattet av offentliglova, ikke kan besvares generelt, men må vurderes konkret for hvert enkelt selskap basert på hvilken virksomhet det enkelte selskapet driver med og hva som er rammebetingelsene for aktivitetene.

Utover unntaket for opplysninger underlagt lovbestemt taushetsplikt, inneholder offentliglova også en rekke andre unntakshjemler, jf. lovens §§ 14 til 26.¹² Unntakene for organinterne dokumenter (§ 14) og

⁸ Den som mottar kravet om innsyn kan likevel ha plikt til å utarbeide (nye) sammenstillinger av dokumenter som er lagret i databaser mv. ettersom innsynsretten etter offentliglova også omfatter en rett til å kreve innsyn i en sammenstilling fra databaser, jf. lovens § 9.

⁹ FOR-2008-10-17-1119 (offentligforskrifta).

¹⁰ LOV-1967-02-10 (forvaltningsloven).

¹¹ Rettleiar til offentliglova (G-2009-419 (G-0419), på s. 84-85, jf. også NOU 2012:7, på s. 171.

¹² § 14 (organinterne dokumenter); § 15 (dokumenter innhentet utenfra for intern saksforberedelse); § 16 (interne dokumenter hos kommuner og fylkeskommuner); § 17 (visse dokumenter som gjelder Det Kongelige Hoff); § 18 (rettssaksdokumenter); § 19 (dokument

dokumenter innhentet utenfra for den interne (organinterne) saksforberedelsen (§ 15) regulerer ikke uttrykkelig korrespondanse mellom f.eks. en kommune og et kommunalt eid aksjeselskap. Aksjeselskap, som er selvstendige rettssubjekter, er likevel alltid å anse som egne organer etter offentleglova, slik at korrespondanse mellom aksjeselskap og en eierkommune uansett ikke være å anse som organintern. Slike aksjeselskaper er heller ikke å anse som underordnede organer av kommunen.¹³ Dermed kan ikke offentleglova §§ 14 eller 15 tjene som hjemmel for å unnta dokumenter utvekslet mellom f.eks. Karmøy kommune og ASKI AS fra innsyn. Også her vil kommunen måtte gjøres en endelig vurdering ut fra dokumentene og opplysningene konkret.

Offentleglova § 23 første ledd og fjerde ledd kan være relevant i noen sammenhenger, men også dette må vurderes konkret: "Det kan gjerast unntak frå innsyn for opplysningar når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg gjennomføring av økonomi-, lønns-, eller personalforvaltninga til organet.

[...]

Det kan gjerast unntak frå innsyn for dokument som gjeld selskap der staten eller ein kommune eller fylkeskommune har eigarinteresser, og som blir behandla av vedkommande organ som eigar, dersom selskapet ikkje er omfatta av verkeområdet for lova her".

2.1.4 Konkrete kommentarer til det det bes om innsyn i

Innsynsbegjæringen må vurderes konkret av kommunen, men her er våre foreløpige kommentarer. Innsynsbegjæringen siteres og våre foreløpige kommentarer er inntatt i rødt:

"Vi ber herved om innsyn i all dokumentasjon og kommunikasjon i anledning av at ASKI AS, eid av Karmøy kommune (57,67%), har gått inn som medlem av den landsdekkende kjeden Kopano i 2021. [Dette fremstår som for lite spesifikt til å være en innsynsbegjæring som kan etterkommes.]

ASKI AS er i dag partnermedlem i Kopano som innebærer at Karmøy kommune er indirekte medeier i Kopano. [Dette er feil. De er ikke medeier.] Vi ber om en vurdering fra Karmøy kommune på hvordan Karmøy kommune som eier stiller seg til Kopano som en aktør som jobber for å fremme anbudssamarbeid mellom medlemmer av Kopano i hele Norge. [Dette er ikke en innsynsbegjæring. Dette er ufunderte påstander som i seg selv kan være i strid med konkurranseloven] Her viser vi til dagsaktuell KOFA-sak datert 03.11.2023, saksnr. 2023/1006, Prioritert rådgivende sak (Innklaget: NAV Møre og Romsdal).

Vi ber også om innsyn i dokumentasjon fra Karmøy kommune knyttet til AFT/VTA-godkjenning av ASKI AS:

1. Med bakgrunn Riksrevisjonens rapport ("Undersøkelse av NAVs forvaltning av tilskudd til arbeidsmarkedstiltak", offentliggjort 03.11.2020) ble det utarbeidet nye Prinsipper for godkjenning av tiltaksarrangører av AFT/VTA datert 02.12.2020.

- Vi ber om å få oversendt godkjenning i henhold til disse prinsippene for henholdsvis virksomheten, datterselskaper som tidligere har levert AFT/VTA, og datterselskaper som pr i dag leverer AFT/VTA. [Innsyn er bare aktuelt dersom dette er dokumenter kommunen besitter. Forretningshemmeligheter må sladdes.]*
- Vi ber om å få oversendt samtlige dokumenter knyttet til den enkelte virksomhet, fra prinsippene ble vedtatt til dags dato. [Innsyn kan bare kreves i dokumenter kommunen besitter.]*

utvekslet i konsultasjoner med Sametinget); § 20 (opplysninger som kan skade Norges utenrikspolitiske interesser); § 21 (opplysninger som kan skade Norges forsvars- og sikkerhetsinteresser); § 22 (dokumenter i visse budsjettsaker); § 23 (opplysninger som kan skade det offentlige forhandlingsposisjon); § 24 (opplysninger som kan skade kontroll- og reguleringsstiltak mv.); § 25 (dokumenter i saker om ansettelse, lønnsoppgaver mv. i det offentlige); § 26 (eksamensdokumenter, forskningsopplysninger og fødselsnummer mv.)

¹³ Lovkommentar (Karnov) til offentleglova, med henvisning til Ot.prp. nr. 102 (2004-2005), på s. 138.

Dette fremstår dessuten som for lite spesifikt til å være en innsynsbegjæring som kan etterkommes.]

2. Det er et krav til overnevnte virksomhet (godkjente bedrifter for AFT og VTA) å føre separate regnskap for henholdsvis AFT, VTA og annen virksomhet. Det er også utbytte-forbud samt krav om at overskudd skal forbli i virksomheten og komme formålet og deltakerne til gode. Vi viser her til malen som Riksrevisjonen har utarbeidet samt Arbeids- og Velferdsdirektoratets årsrapport for 2021 (datert 15.03.2022) som bekrefter at denne malen er tatt i bruk. Vi viser også til "Prinsipper for godkjenning av tiltaksarrangører" som pålegger NAV en plikt til å utføre stikkprøver for å etterprøve at det ikke foreligger ulovlig statsstøtte mm.

- Vi ber om å få oversendt siste tiltaksspesifiserte regnskap for de nevnte virksomhetene (morselskap og datterselskaper). **[Innsyn er bare aktuelt dersom dette er dokumenter kommunen besitter. Forretningshemmeligheter må sladdes.]**
- Vi ber om å få oversendt rapport fra stikkprøvekontrollene av virksomhetene **[Innsyn er bare aktuelt dersom dette er dokumenter kommunen besitter. Forretningshemmeligheter må sladdes.]**
- Vi ber om å få redegjort for bruk av konsernbidrag i virksomhetene **[Dette er ikke en innsynsbegjæring.]**

Vi ber videre om innsyn i all kommunikasjon mellom Kompetansemiljøet for forhåndsgodkjenning og gjeldende virksomheter fra 01.01.2023 til dags dato." **[Dette fremstår som for lite spesifikt til å være en innsynsbegjæring som kan etterkommes.]**

3 Regelverk om konkurranse

3.1 Konkurranselovgivningen

3.1.1 Formål og hovedregel – konkurranseloven § 10

Hovedregelen etter konkurranseloven § 10 er at avtaler eller samordnet opptreden (f.eks. "gentlemen's agreements") som inngås mellom foretak og er egnet til å begrense konkurransen etter sitt formål eller virkning er forbudt.

Tre vilkår må altså være oppfylt: For det første må det foreligge en avtale eller samordnet opptreden. For det andre må den være etablert mellom (uavhengige) foretak. For det tredje må den etter sitt formål eller virkning begrense konkurransen. En markedsdeling mellom faktiske eller potensielle konkurrenter anses normalt som et kartell, og vil også normalt bli vurdert som en særlig alvorlig overtredelse av loven. Det samme gjelder "bid-rigging", dvs. en situasjon hvor faktiske eller potensielle konkurrenter i et anbud f.eks. inngir anbud i samme konkurranse, men hvor disse har avtalt på forhånd hvem som skal vinne hva. Også utveksling av f.eks. priser mellom konkurrenter i et anbud vil klart utgjøre en formålsovertredelse.

3.1.2 Nærmere om konkurranseloven § 10

Kopano er altså en landsdekkende kjede av arbeids- og inkluderingsbedrifter, der kjedemedlemmene er eid av det offentlige. Medlemmene i samarbeidet er spredt utover i Norge og vil som regel ikke være å anse som konkurrenter eller potensielle konkurrenter under konkurranseloven. For det tilfellet to eller flere medlemmer skulle være å anse som konkurrenter eller potensielle konkurrenter på et bestemt marked, er samarbeidet uansett organisert på en måte som er i tråd med konkurransereglene.

Essensen i samarbeidet er at mange mindre aktører er gått sammen om å opprette en sentralenhet som kan produsere nyskapende løsninger som hvert medlem ikke ville klart alene. På denne måten er samarbeidet konkurransefremmende. Medlemmene kan så implementere disse løsningene i sitt tilbud til sine kunder og brukere.

Medlemmene samarbeider ikke om priser og er ikke involvert i ulovlig anbudssamarbeid eller andre forhold som kunne skade konkurransen. Det er blant annet gjort grep for å sikre at det ikke skal skje ulovlig informasjonsutveksling. Det er heller ingen medlemmer som har eksklusivitet på noe område, noe som tydelig fremgår av samarbeidsavtalen.

Kopano har fra starten av innhentet konkurranserettslig bistand fra Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig, og vi har fulgt opp dette arbeidet løpende, blant annet ved foredrag og work-shops om temaet.

3.1.3 Forholdet til anskaffelsesretten

Som nevnt, kan brudd på konkurranseloven også føre til avvisning i anbudskonkurranser: Etter FOA § 24-2 tredje ledd bokstav e kan oppdragsgiver i hvert fall velge å avvise en leverandør hvis det er "*klare holdepunkter*" for at leverandøren har brutt konkurranseloven § 10 (i klagen til KOFA, nevnt over, hevdes det at det også er avvisningsplikt etter bestemmelsen). Det er verken i den aktuelle anskaffelsen som er omfattet av KOFAs behandling, eller ellers noen holdepunkter for at Kopano-medlemmer har brutt konkurranseloven. Dermed foreligger verken avvisningsrett eller avvisningsplikt.

3.1.4 Nedsnakking av konkurrenter

I forbindelse med innsynsbejæringen fremmer Bedriftsakademiet ufunderte påstander. I den forbindelse kan det påpekes at denne type nedsnakking av konkurrenter i seg selv kan være et brudd på konkurranseloven. Følgende er tatt fra Kopanos innlegg i ovenfor nevnte KOFA-sak:

"Nedsnakking (på engelsk denigration) er i seg selv et brudd på konkurransereglene¹⁴. Falck Danmark A/S har vært involvert i en stor sak som rettmessig omtales som en stor skandale¹⁵ i Danmark. Etter å ha tapt et anbud startet Falck Danmark A/S en sverteskampanje mot vinneren av konkurransen. Dette endte opp i at Falck Danmark A/S ble felt i et vedtak av danske konkurransemyndigheter og at saken ble anmeldt til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet med henblikk på en strafferettslig forfølgelse¹⁶. Falck Danmark A/S måtte etter det rapporterte også betale 152 MDKK som en del av et forlik i saken.

Den danske Konkurrencestyrelsens vedtak er tilgjengelig her:

<https://www.kfst.dk/media/54548/20190130-falck-afgoerelse-endelig-version.pdf>

Falck Danmark A/S forsøkte å sverte ryktet til vinneren av konkurransen på forskjellige måter. I tillegg klaget Falck Danmark A/S tildelingen av kontrakten inn til Klagenævnet for Udbud, noe som var en del av Falck Danmark A/S' større strategi¹⁷.

Den danske saken ble avgjort i henhold til reglene om misbruk av dominerende stilling (tilsvarende konkurranseloven § 11).

I foreliggende sak, har samarbeidet mellom de konkurrerende klagende aktørene også aktualisert reglene om ulovlig samarbeid (konkurranseloven § 10).

¹⁴ Det finnes mange saker om dette, f.eks. Kommisjonen i AT.40588 *Teva* (pågående), i sak AT.40577 *Vifor* (pågående), EU-domstolen i C-179/16 *Hoffman-La Roche*, belgiske konkurransemyndigheter i vedtak av 23 januar 2023 *Novartis*, Frankrikes høyesterett i T-19-20.999 fra 1. juni 2022 *Johnson & Johnson* og danske konkurransemyndigheter i vedtak av 30. januar 2019 *Falck*

¹⁵ <https://vinkel360.com/tidligere-skandale-chef-ansettes-som-saerlig-radgiver-for-udlaendinge-og-integrationsministeren/>

¹⁶ <https://www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2019/20190130-falck-misbrugte-sin-dominerende-stilling-til-at-ekskludere-bios/>

¹⁷ Se f.eks. avgjørelsens avsnitt 31

For de valgte leverandørene er det viktig å påpeke hva som er Klagernes modus operandi og hvilken sammenheng KOFA-klagen må leses inn i."

3.2 Statsstøttelovgivningen

3.2.1 Formål og hovedregel – EØS-avtalen artikkel 61

EØS-avtalens hoveddel gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.¹⁸ EØS-avtalen artikkel 61 oppstiller en hovedregel om forbud mot statsstøtte, som betyr at det er forbudt å iverksette statsstøtte som ikke har blitt forhåndsnotifisert til og godkjent fra ESA. Formålet med statsstøttereglene er, nokså tilsvarende som konkurranselovgivningen, å sikre effektiv og ufordreid konkurranse i EØS på mest mulig like vilkår. Statsstøtte under EØS-avtalen artikkel 61(1) omfatter ethvert tiltak som kan tilskrives det offentlige og som er gitt selektivt fra offentlige midler til foretak, og som dermed gir en fordel som kan true med å vri konkurransen mellom foretak i EØS og dermed påvirke samhandelen. EØS-avtalens statsstøtteregelverk er implementert i norsk rett gjennom en ny støtteprosesslov med forskrifter, som trådte i kraft fra 2023.

3.2.2 Virkeområde

Det er det offentlige, herunder kommunene, som er underlagt statsstøtteforbudet og må følge dette. Det er støtte til foretak regelverket gjelder for. Foretaksbegrepet er likt som i konkurranseloven, jf. over. Det betyr at medlemsbedrifter i Kopano, gitt at de er foretak, potensielt kan være mottakere av ulovlig støtte.

3.2.3 Nærmere om fordelsbegrepet og kryssubsidiering

I et "comfort-letter" til norske myndigheter fra 2016 konkluderte ESA med at AFT var ikke-økonomisk aktivitet, men at bedrifter som leverer AFT/VTA i tillegg kan drive annen virksomhet som potensielt kan være økonomisk, selv om ESA i brevet mente at øvrige aktiviteter var uløselig knyttet til AFT-oppgaven.¹⁹ Det er i lys av denne statsstøttesaken fra 2016 at NAV oppstiller krav bl.a. om separate regnskaper fra godkjente tiltaksarrangører hvis de leverer andre tjenester enn AFT/VTA (som skal være primærvirksomheten), og krav om at andre anbudsutsatte arbeidsmarkedstiltak ikke kan leveres fra samme godkjente selskapet som leverer AFT/VTA (selskapsmessig skille), samt krav om "non-profit" i form av at overskudd fra AFT/VTA-virksomheten skal reinvesteres i samme virksomhet, dvs. at overskudd ikke skal tas ut som utbytte eller krysssubsidiere annen virksomhet, jf. også reglene i tiltaksforskriften om dette, jf. forskriftens §§ 13-6 og 14-5. Se her også NAVs retningslinjer *Prinsipper for godkjenning av tiltaksarrangører av AFT/VTA*. Tilskudd fra NAV til "skjermet" virksomhet i form av AFT/VTA kunne gitt medlemsbedrifter en fordel på "åpne" markeder for andre tjenester i den grad overskudd fra den "skjermede" virksomheten brukes til å krysssubsidiere annen virksomhet, som da kan vri konkurransen i disfavør av konkurrentene i EØS som leverer andre tjenester uten å motta tilskudd.²⁰

¹⁸ LOV-1992-11-27-109 (EØS-loven).

¹⁹ "Comfort-letter" fra ESA: <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/A-new-labour-market-measure--AFT-.pdf>

²⁰ Sml. ESAs "Notion of State Aid Guidelines", pkt. 6.2, avsnitt 188 bokstav d.