

Notat

Vurdering av Asker Produkt i henhold til statsstøtteregelverket

Oslo, 5. januar 2017

Kontaktpersoner: morten.thuve@bdo.no

oyvind.sunde@bdo.no

Notatet er utarbeidet for oppdragsgiver, og dekker kun de formål som med denne er avtalt. All annen bruk og distribusjon skjer for oppdragsgivers regning og risiko. BDO vil ikke kunne gjøres ansvarlig overfor en tredjepart.

Innholdsfortegnelse

1. Bakgrunn	3
1.1. BDOs mandat	3
1.2. Finansielle nøkkeltall	3
2. Er Asker Produkt underlagt EØS-avtalens reglene om statsstøtte?	3
2.1. Er Asker Produkt et foretak som utfører økonomisk aktivitet?	4
2.2. Påvirkes samhandelen?	6
2.3. Hva om Asker Produkt anses å være foretak med økonomisk aktivitet?	7
2.4. Oppsummerende vurdering	8
3. Hvilke tiltak bør gjennomføres?	8

1. Bakgrunn

1.1. BDOs mandat

BDO har på oppdrag for kontrollutvalget i Asker kommune gjennomført en selskapskontroll av Asker Produkt AS (Asker Produkt). Asker Produkt er en bedrift som tilbyr arbeidsplasser til uføretrygdede personer med funksjonsnedsettelse, og tilrettelagt fagopplæring og arbeidstrening for personer som ønsker vekst og utvikling for å komme inn i det ordinære arbeidslivet.

Asker Produkt har vesentlige avtaler med Asker kommune, eksempelvis gjennom leie av eksisterende og nye lokaler. Videre mottar Asker Produkt finansiell støtte både fra Asker kommune og fra NAV. I tillegg produserer og selger Asker Produkt produkter og tjenester i et konkurranseutsatt marked. Dette medfører at visse krav gitt av EØS-avtalen må være oppfylt for at virksomheten ikke skal rammes av EØS-avtalens regler om ulovlig statsstøtte.

Kontrollutvalget har derfor bedt BDO gjennomføre en tilleggsvurdering av i hvilken grad statsstøtteregelverket vil treffe en attføringsbedrift som Asker Produkt.

Dette notatet tar i denne forbindelse for seg to problemstillinger:

1. Er Asker Produkt underlagt EØS-avtalens reglene om statsstøtte?
2. Hvilke krav stilles til tiltak for at virksomhet ikke skal rammes av reglene om ulovlig statsstøtte?

1.2. Finansielle nøkkeltall

Asker Produkt har hatt en jevn inntektsvekst fra 15,9 mill. i 2010 til 26,3 mill. i 2015. Budsjetterte inntekter i 2016 er på 28,1 mill. Inntektene har i gjennomsnitt vokst med 8 % per år. Tilskudd (Annen driftsinntekt) fra Asker kommune og NAV utgjorde 11,6 mill. i 2015 og er fordelt omtrent halvparten mellom kommunen og NAV. I budsjettet for 2016 utgjør det statlige tilskuddet 5,3 mill. og det kommunale tilskuddet 5,0 mill. I gjennomsnitt har offentlige tilskudd ligget på 50 % av den totale inntekten i perioden 2010 - 2015.

Årsresultatet til Asker Produkt har variert fra negativt (underskudd) på 0,3 mill. i 2011 til positivt (overskudd) på 1,1 mill. i 2014. Dette har gitt en gjennomsnittlig egenkapitalrentabilitet etter skatt på 3,8 % varierende fra negativ 5 % i 2011 til positiv 12,9 % i 2014.

Tallene er hentet fra www.proff.no oppgitt per 31.12.2016.

2. Er Asker Produkt underlagt EØS-avtalens reglene om statsstøtte?

2.1. Innledning

EØS artikkel 61(1) oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte:

«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 vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene».

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

1. Det aktuelle tiltaket må innebære støtte i form 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 (konkurranssevridningsvilkåret).
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. Dersom ett eller flere av vilkårene ikke er oppfylt, kan tiltaket iverksettes uten notifikasjon (melding) til ESA. Hvis samtlige vilkår er oppfylt, må man derimot i utgangspunktet innhente ESAs forhåndsgodkjennelse før tiltaket kan iverksettes. Et viktig unntak fra dette gjelder der støtten faller inn under såkalte gruppeunntak. Slik støtte kan gis på en enklere måte, og må ikke forhåndsgodkjennes.

Når det gjelder vilkårene ovenfor, vil vilkår 1,2,3 og 5 trolig være oppfylt ved tilskudd eller andre typer fordeler til Asker Produkt. Når det gjelder vilkår 4 og 6 skal det normalt ikke mye til før disse vilkårene er oppfylt når det gjelder enheter som produserer varer og/eller tjenester av et visst omfang. Nyere praksis fra ESA indikerer imidlertid at disse vilkårene ikke nødvendigvis er oppfylt når det gjelder arbeidsmarkedsbedrifter. Dette gjelder i særlig grad vilkår 4 om foretaksbegrepet. I det følgende behandler vi derfor dette vilkåret nærmere, før vi knytter noen kommentarer til vilkår 6 om samhandelspåvirkning.

2.2. Er Asker Produkt et foretak som utfører økonomisk aktivitet?

For at et tiltak skal rammes av EØS-avtales regler om statsstøtte, er altså et av vilkårene at støtten gis til et *foretak*. Vurderingen av hvorvidt Asker Produkt er et foretak beror på om det utøver økonomisk virksomhet. EU-domstolen definerte i dommen mot Höfner¹ enhver enhet som utøver økonomisk virksomhet, uavhengig av denne enhetens rettslige status og dens finansieringsmåte, som en økonomisk virksomhet. Dette innebærer at virksomheter som mottar offentlig støtte eller eies av det offentlige, kan kunne anses som foretak.

Det som avgjør hvorvidt offentlige foretak kan ses som støttemottakere under statsstøttereglene på lik linje som private foretak, er hvorvidt de deltar i et marked.

Asker Produkt tilbyr slik vi har oppfattet to typer tjenester. For det første tilbyr Asker Produkt tjenester til det offentlige ved å tilby arbeidsplasser til uføretrygdete personer med funksjonsnedsettelse, samt tilrettelagt fagopplæring og arbeidstrening for personer som ønsker vekst og utvikling for å komme inn i det ordinære arbeidslivet. For det andre selges varene og tjenestene som produseres av de som er på denne type tiltak i markedet. Asker Produkt driver et bakeri hvor det selges bakervarer og tilbys cateringtjenester. I tillegg produser og selger de skilt- og treprodukter samt gravmerkeringer. Disse produktene og tjenestene selges i et konkurranseutsatt marked.

I lys av hvordan foretaksbegrepet tidligere har vært anvendt av EU-organer, og av EFTA-domstolen og ESA, ville det sistnevnte normalt vært tilstrekkelig til at Asker Produkt ville blitt ansett å være et foretak i EØS-avtalens forstand.

Hvorvidt arbeidsmarkedstiltak har vært underlagt støttereglene, og i så fall hvilke unntaksregler som skulle komme til anvendelse, har vært noe uklart. I forbindelse med introduksjonen av et nytt arbeidsmarkedstiltak, «arbeidsforberedende trening (AFT)», sendte Norge derfor i 2015 en pre-notifikasjon til ESA om støtten til dette tiltaket.² Deler av denne kommunikasjonen er unntatt offentlighet, slik at vi ikke kjenner til detaljene i all korrespondansen mellom Norge og ESA. I 2016

¹ Sak C-41/90, Höfner and Elser v Macrotron, Sml. 1991 s. I-1979.

² Brev av 20. november 2015 fra Nærings- og fiskeridepartementet til ESA. Brevet er unntatt offentlighet.

kom imidlertid ESA til at det nye tiltaket trolig ikke var å anse som statsstøtte i EØS-avtalens forstand.³ I lys av dette valgte Norge ikke å gå videre med den formelle notifikasjonsprosessen.⁴

Når det gjelder tjenestene som arbeidsmarkedsbedriftene utøver for det offentlige, uttalte ESA følgende:

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

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

On this basis, CSA has reached the preliminary conclusion that the provision of training services by the sheltered workshops under the AFT programme does not constitute an economic activity.”

ESAs uttalelser gjelder AFT og vil dermed kunne omfatte deler av Asker Produkt. Hvorvidt det kan vurderes dithen at disse uttalelsene kan omfatte alle arbeidsmarkedstiltak, herunder varige tilrettelagte tiltak (VTA) som utgjør den største delen av Asker Produkts ansatte, er usikkert. Arbeidstakere på VTA regnes som ordinære arbeidstaker jf. arbeidsmiljøloven. De ansatte hos Asker Produkter mottar også lønn i tillegg til stønad fra NAV.

Salget av varer og tjenester som arbeidsmarkedsbedriftene produserer, ble også vurdert. Når det gjelder denne typen varer og tjenester, uttalte ESA følgende:

“The sheltered workshops providing training services under the AFT scheme are allowed to sell the goods and services they produce on the market.

CSA considers that this sale of goods and services would constitute an economic activity. However, it is inextricably linked to the primary training activities and therefore ancillary to the main non-economic activity of the sheltered workshops under the AFT scheme. Accordingly, the ancillary economic activity does not result in the sheltered workshops qualifying as undertakings for the purpose of the EEA state aid rules. Furthermore, based on the data from the existing APS scheme, CSA understands that sales income only accounts for about 16% of the income of sheltered workshops under the scheme. The Norwegian authorities expect that the share of production- and therefore also income - under the proposed AFT scheme will be at most similar, if not lower, than that for the existing APS scheme.

Based on the above, CSA has reached the preliminary conclusion that any economic activity resulting from the sale of goods and services by the sheltered workshops under the AFT scheme is purely ancillary.”

Når det gjelder denne typen tjenester, var ESAs utgangspunkt altså at disse normalt ville anses for å utgjøre økonomisk aktivitet. ESA vurderte imidlertid deretter at salget av varene og tjenestene var uløselig knyttet til hovedaktiviteten til AFT som er å tilby arbeidsmarkedstjenester (som skal anses

³ Brev av 23. Februar 2016 fra ESA til Norge.

⁴ Brev fra Arbeids- og sosialdepartementet til Nærings- og fiskeridepartementet og ESA datert 16. mars 2016.

som ikke-økonomiske). Den økonomiske aktiviteten i AFT må dermed anses som underordnet den ikke-økonomiske aktiviteten. ESA mente derfor at den underordnede økonomiske aktiviteten ikke medførte at bedrifter som tilbyr arbeidsforberedende tiltak, skulle anses som foretak.

Det er viktig å påpeke at denne saken konkret gjaldt et enkelt arbeidsmarkedstiltak, og man skal være forsiktig med å knytte konklusjonene i denne saken til å gjelde alle arbeidsmarkedsbedriftene som sådan, selv om dette brevet åpner for en slik tolkning. Brevet har listet tiltak som Norge vil ilegge arbeidsmarkedsbedriftene som tilbyr AFT, for å redusere innvirkninger på handel og konkurranse (se avsnitt 3). Dette involverer blant annet å innføre et regnskapsmessig skille mellom ulike attføringstiltak, noe som indikerer at man ikke kan se alle arbeidsmarkedstiltak under ett. På en annen side viser denne saken at ESA er villige til å strekke seg langt når det gjelder å se støtte til arbeidsmarkedstiltak som lovlig statsstøtte.

Et annet moment som spiller inn i vurderingen om hvorvidt Asker Produkt er et foretak, er inntektene deres fra markedet. ESA baserte sin vurdering dels på at inntektene fra markedet utgjorde kun om lag 16 % av inntektene til arbeidsmarkedsbedriftene, og at disse var ventet å være på samme nivå eller lavere i fremtiden. Det kan i lys av dette være noe uklart om de samme slutningene kan trekkes for Asker Produkt som har om lag 50 % av inntektene fra markedet. Vi har som nevnt ikke fått innsyn i bakgrunnsdokumentene som ble sendt fra Norge, og vet derfor ikke om ESA var klar over en mulig variasjon i inntektsbildet mellom arbeidsmarkedsbedrifter.

ESA ser ut til å legge vekt på at omsetningens størrelse har en viss betydning for vurderingen, og ESAs uttalelse trekker etter vårt syn i retning av at Asker Produkt kan ha en omsetningsandel som er av en slik størrelse at saken bør undersøkes nærmere før endelig konklusjon kan trekkes. Vi henviser særlig til ESAs uttalelse om at «*[omsetningsandelen] will be at most similar, if not lower, than that for the existing APS scheme [dvs. 16 %-omsetningsandel]*».

Det er viktig å understreke at ESAs uttalelser ikke er et formelt bindende vedtak, men fremkom i en uformell brevveksling fra ESAs statsstøtteavdeling. I lys av dette er det knyttet en del usikkerhet til vurderingene i dette notatet, særlig med hensyn til om alle arbeidsmarkedstiltak omfattes samt kravet om omsetningsandel.

2.3. Påvirkes samhandelen?

ESA uttalte videre i saken at:

“Finally, CSA understands that sheltered workshops mostly sell goods and services on a small scale and into purely local markets.”

Dette kan tyde på at det ikke er sikkert at vilkår 6 om samhandelsvilkåret vil være oppfylt når det gjelder arbeidsmarkedsbedrifter. På den andre side har Asker Produkt avtaler med over 80 kommuner og landsomfattende organisasjoner. Dette må derfor bli en konkret vurdering av de relevante markedene som Asker Produkt opererer i.

I lys av kommentarene våre knyttet til vilkår 4 går vi imidlertid ikke nærmere inn i en markedsanalyse her.

2.4. Hva om Asker Produkt anses å være foretak med økonomisk aktivitet?

Domstolen i den såkalte Altmark-saken⁵ slo blant annet fast at godtgjørelse som *kun går til kompensasjon* for en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, ikke er å anse som statsstøtte etter artikkel 87 i EF-traktaten (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 61). Grunnen er at støttemottager ikke får noen økonomisk fordel i forhold til andre foretak, men at slik kompensasjon må anses som en ordinær betaling for en utført tjeneste. Domstolen stiller fire vilkår for at slik kompensasjon ikke skal anses som støtte:

1. Foretaket må være pålagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og disse forpliktelsene må være klart definert.
2. Kriteriene for beregningen av kompensasjonen må være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte.
3. Kompensasjonen kan ikke overstige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene.
4. Kompensasjonens størrelse bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre, eller på grunnlag av en analyse av omkostningene hos et sammenlignbart veldrevet foretak.

Ad 1: Foretakets allmennøkonomiske betydning er definert i Asker Produkts vedtekter:

- Selskapets formål er, gjennom produksjon av varer og/eller tjenester for et marked og detaljhandel, å skape varige arbeidsplasser og kompetanseutvikling for personer som ikke er konkurransedyktige på det åpne arbeidsmarked, og synliggjøre verdien av yrkeshemmet arbeidskraft.
- De arbeidstakerne som ønsker det og har mulighet til å få arbeid på det ordinære arbeidsmarked, skal få hjelp til dette.
- Selskapet skal drives innenfor de ansvarsrammene NAV og kommunen har for å tilrettelegge arbeid for særlig svake grupper.

Ad 2: Vi har ikke undersøkt hvilke kriterier som ligger til grunn for beregningen av kompensasjonen, og om disse er fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte, men vi kan anta for den videre analysen at dette kriteriet er oppfylt.

Ad 3: Vi har ikke forespurt regnskapsinformasjon på et nivå som sammenstiller kompensasjonen Asker Produkt har mottatt fra Asker kommune og NAV med utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene. Vi kan derfor ikke uttale oss om kompensasjonen kun benyttes til å dekke relevante utgifter, uten nærmere undersøkelse.

Videre er det slik at EØS-avtalens regler om statsstøtte krever, gitt at vi har konkludert med at virksomheten er å anse som en økonomisk virksomhet, at det etableres et regnskapsmessig skille mellom den kommersielle og støttede delen av virksomheten. Reglene og de praktiske krav som ESA har stillet til slikt regnskapsmessig skille, krever at det regnskapsmessige skillet inkluderer både resultat og balanse, og at prinsippene, som benyttes for hvordan ulike typer inntekter og kostnader registreres og fordeles, er transparente, objektive og relevante. Det regnskapsmessige skillet skal dokumentere at den kommersielle virksomheten ikke krysssubsidieres ved bruk av finansielle eller materielle ressurser fra den støttede virksomheten.

At regnskapet viser kun et beskjedent overskudd, gir visse indikasjoner på at kriteriet kan være oppfylt, men det bør også kunne dokumenteres. For å kunne unngå påstand om krysssubsidiering, bør

⁵ <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/regler-om-offentlig-stotte-listeside/offentlig-stotte-tjenester-av-allmenn-ok/id430123/>

det i tillegg kunne dokumenteres at utsalgsprisene for kommersielle varer og tjenester ikke er lavere enn tilhørende kostnader med tillegg for en rimelig avkastning.

Ad 4: Vi har ikke opplysninger om at tilskuddets størrelse er bestemt etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene hos et sammenlignbart veldrevet foretak.

2.5. Oppsummerende vurdering

Etter en samlet vurdering er det vanskelig å dokumentere om Asker Produkt er underlagt statsstøtteregelverket eller ikke. ESA har åpnet for at i hvert fall deler av virksomheten ikke er å anse som underlagt statsstøtteregelverket. ESA setter i samme uttalelse imidlertid opp noen sikkerhetstiltak som virksomhetene bør innrette seg etter. Disse tiltakene er langt på vei identiske med de tiltakene virksomheten vil måtte ha gjort dersom den helt eller delvis er å anses som underlagt statsstøtteregelverket. Mye taler derfor for at disse tiltakene bør innføres for Asker Produkt, uansett.

3. Hvilke tiltak bør gjennomføres?

For det første vil vi anbefale at kommunen kontakter Arbeids- og Sosialdepartementet og evt. ESA (gjennom departementet) for å få deres syn på om uttalelsen fra ESA gjelder alle arbeidsmarkedstiltak. Det bør også vurderes om Asker Produkts omsetning fra markedet på ca. 50 % etter departementets syn påvirker vurderingen av om Asker Produkt ikke skal anses som et foretak. Alternativt kan vi foreta en nærmere vurdering av dette.

For det andre bør kommunen vurdere å gjennomføre de samme tiltakene som Norge lovet ESA å gjøre på generelt plan når det gjelder arbeidsmarkedsbedrifter som tilbyr arbeidsforberedende tiltak⁶:

1. *Vernede bedrifter skal være non-profit virksomheter. Dvs. at alt overskudd skal reinvesteres, og ikke tas ut i utbytte e.l.*
2. *Det skal gjennomføres årlige stikkprøver for å sikre at de vernede bedriftene overholder yrkesopplæring som deres primæraktivitet.*
3. *Tilskuddsnivået til AFT ordningen skal gjennomgås med jevne mellomrom for å sikre at det ikke overkompenseres.*
4. *Vernede bedrifter skal kreve markedspris for varer og tjenester de selger på markedet.*
5. *Vernede bedrifter må gjennomføre regnskapsmessig skille mellom ulike attføringstiltak.*

Pkt. 3-5 er knyttet til å innrette kommunal virksomhet på en slik måte at det sikres at denne opptrer i tråd med statsstøttereglementet og dermed går klar av statsstøtteforbudet i sin helhet⁷. For å sikre dokumentasjon av dette, anbefaler vi at kommunen vurderer å innføre et regnskapsmessig skille mellom kommersiell virksomhet og øvrige aktiviteter. Dette for å forhindre kryssubsidiering, herunder at ressurser som er finansiert ved offentlig støtte, benyttes i den kommersielle virksomheten. Dersom et slikt regnskapsmessig skille eksisterer, vil eventuell kryssubsidiering og brudd på statsstøttereglementet la seg kontrollere.

⁶ Brev av 23. Februar 2016 fra ESA til Norge.

⁷ Se f.eks. Alt Advokatfirma (2013), «Kommunal virksomhet i lys av EØS-avtalens statsstøtteregler – Aktiviteter som er omfattet av statsstøttereglene, sentrale problemstillinger og forebyggende tiltak»