



DET KONGELIGE
NÆRINGS- OG FISKERIDEPARTEMENT

Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8036 DEP
Akersgata 59
0030 OSLO

Deres ref	Vår ref	Dato
14/2284	14/8426-2	23.03.15

Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse – barnevernstiltak

Vi viser til brev fra BLD av 21. oktober 2014, hvor BLD ber om NFDs vurdering av Bufdirs notat om kjøp av barneverntjenester er omfattet av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-3 annet ledd bokstav k. Vi beklager at det har tatt så lang tid å komme med et svar.

1. Bufdirs konklusjoner

Bufdir konkluderer med at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse unntar fra anvendelse både av lov om offentlige anskaffelser (LOA) og FOA. Videre kommer Bufdir til at barneverninstitusjoner utøver offentlig myndighet og at avtaler med slike institusjoner er omfattet av unntaket. Det samme gjelder for omsorgssentre for mindreårige og fosterhjem. Derimot konkluderer Bufdir med at sentre for foreldre og barn ikke er omfattet av unntaket.

2. Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse

2.1 Gjennomføring i norsk rett

Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse fremgår av FOA § 1-3 annet ledd bokstav k. I henhold til bestemmelsen får FOA ikke anvendelse på ”kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32”.

2.2 Unntaket i EØS-retten

Det følger av EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, at reglene om fri bevegelighet av tjenesteytelser ikke kommer til anvendelse på ”virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet”.

Begrepet offentlig myndighet er et autonomt EØS-rettslig begrep som må tolkes i samsvar med EØS-avtalen, uavhengig av hvordan begrepet ellers benyttes i nasjonal rett. Dette innebærer at bruken av begrepet offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningsloven og andre nasjonale lover og forskrifter ikke gir veiledning for tolkningen i denne sammenheng.

EØS-avtalens artikkel 32 er en unntaksbestemmelse fra de alminnelige reglene om fri bevegelse. Dette medfører at bestemmelsen skal tolkes snevert. Domstolen har ofte sagt om den tilsvarende EU-bestemmelsen at dens *”rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendig for at varetage de interesser, som disse bestemmelser tillader medlemsstaterne at beskytte”*, se for eksempel C-160/08 Kommisjonen mot Tyskland premiss 76.

Det følger av rettspraksis at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse bare omfatter virksomhet som *”i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed”*, se blant annet sak 2/74 Reyners premiss 45. Dette forutsetter at virksomheten har en *”tilstrækkeligt kvalificeret udøvelse af ekstraordinære retlige beføjelser, statsmaktens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang”*, se sak 160/08 Kommisjonen mot Tyskland premiss 79.

Det er virksomhetens art som er vurderingstemaet. Om virksomheten har en særlig status nasjonalt, er ikke relevant, se C-47/08 Kommisjonen mot Belgia premiss 116.

Offentlig myndighet forutsetter at det foreligger enten *”ekstraordinære retlige beføjelser, statsmaktens privilegier eller beføjelsen til at udøve tvang”*. Domstolen har derfor uttalt at myndighet som enhver har eller kan utføre, ikke kan oppfylle kriteriene. Se for eksempel C-114/97 Kommisjonen mot Spania premiss 35 flg. der domstolen uttalte at det ikke var myndighetsutøvelse å bidra til at den offentlige sikkerhet ble opprettholdt *”som enhver enkeltperson kan blive nødsaget til”*.

Domstolen har også i en rekke saker uttalt at virksomheten ikke er *”direkte og særlig”* forbundet med offentlig myndighetsutøvelse dersom den bare har en veiledende eller forberedende funksjon til den senere egentlige myndighetsutøvelsen. I C-47/08 Kommisjonen mot Belgia premiss 86 oppsummerte EU-domstolen denne rettspraksis slik:

”I denne henseende har Domstolen haft anledning til at fastslå, at visse former for virksomhed, der er vejledende eller forberedende i forhold til udførelsen af offentlig myndighed [...], eller visse former for virksomhed, hvis udøvelse, selv om den indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med de administrative myndigheder eller retterne, ja endog obligatorisk deltagelse i deres funktion, ikke berører disse myndigheders skjøn og den frie udøvelse af beslutningsbeføjelser [...], tvang [...] eller tvangsbeføjelser [...], ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.”

Det at en privat myndighet har fått vedtakskompetanse utelukker ikke at den anses som veiledende eller forberedende, hvis lovgivningen også foreskriver at en offentlig myndighet skal utøve tilsyn med organene. Dersom virksomheten kan utøve tvang eller tvangsbeføyelser

synes dette imidlertid å være et moment som taler for at virksomheten ikke bare har en veiledende eller forberedende funksjon.

2.3 Følgen av at en kontrakt er omfattet av unntaket

Følgen av at en kontrakt anses å innebære offentlig myndighetsutøvelse vil være at reglene om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse. Kontrakten kan dermed inngås uten at oppdragsgiver innfrir krav som følger av LOA og FOA.

2.4 Spørsmålet om nye direktivers rettskildemessige betydning

Bufdir reiser spørsmålet om unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i FOA etter vedtak av nytt direktiv om offentlige anskaffelser må tolkes i lys av direktivet, og ikke lenger hovedsaklig på bakgrunn av rettspraksis vedrørende de fire friheter.

Departementet deler ikke dette synspunktet. Direktivene om offentlige anskaffelser gjelder bare innenfor de grenser EU-traktaten og EØS-avtalen setter. Direktivene kan dermed ikke gå lenger i sin regulering enn de grenser som følger av EU-traktatens og EØS-avtalens bestemmelser om fri flyt av tjenester. Direktivene gir uttrykk for lovgivers vilje, og kan kanskje bidra med momenter i en helhetsvurdering, men på grunn av trinnhøydeforskjellen vil det ikke være riktig å si at EØS-avtalens unntak for myndighetsutøvelse må tolkes i lys av direktivet. Også etter gjennomføring av nytt direktiv om offentlige anskaffelser vil det være praksis vedrørende unntaket for offentlig myndighetsutøvelse i EØS-avtalen artikkel 39, jf. artikkel 32, og tilsvarende bestemmelse i EU-traktaten, som er avgjørende for tolkningen av unntaket i norsk rett.

3. Plassering i private barneverninstitusjoner

3.1 Innledning

Det følger av Bufdirs brev at barnevernloven oppstiller flere ulike hjemmelsgrunnlag for plassering i institusjon:

- § 4-4 fjerde ledd: plassering i institusjon som frivillig hjelpetiltak
- § 4-6: midlertidige vedtak om plassering uten samtykke fra foreldre
- § 4-8: forbud mot flytting av barn som frivillig er plassert i institusjon
- § 4-12: tvungen omsorgsovertakelse
- § 4-14: tvungen institusjonsplassering
- § 4-24: institusjonsplassering uten samtykke
- § 4-26: institusjonsplassering med samtykke for barn med atferdsvansker

Det fremgår av listen over at i enkelte tilfelle kreves samtykke fra foreldrene (eller barnet dersom det er eldre enn en viss aldersgrense) for å plassere barnet i institusjon. Andre bestemmelser hjemler tvungen plassering i institusjon. Enkelte av vedtakene over fattes av barneverntjenesten, mens andre fattes av fylkesnemnda.

3.2 Rettighetsforskriften kapittel 3

Barneverninstitusjonenes kompetanse til å fatte vedtak, herunder tvangsvedtak, fremgår av rettighetsforskriften. Tvangshjemlene i forskriftens kapittel 3 gjelder alle plasseringer i institusjon, uavhengig av om denne har skjedd med eller uten samtykke.

Forskriftens § 12 uttaler at tvang ikke skal benyttes i større grad enn det som er nødvendig for formålet. Videre viser § 13 til former for tvang som ikke er tillatt. Dette gjelder blant annet tvangsmedisinering, fysisk refsing, isolasjon, mekaniske tvangsmidler eller annen bruk av fysisk tvang eller makt. Mindre inngripende fysisk tvang eller makt, som for eksempel kortvarig fastholding eller bortvisning fra fellesrom, kan imidlertid anvendes når dette er åpenbart nødvendig som ledd i institusjonens ansvar for å gi forsvarlig omsorg eller av hensyn til trygghet og trivsel for alle på institusjonen.

Det følger av § 14 at nødvendig tvang, for eksempel isolasjon, kan anvendes i akutte faresituasjoner, i tråd med alminnelige nødretts- og nødvergebetraktninger, jf. straffeloven §§ 47 og 48.

§§ 15 og 16 gir institusjonens leder eller den lederen gir fullmakt kompetanse til å bestemme kroppsvisitasjon og ransaking dersom det foreligger begrunnet mistanke om besittelse av rusmidler eller liknende. Det følger av § 17 at farlige gjenstander, rusmidler og andre skadelige medikamenter, for eksempel dopingmidler, samt utstyr til bruk av rusmidler og andre skadelige medikamenter som blir funnet ved inntak eller under opphold i institusjonen, skal beslaglegges og kan enten oppbevares på institusjonen, tilintetgjøres eller overleveres til politiet.

Videre kan beboernes post som kommer til institusjonen i henhold til § 18 kontrolleres dersom det foreligger begrunnet mistanke om at forsendelsen inneholder rusmidler eller farlige gjenstander.

Det følger av § 19 at institusjonen ikke kan kreve at beboeren avlegger urinprøver som del av rusmiddeltesting, men beboeren kan samtykke til dette.

Endelig omtaler § 20 tilbakeføring ved rømming. Institusjonen skal, om mulig i samarbeid med foresatte og barneverntjenesten prøve å bringe beboeren frivillig tilbake til institusjonen. Dersom beboeren er plassert i institusjonen etter et tvangsvedtak kan tvang om nødvendig benyttes.

3.3 Rettighetsforskriften kapittel 4

Kapittel 4 gir institusjonene særlige tvangshjemler i tilfeller hvor barn er plassert med hjemmel i barnevernloven §§ 4-24 eller 4-26. Disse bestemmelsene hjemler plassering i institusjon uten samtykke, og med samtykke for barn med atferdsvansker. Disse gjelder i tillegg til tvangshjemlene i kapittel 3.

Institusjonen gis i § 22 hjemmel til å begrense beboerens adgang til å forlate institusjonsområdet og til å bevege seg fritt innenfor institusjonsområdet i den utstrekning det

er nødvendig ut fra formålet med plasseringen. Videre kan institusjonen etter § 23 nekte beboeren besøk dersom dette er nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen.

Institusjonen kan videre med hjemmel i § 24 nekte beboeren å bruke elektroniske kommunikasjonsmidler dersom det er nødvendig av hensyn til behandlingsopplegget eller formålet med plasseringen. Institusjonen kan videre inndra det elektroniske kommunikasjonsmiddelet dersom beboeren ikke retter seg etter institusjonens avgjørelse om å nekte bruk.

Det er også hjemmel til å gjennomføre rusmiddeltesting ved tvang, jf. § 25. Denne gjelder imidlertid bare ved plassering etter barnevernloven § 4-24, og forutsetter at adgang til tvungen testing følger av fylkesnemndas vedtak.

3.4 Rettslig klassifisering av de ulike vedtakene

Rettighetsforskriften § 26 omhandler de enkelte vedtakene referert over. Det følger av denne at avgjørelser etter §§ 14 til 18 og 22 til 24 skal regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Avgjørelsene skal i tillegg protokollføres og forelegges tilsynsmyndigheten. Avgjørelser om rusmiddeltesting etter §§ 19 og 25 anses ikke som enkeltvedtak men skal protokollføres, begrunnes og forelegges tilsynsmyndigheten.

Tilbakeføring etter § 20 anses ikke som enkeltvedtak, men det skal skrives rapport om forholdet, hvor beboeren har anledning til å uttale seg. Tilbakeføring mot beboerens vilje skal protokollføres og begrunnes. Protokollen skal sendes barneverntjenesten og forelegges tilsynsmyndigheten.

3.5 Vår vurdering

Spørsmålet er dermed i hvilke av de situasjoner som er nevnt ovenfor foreligger ”*ekstraordinære rettlige beføyelser, statsmagts privilegier eller beføyelsen til å udøve tvang*”, slik at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse kommer til anvendelse.

Rettighetsforskriftens kapittel 3 hjemler til dels inngripende tvangstiltak. Enkelte av enkeltvedtakene som kan fattes i medhold av forskriften korresponderer med beføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet. Beslutningene om tvang som fattes av institusjonene er ikke av foreløpig karakter, men fattes i henhold til forvaltningslovens regler om enkeltvedtak og iverksettes uten videre godkjenning eller liknende.

Departementet viser til KOFAs uttalelse i avsnitt (70) i sak 2010/364:

”Tvangshjemlene som er gjennomgått ovenfor gir institusjonene vidtrekkende beføyelser til både å beslutte tvang, og til å utøve tvang. Det er ikke tale om myndighet av forberedende eller veiledende karakter, og beføysene utøves overfor mindreårige. Beføysene korresponderer på flere områder med beføyelser som i utgangspunktet er tillagt politiet – innenfor dette området tilsvarer beføysene den myndighet som kan utøves av offentlige institusjoner. Selv om det er ulik grad av tvang som kan utøves for de ulike

hjemmelsgrunnlagene, gir rettighetsforskriften kapittel 3, som gjelder for alle plasseringer, relativt vide hjemler for tvangsutøvelse. Tvangsbeføyelsene som er tillagt institusjonene er en del av institusjonens samlede omsorgsansvar overfor beboerne, og kan klarligvis ikke skilles ut som en egen oppgave.”

Det er etter dette relativt klart at institusjonen, i de tilfelle hvor barnet er plassert i institusjonen med tvang, utøver offentlig myndighet. Barnet eller barnets foresatte har da ingen mulighet til å fjerne barnet fra institusjonen og den tvang barnet potensielt kan bli utsatt for der.

Dette innebærer at departementet er av den oppfatning at for så vidt gjelder plassering etter barnevernloven §§ 4-6, 4-8, 4-12, 4-14 og 4-24 omfattes kontrakter av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.

Det kan reises spørsmål ved om denne konklusjonen er like klar i tilfelle der barnet oppholder seg i institusjonen etter eget eller foresattes samtykke.

Plassering etter barnevernloven § 4-26 omtales som plassering på grunnlag av samtykke, Barnets samtykke er tilstrekkelig dersom barnet har fylt 15 år, hvis ikke må foresatte samtykke. Også i slike tilfelle kan imidlertid institusjonen holde barnet igjen i institusjonen med tvang i en kortere periode. Denne muligheten for institusjonen taler for at plassering etter § 4-26 må sidestilles med plassering på grunnlag av tvang.

Plassering etter barnevernloven § 4-4 fjerde ledd er derimot et rent frivillig hjelpetiltak. Også her er det foresatte som har samtykkekompetanse fram til barnet fyller 15 år. Etter dette må barnet selv samtykke i plassering. Bufdir legger tilsynelatende vekt på at barnet selv ikke har samtykkekompetanse når det er under 15 år. Departementet er i tvil om dette kan tillegges vekt i denne sammenhengen, ettersom det er et generelt prinsipp for mindreårige barn at foresatte i stor grad bestemmer for barna i viktige spørsmål.

Bufdir viser også til at ved plassering i institusjon etter § 4-4 fjerde ledd kan fylkesnemnda i medhold av § 4-8 vedta at barnet for en periode på opptil tre måneder ikke skal flyttes dersom det ikke er rimelig grunn for flyttingen, eller dersom den kan være til skade for barnet. Ifølge Bufdir viser dette at plasseringer etter § 4-4 ikke alltid er frivillige.

Vi forstår det imidlertid slik at det i disse tilfellene vil måtte fattes et nytt vedtak med en annen hjemmel enn § 4-4 fjerde ledd for at barnet skal kunne holdes i institusjonen uten samtykke. Dette innebærer i så fall at det ikke er bestemmelsen i § 4-4 fjerde ledd som er hjemmel for den tvangsmessige plasseringen. Dette synes å tyde på at det ikke kan sies å være tvang involvert i plasseringer etter bestemmelsen i § 4-4 fjerde ledd.

Når det er sagt oppstår spørsmålet om det faktum at barnet ikke er plassert i institusjonen med tvang, men har samtykket til plasseringen, har betydning for spørsmålet om institusjonen utøver offentlig myndighet. Når barnet først er plassert i institusjon har denne de tvangshjemler som følger av rettighetsforskriften kapittel 3. Dette innebærer at barnet kan

utsettes for de samme tvangstiltak som barn som er plassert med tvang. Forskjellen er at barnet, eller dets foresatte, kan trekke tilbake sitt samtykke til plasseringen.

Vi er i betydelig tvil om hvorvidt dette vil være avgjørende i vurderingen. Det kan hevdes at det at man utsettes for ulike tvangstiltak når man er plassert i institusjon med tvang er betydelig mer inngripende enn dersom man har samtykket til oppholdet i institusjonen. Har barnet samtykket til oppholdet kan det hevdes at tvangstiltakene er tilstrekkelig hjemlet i dette samtykket, eventuelt i kombinasjon med allmenn nødrett.

På den annen side kan heller ikke barn som har samtykket til plassering unndra seg inngripende tiltak som kroppsvisitasjon eller ransaking, dersom institusjonen treffer vedtak om dette. Når barnet utsettes for tvangstiltakene vil det i den konkrete situasjonen antakelig ikke oppleves som mindre inngripende selv om barnets opphold i institusjonen er basert på samtykke. Det kan nok også hevdes at den reelle frivilligheten kan være varierende ved plassering i institusjon, ettersom det i en del tilfeller vil være en mulighet for tvangsmessig plassering dersom samtykket trekkes tilbake.

Herdis Helle omtaler tvunget og frivillig barnevern i sin doktoravhandling.¹ Hun argumenterer for at også frivillig barnevern, i hvert fall hvor foreldrene har samtykket på vegne av sine barn, innebærer offentlig myndighetsutøvelse. Hun begrunner dette med at selv om EU-domstolen legger til grunn at unntak fra de grunnleggende prinsippene i traktaten skal tolkes snevert, sier den samtidig at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse må ha en slik rekkevidde at formålet med unntaket blir oppnådd.

Departementet er som nevnt i tvil, men finner etter en helhetsvurdering at mye taler for at også frivillig plassering i barneverninstitusjon vil omfattes av unntaket for offentlig myndighetsutøvelse.

4. Omsorgssentre for mindreårige

Omsorgssentre for mindreårige er regulert i barnevernloven kapittel 5A. Det følger av barnevernloven § 5A-1 at *”Barne-, ungdoms- og familieetaten skal gi barn som har kommet til riket og søkt asyl uten foreldre eller andre med foreldreansvar, tilbud om opphold på et omsorgssenter for mindreårige.”*

Omsorgssentrene er underlagt rettighetsforskriften, noe som innebærer at de har de samme tvangsfullmakter som barneverninstitusjoner, jf. omtalen over. Vi forstår det slik at plassering i omsorgssenter kan være basert på tvang eller på samtykke, og at de samme tvangsbeføyelsene gjelder uavhengig av grunnlaget for plasseringen.

Tvungen plassering i omsorgssenter kan skje med hjemmel i barnevernloven §§ 4-12 eller 4-8. Frivillig plassering kan skje med hjemmel i §§ 5A-1. I slike tilfelle vil barnet kunne trekke sitt samtykke til plasseringen.

¹ Se Helle, Herdis, *Konkurransereglane i EU- og EØS-retten som skranke for nasjonale styresmakter* (doktoravhandling) 2013 s. 177-178.

På denne bakgrunn mener departementet at plassering i omsorgssenter må bedømmes på samme måte som plassering i barneverninstitusjon.

5. Fosterhjem og tilknyttede tjenester

Fosterhjem er i henhold til barnevernloven § 4-22 et privat hjem som tar imot barn til oppfostring på grunnlag av barneverntjenestens beslutning om hjelpetiltak etter § 4-4, i forbindelse med omsorgsovertakelse etter §§ 4-12 eller 4-8 annet og tredje ledd, eller etter akutthjemmelen i § 4-6.

Rettighetsforskriften kommer ikke til anvendelse på plassering i fosterhjem. Fosterhjemmet kan ikke utøve andre beføyelser overfor barnet enn det som følger av omsorgsansvaret i henhold til barneloven.

Dette utelukker i seg selv ikke at plassering i fosterhjem kan utgjøre utøvelse av offentlig myndighet. EU-domstolen uttalte som nevnt i sak C-160/08 at offentlig myndighetsutøvelse forutsetter at det foreligger ”*ekstraordinære rettlige beføyelser, statsmagtens privilegier eller beføyelsen til at udøve tvang*”. Spørsmålet blir dermed om plassering i fosterhjem utgjør en ekstraordinær rettslig beføyelse.

KOFA uttalte i avsnitt (71) i sak 2010/364 følgende om utøvelse av daglig omsorg som kan anses som utøvelse av offentlig myndighet: ”*Det kan reises spørsmål ved hvorvidt dette må anses som en ekstraordinær rettslig beføyelse, som i seg selv er kvalitativt tilstrekkelig til at unntaket for offentlig myndighetsutøvelse kommer til anvendelse.*” Klagenemnda fant ikke grunn til å gå inn på spørsmålet ettersom den allerede hadde konkludert med at institusjonenes utøvelse av tvang utgjorde offentlig myndighetsutøvelse.

Bufdir argumenterer for at utøvelse av daglig omsorg i seg selv må anses som en ekstraordinær rettslig beføyelse ettersom privatpersoner på vegne av eller på oppdrag av det offentlige får ansvar for alle spørsmål som gjelder den generelle oppdragelsen av et barn. Bufdir mener videre at de beføysene fosterforeldre kan utøve er tilstrekkelig kvalifisert til å anses som ekstraordinære, og viser til retningslinjer for fosterhjem, hvor det fremgår at fosterforeldre har myndighet til å treffe avgjørelser av svært stor betydning for barnets liv.

Departementet mener spørsmålet er vanskelig. Basert på den korte omtalen av myndigheten som utøves over barnet av foreldre i et fosterhjem finner departementet ikke å ha tilstrekkelig grunnlag til å ta stilling til om den myndighet som utøves i fosterhjem må anses som offentlig myndighetsutøvelse, slik at unntaket kommer til anvendelse.

Vi vil likevel bemerke at vi finner det tvilsomt om plassering i fosterhjem kan anses som en gjensidig bebyrdende kontrakt. Etter vår mening, og med forbehold om at vi ikke har annen informasjon om saken enn den som fremgår av Bufdirs notat, er det flere av de særtrekk som normalt taler for at det foreligger en gjensidig bebyrdende kontrakt som antakelig ikke foreligger ved plassering i fosterhjem. Vi er blant annet i tvil om den godtgjørelse som betales

til fosterhjem kan anses som kontraktmessig vederlag. Videre kan det reises spørsmål ved om tjenestens karakter og måten den skal utføres på er spesifisert i detalj av oppdragsgiver. Kontrakten vil vel heller ikke inneholde misligholdsbeføyelser ved kontraktsbrudd, som for eksempel erstatning. Det er derfor departementets oppfatning at reglene om offentlige anskaffelser av denne grunn ikke kommer til anvendelse på plassering i fosterhjem.

Når det gjelder avtaler med profesjonelle aktører angående levering av fosterhjems plasser, rekruttering, opplæring og oppfølging vil departementet bemerke at i utgangspunktet må formidling, rekruttering, opplæring og oppfølging av fosterhjem anses som en tjeneste. Vi har imidlertid ikke tilstrekkelig informasjon til å ta stilling til hvordan avtaler av slik art som, ifølge Bufdirs beskrivelse, kan inneholde ulike elementer, skal bedømmes etter reglene om offentlige anskaffelser.

6. Forholdet til reglene om offentlig støtte

Bufdir stiller spørsmål ved om kjøp av barneverntjenester omfattes av reglene om offentlig støtte.

Offentlig støtte er i utgangspunktet forbudt, jf. EØS-avtalen artikkel 61. For at det skal foreligge offentlig støtte må et eller flere foretak gis en fordel. Støtten må gis av statsmidler, og den må kunne påvirke samhandelen og konkurransen i EØS-området.

Bufdir viser til at dersom kontrakter om barneverntjenester inngås etter en anskaffelsesprosedyre vil prosedyren sikre markedspris. Vi vil peke på at dette ikke nødvendigvis vil være tilfellet for denne typen anskaffelser. For såkalte tjenester av allmenn økonomisk betydning er det vanskelig å fastslå markedspris for tjenesten fordi det bare er det offentlige som kjøper slike tjenester. Det offentlige er videre pålagt å tilby tjenestene til innbyggerne, slik at det ofte ikke er et alternativ ikke å kjøpe tjenestene. Dette innebærer at man selv gjennom en anskaffelsesprosedyre ikke kan være sikker på å oppnå markedspris.

Det kan likevel være slik at kontrakter angående tjenester av allmenn økonomisk som inngås etter en anskaffelsesprosedyre ofte ikke vil anses som å innebære offentlig støtte med grunnlag i den såkalte Altmark-doktrinen. I tillegg til at det er gjennomført en anskaffelse er det da krav om at tjenesteyteren uttrykkelig er pålagt å utføre den allmenntilgjengelige tjenesten (ved lov, forskrift, vedtak, avtale, tildelingsbrev eller lignende), at kriteriene for kompensasjonsberegningen er fastsatt på forhånd og at støttegiver har forsikret seg om at kompensasjonen ikke vil overstige de faktiske kostnadene tjenesteyter pådrar seg som følge av tjenesteoppdraget. Dersom disse kriteriene er oppfylt utgjør betaling for tjenesten ikke offentlig støtte.

En annen angrepsvinkel er å vurdere om kjøp av barneverntjenester må anses som støtte til et foretak. Foretakskriteriet innebærer at reglene om offentlig støtte bare gjelder dersom mottaker av støtten driver økonomisk aktivitet, det vil si at han tilbyr varer eller tjenester i et marked. Kriteriet vil normalt være oppfylt dersom støttemottaker deltar i anskaffelsesprosedyrer.

Også reglene om offentlig støtte har unntak for utøvelse av offentlig myndighet. Dette innebærer at i den grad støttemottakers aktivitet må anses som offentlig myndighetsutøvelse kommer reglene om offentlig støtte ikke til anvendelse. Det vil i hovedsak være de samme vurderinger som legges til grunn ved avgjørelsen av om støttemottaker utøver offentlig myndighet etter støttereglene som etter anskaffelsesreglene.

Videre kan det generelt sett for støtte til barnevernstjenester stilles spørsmål ved om støtten potensielt kan påvirke samhandelen i EØS-området. Dette forutsetter at det er en mulighet for et grenseoverskridende element i saken, som for eksempel at svenske aktører på markedet ville kunne etablere seg i Norge eller liknende.

Det er dermed en rekke momenter i støtteregelveverket som må vurderes nærmere for å kunne konkludere om en konkret kontrakt om barneverntjenester utgjør offentlig støtte eller ikke. For ytterligere informasjon om støttereglene og forholdet til barneverntjenester viser vi til den pågående notifikasjonsprosessen BLD er involvert i forbindelse med kompensasjon til enkelte ideelle aktører for deres pådratte pensjonskostnader. Vi kan eventuelt også diskutere spørsmålet nærmere i et møte dersom BLD ønsker dette.

Med hilsen

Monica Auberg (e.f.)
avdelingsdirektør

Marie Wiersholm
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer