

Til: Avkommersialiseringsutvalgets sekretariat

Fra: Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS v/ advokatene Karin Fløistad og Erik Martinius Klevmo

Ansvarlig advokat:
Karin Fløistad

Vår ref.:
100375 501 KFL/EKL

Oslo
19. juni 2024

DELOPPDRAG 2: UTREDNING AV STATSSTØTTERETTLIGE RAMMER FOR Å KUNNE BENYTTE IDEELLE AKTØRER FOR Å FÅ LEVERT VELFERDSTJENESTER

1 Innledning

Den 12. august 2022 oppnevnte regjeringen et offentlig utvalg, «Avkommersialiseringsutvalget» («utvalget»), som er satt til å utrede hvordan kommersiell drift kan fases ut i ulike skattefinansierte velferdstjenester. Utvalget er blitt bedt om å vurdere tre ulike modeller: (1) offentlig egenregi; (2) ideell drift; og (3) sterkere regulering av kommersielle aktører enn i dag. Utvalget har behov for å få utredet de statsstøtterettslige rammene for modell (2), dvs. en modell hvor tjenestene driftes av ideelle aktører i samarbeid med det offentlige. Digitaliserings- og forvaltningsdepartementet («DFD») v/ utvalget har formulert mandatet for denne utredningen som en «*utredning av adgangen til å forskjellsbehandle ideelle aktører fremfor kommersielle aktører ved tildeling av offentlig støtte, i lys av EØS-retten.*» I samråd med sekretariatet er mandatet presisert til de statsstøtterettslige rammene for å benytte ideelle aktører i velferdstjenestene. Nærmere bestemt om, og i så fall hvordan, det offentlige kan benytte ideelle for leveranser på velferdsområdet på en måte som er kompatibel med statsstøttereglene etter EØS-avtalen.

2 Noen avgrensninger

Velferdstjenester er ikke et entydig definert begrep, men omfatter en rekke ulike tjenester.¹ Det vil føre for langt innenfor rammene av mandatet å redegjøre for hver enkelt velferdstjeneste. Der det kan være relevante forskjeller mellom ulike typer velferdstjenester under statsstøtteregulverket, vil vi noen steder bare kort kommentere på det. I det følgende vil vi i samråd med mandatet særlig fokusere på offentlig finansierte helse- og sosialtjenester.

Rene anskaffelsesrettslige spørsmål, uten betydning for statsstøtteretten, faller utenfor mandatet. Dette betyr at vi ikke vil vurdere spørsmål når leveranser kan falle helt utenfor anskaffelsesregelverket f.eks. fordi det ikke dreier seg om en gjensidig bebyrdende kontrakt (grensen mot rene tilskudd), jf. lov om offentlige anskaffelser («LOA»)² § 2 og forskrift om offentlige anskaffelser («FOA»)³ § 1-1, eller fordi leveransen gjelder unntatte tjenester, jf. FOA §§ 2-1 til 2-7, f.eks. unntaket gitt for ambulansetjenester, jf. FOA § 2-4 bokstav g. Selve reservasjonsadgangen for ideelle, jf. FOA § 30-2a, behandles i deloppdrag 1, og faller også utenfor mandatet. Vi vil kun si noe om dette i en statsstøtterettslig kontekst, jf. punkt 4 og 5.

Grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet er av viktig betydning både under anskaffelses- og statsstøtteregulverket. Fordeler fra det offentlige til aktører som ikke kan anses som «foretak» fordi

¹ Se f.eks. NOU 2024:1 – «Definisjon og registrering av ideelle velferdsaktører», punkt 2.5.

² LOV-2016-06-17-73 (anskaffelsesloven).

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

de driver offentlig myndighetsutøvelse eller annen ikke-økonomisk aktivitet, vil ikke utgjøre statsstøtte, ettersom samtlige støttekriterier i EØS-avtalen artikkel 61(1) da ikke er oppfylt. Vi vil kommentere grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet i punkt 4.2, men det vil føre for langt å redegjøre i full detalj for grensedragningen for hver enkelt av velferdstjenestene innenfor rammene av mandatet.⁴

3 Statsstøtterettslige utgangspunkter

3.1 EØS-avtalen artikkel 61(1) – støttekriteriene definerer hva som er statsstøtte

Et tiltak utgjør statsstøtte under EØS-avtalen artikkel 61(1) dersom følgende støttekriterier er oppfylt:

- Tiltaket er gitt av offentlige midler som må tilregnes det offentlige («statsmiddelkriteriet»).
- Tiltaket innebærer at mottaker oppnår en fordel («fordelskriteriet»).
- Tiltaket er selektivt, f.eks. kun gitt til bestemte foretak («selektivitetskriteriet»).
- Tiltaket er gitt til en mottaker som driver økonomisk aktivitet («foretakskriteriet»).
- Tiltaket er egnet til å vri konkurransen («konkurransesvridningskriteriet»).
- Tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen innenfor EØS («samhandelskriteriet»).

EØS-avtalen gjelder som norsk lov, jf. § 1 i EØS-loven.⁵ Utgangspunktet er at ethvert tiltak som utgjør statsstøtte under EØS-avtalen artikkel 61(1) er forbudt i den forstand at det ikke lovlig kan iverksettes med mindre det på forhånd er notifisert til og godkjent av EFTAs overvåkningsorgan ("ESA"). Det er gitt egne regler om statsstøtte i norsk rett, særlig i den nye støtteprosessloven (med forskrifter) som i helhet trådte i kraft fra 1. januar 2023 og avløser tidligere lov (med forskrifter) om offentlig støtte.⁶ Formålet med støtteprosessloven er å sikre Norges etterlevelse av EØS-avtalen på statsstøtteområdet. Det gjelder et iverksettelsesforbud for all statsstøtte som skal notifiseres til ESA, jf. støtteprosessloven § 5. Støttegiveren skal kreve at offentlig støtte som er tildelt i strid med § 5 tilbakeføres, og dersom ESA har fattet vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte, skal støttegiveren kreve støtten tilbake i henhold til vedtaket, jf. støtteprosessloven § 12 første ledd. Iverksettelsesforbudet og tilbakeføringsplikten søker å gjenopprette en potensiell ubalanse i markedet som kan ha oppstått som følge av ulovlig iverksatt støtte. Brudd på statsstøtteregelverket kan også håndheves privat i form av erstatningskrav fra private parter.⁷

4 Inngangsspørsmålet: Foreligger det i det hele tatt statsstøtte?

4.1 Generelt om støttekriteriene innenfor konteksten av velferdstjenester fra ideelle

For at statsstøtteretten i det hele tatt skal utgjøre en relevant rettslig ramme for å benytte ideelle aktører til å levere velferdstjenester, må samtlige støttekriterier i EØS-avtalen artikkel 61(1) være oppfylt for den aktuelle leveransen. Hvis ikke, foreligger det uansett ikke noen statsstøtterettslig relevant fordel å vurdere. Det første spørsmålet som må stilles er altså om en ideell aktør, som blir satt til å levere en bestemt velferdstjeneste på vegne av det offentlige, kan anses som et foretak som får tilført selektive fordeler gitt av statsmidler, og som kan vri eller true med å vri konkurransen i EØS. Som ellers, vil en vurdering av inngangsvilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) måtte vurderes konkret fra sak til sak.

Offentlig finansierte velferdstjenester vil klart være tiltak gitt av statsmidler. Bruk av bestemte ideelle aktører for å levere velferdstjenester vil også klart oppfylle selektivitetskriteriet fordi det kun vil være de aktørene som det offentlige utvelger og kompenserer for å levere disse velferdstjenestene som mottar offentlig finansiering for disse leveransene. At tiltaket på den måten er «selektivt» etter EØS-avtalen

⁴ Se også tilbudsbeskrivelsen der vi avgrenser mot dette.

⁵ LOV-1992-11-27-109 (EØS-loven).

⁶ LOV-2022-03-04-7 (støtteprosessloven).

⁷ Se f.eks. sak LE-2023-42043 *Bølgen Trening*, Eidsivating lagmannsretts avgjørelse av 6. oktober 2023 (saken verserer for Høyesterett).

artikkel 61(1) må ikke forveksles med EØS-rettens likebehandlingsprinsipp, som vi kommer tilbake til i punkt 5.

For flere velferdstjenester, f.eks. på området helse- og sosialtjenester, finnes det en rekke leverandører, ideelle som kommersielle, etablert i Norge og ellers i EØS. Eksisterende og potensielle investeringer for etablering av private velferdstjenester i Norge fra aktører i EØS er derfor på flere områder reelle, og ikke rent hypotetiske. Det er bare tiltak som har et utelukkende lokalt preg («purely local impact») som ikke kan anses for å påvirke samhandelen i EØS.⁸ ESA har riktignok i enkelte saker, bl.a. i en sak om private omsorgsboliger, konkludert med at tjenestene hadde så lokalt preg at det ikke forelå statsstøtte.⁹ Også EU-kommisjonen har noen ganger konkludert slik, bl.a. for boligsosiale formål («social housing»)¹⁰ Hvis det først er gitt en fordel til et «foretak» i EØS-avtalen artikkel 61(1)s forstand, jf. punkt 4.2 og 4.3 under, skal det likevel nokså lite til før man også konkluderer med at fordelene i det minste kan true med å vri konkurransen i EØS. Ofte kan dermed konkurransevridnings- og samhandelskriteriet være oppfylt også innenfor velferdstjenester, herunder på området for helse- og sosialtjenester.¹¹ I praksis vil det uansett normalt være krevende å vurdere dette i den enkelte sak på en måte som muliggjør en tilstrekkelig trygg og sikker konklusjon. Grunnen til dette er at vurderingen nødvendigvis blir skjønnsmessig og at praksis på området heller ikke fremstår som helt entydig og konsistent. Normalt vil det dermed være forbundet med en viss risiko for det offentlige å belage seg på at bruk av ideelle for å levere velferdstjenester ikke vil kunne vri konkurransen i EØS. I de fleste saker vil det i det minste være risiko for at disse kriteriene er oppfylt.

Det er likevel ett unntak fra dette: For støtte som er «bagatellmessig» («de minimis») kan det offentlige uten videre trygt legge til grunn at samhandelen i EØS ikke kan bli påvirket, slik at kompensasjonen til ideelle for å levere en bestemt velferdstjeneste da ikke involverer statsstøtte. Dette følger av de såkalte «de minimis» forordningene fra EU på statsstøtteområdet. De tidligere forordningene på dette området, som gjaldt frem til 31. desember 2023, er gjennomført i norsk rett i en forskrift til støtteprosessloven.¹² For å avløse de tidligere forordningene, vedtok EU-kommisjonen nye forordninger mot slutten av 2023. I henhold til de nye forordningene vil kompensasjon til en ideell aktør over en treårsperiode på inntil EUR 750 000 for å levere tjenester av allmenn økonomisk betydning anses som så «bagatellmessig» at man kan legge til grunn at samhandelen ikke påvirkes.¹³ Den nye (og høyere) beløpsgrensen er foreløpig ikke inkorporert i EØS-avtalen eller gjennomført i norsk rett, men innføring kan forventes innen kort tid.

4.2 Foretakskriteriet – grensen mellom økonomisk og ikke-økonomisk aktivitet

4.2.1 Offentlig myndighetsutøvelse og andre ikke-økonomiske tjenester

Utgangspunktet er at enhver aktivitet som består av å levere tjenester (eller varer) på et marked anses som økonomisk aktivitet, uavhengig av hvem som leverer den og hvordan tjenesten er finansiert. Det er uten betydning om det er ideelle, kommersielle eller statlige aktører som leverer tjenesten. Det er ikke hvem som leverer tjenesten som betyr noe, men om selve tjenesten som sådan er av en slik art at den

⁸ ESAs retningslinjer «On the Notion of State Aid», avsnitt 196.

⁹ Se f.eks. sak 291/03/COL *Private omsorgsboliger i Oslo*, ESAs vedtak av 18. desember 2003.

¹⁰ Se f.eks. sak SA.38920 *Alleged State aid to Santa Casa de Misericordia de Tomar*, EU-kommisjonens vedtak av 9. august 2016.

¹¹ Se f.eks. sak SA.19864 *Public financing of Brussels public IRIS hospitals*, EU-kommisjonens vedtak av 5. juli 2016; sak SA.34655 *Investment aid for Nursing Home and connected facilities in the City of Dahn*, EU-kommisjonens vedtak av 2. juni 2017; og sak C-385/18 *Arriva Italia*, EU-domstolens avgjørelse av 19. desember 2019, avsnitt 42-44 (med videre henvisninger), som klargjør at det skal lite til.

¹² FOR-2023-01-02-2 (forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte).

¹³ EU-kommisjonens forordning 2023/2832/EU (tidligere beløpsgrense var EUR 500 000).

kan klassifiseres som økonomisk eller ikke-økonomisk.¹⁴ Også EFTA-domstolen har fastslått at det at en kontrakt inngås med en ideell aktør, ikke hindrer at aktøren kan anses for å drive økonomisk aktivitet.¹⁵

I kjernen av ikke-økonomisk aktivitet ligger offentlig myndighetsutøvelse, f.eks. fra forsvar, politi mv.¹⁶ Herunder også aktiviteter som er uløselig forbundet med offentlig myndighetsutøvelse.¹⁷ Dette unntaket for offentlig myndighetsutøvelse har en avgrenset relevans på velferdstjenesteområdet. ESA har i en sak om kompensasjon for pensjonskostnader for ideelle som leverte visse helse- og barnevernstjenester bl.a. vektla elementet av lovregulert tvang for enkelte av disse tjenestene for å klassifisere dem som ikke-økonomiske.¹⁸ Trygdeytelser kan også etter omstendighetene, avhengig bl.a. av hvordan den enkelte ytelse er organisert nasjonalt, anses som ikke-økonomiske, og det samme gjelder utdanningstjenester, som er et særskilt område.¹⁹ Det siste er også fastslått av EFTA-domstolen.²⁰

Velferdstjenester i form av helse- og sosialtjenester kan også etter omstendighetene, avhengig bl.a. av hvordan den enkelte tjenesten er organisert nasjonalt, bli ansett som ikke-økonomiske. EFTA-domstolen har f.eks. fastslått at e-helseløsninger, og tilknyttede tjenester (helseregistre mv.) fra Norsk Helsenett SF og Direktoratet for e-helse, ble levert innenfor det norske, solidaritetsbaserte helsesystemet, og at disse aktørene derfor ikke er foretak når de leverer slike tjenester.²¹ At også private aktører i prinsippet kunne ha levert slike tjenester var irrelevant da det ikke var åpnet opp noe marked for dette. Ut fra tilsvarende tilnærming har også EU-domstolene i enkelte saker konkludert bl.a. med at helsetjenester fra offentlig finansierte sykehus i et solidaritetsbasert system er ikke-økonomiske, også selv om det var innført en grad av konkurranse gjennom «fritt behandlingsvalg» mellom ulike offentlige, og også private sykehus.²² Dersom det offentlige regulerer og organiserer leveransen av en velferdstjeneste slik at den ikke utgjør økonomisk aktivitet, så vil ikke et eventuelt samarbeid med ideelle for leveransen begrenses av statsstøtteregele.

4.2.2 Økonomiske tjenester – herunder tjenester av allmenn økonomisk betydning

Velferdstjenester, herunder helse- og sosialtjenester, kan i flere tilfeller også bli ansett som økonomiske aktiviteter, slik at ideelle aktører som leverer slike tjenester til det offentlige må anses som «foretak» i EØS-avtalen artikkel 61(1)s forstand. EU-domstolen har i en sak konkludert med at sosialtjenester i form av personlig assistanse levert fra ideelle aktører utgjør økonomisk aktivitet.²³ EFTA-domstolen har også nylig konkludert med at langtidsplasser i sykehjem levert fra ideelle er økonomisk aktivitet.²⁴ Selv om begge disse sakene handlet om anskaffelsesregelverkets virkeområde, er det nærliggende å anta at de kan ha en overføringsverdi til statsstøtteområdet, til tross for at det muligens kan være enkelte forskjeller eller nyanser i vurderingen av dette under EØS-avtalens regler om det indre markedet («fire

¹⁴ ESAs retningslinjer “On the Notion of State Aid”, avsnitt 7-16.

¹⁵ Sak E-4/22 *Stendi og Norlandia*, EFTA-domstolens avgjørelse av 28. mars 2023, avsnitt 45 (med videre henvisninger).

¹⁶ ESAs retningslinjer «On the Notion of State Aid”, avsnitt 17-18.

¹⁷ Se f.eks. sak C-138/11 *Compass-Datenbank*, EU-domstolens avgjørelse av 12. juli 2012, avsnitt 36-41 (med videre henvisninger).

¹⁸ Sak 017/18/COL *Pensjonskostnader for ideelle leverandører av helse- og barnevernstjenester*, ESAs vedtak av 7. februar 2018.

¹⁹ ESAs retningslinjer «On the Notion of State Aid”, avsnitt 19-22 og 28-32.

²⁰ Se f.eks. sak E-5/07 *Private barnehager*, EFTA-domstolens avgjørelse av 21. februar 2008, avsnitt 78-83 (med videre henvisninger); sml. også her med sak E-13/19 *Hraðbraut*, EFTA-domstolens avgjørelse av 10. desember 2020, avsnitt 90-98 (med videre henvisninger).

²¹ Sak E-9/19 *Abelia*, EFTA-domstolens avgjørelse av 17. november 2020, avsnitt 87-98 (med videre henvisninger).

²² Se f.eks. sak T-223/18 *Casa Regina*, Rettens avgjørelse av 2. juni 2021, avsnitt 147-173 (med videre henvisninger); som deretter ble anket til EU-domstolen, men så opprettholdt i sak C-492/21 P *Casa Regina*, EU-domstolens avgjørelse av 27. april 2023, avsnitt 124-130.

²³ Sak C-436/20 *ASADE*, EU-domstolens avgjørelse av 14. juli 2022, avsnitt 63-74 (med videre henvisninger).

²⁴ Sak E-4/22 *Stendi og Norlandia*, EFTA-domstolens avgjørelse av 28. mars 2023, avsnitt 38-47 (med videre henvisninger).

friheter»), som anskaffelsesretten springer ut fra, og konkurransereglene, som statsstøtteregele er en del av.²⁵ Det er uansett en viss risiko for at tilsvarende syn kan «smitte over» også på statsstøtteområdet.

At helse- og sosialtjenester i en konkret sak kan måtte anses som økonomisk aktivitet, fremgår for øvrig også forutsetningsvis av artikkel 2(1) (b) og (c) i EU-kommisjonens beslutning 2012/21/EU om støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning («SGEI-beslutningen»), som vi kommer tilbake til i punkt 5. At helse- og sosialtjenester svært ofte vil være tjenester av allmenn betydning («SGI»), noen ganger også omtalt som helse- og sosialtjenester av allmenn betydning («SSGI»), er neppe tvilsomt. Det som er utfordrede er å trekke opp grensen for når man har med helse- og sosialtjenester av allmenn økonomisk betydning («SGEI») å gjøre, og når man har med ikke-økonomiske tjenester av allmenn betydning å gjøre.

Tilsvarende som at det normalt vil være krevende for det offentlige å vurdere om bruk av ideelle til å levere velferdstjenester i en konkret sak kan true med å vri konkurransen og påvirke samhandelen i EØS, vil det i praksis normalt også være krevende å vurdere om en konkret velferdstjeneste, særlig innenfor helse- og sosialtjenesteområdet, er økonomisk eller ikke. Det vil være vanskelig, også her, å vurdere dette i den enkelte sak på en måte som muliggjør en tilstrekkelig trygg og sikker konklusjon. Normalt vil det dermed være forbundet med en viss risiko for det offentlige å belage seg på at bruk av ideelle aktører for å levere velferdstjenester dreier seg om offentlige myndighetsutøvelse eller annen ikke-økonomisk aktivitet, i mange saker vil det i det minste være risiko for at de ideelle aktørene må anses som «foretak», slik at en mulig fordel det offentlige gir til disse, kan måtte anses som statsstøtte under EØS-avtalen artikkel 61(1).

I den grad velferdstjenestene som ideelle leverer må anses som økonomiske, går vi likevel ut fra at det i de aller fleste, og nærmest alle tilfeller, i så fall dreier seg om tjenester av allmenn økonomisk betydning. EØS-retten gir ingen autoritativ, uttømmende definisjon av hvilke tjenester som kan være av allmenn økonomisk betydning. Dette vil kunne variere mellom EØS-statene. Det offentlige har derfor en betydelig skjønnsmargin og kan i stor grad selv definere hvilke tjenester som er av allmenn økonomisk betydning i norsk sammenheng. Et minstekrav er imidlertid at markedet ikke alene ville ha levert tjenesten i samme utstrekning eller på samme vilkår, dvs. uten en offentlig inngripen i form av kompensasjon. I dette ligger det et krav om at det må foreligge en såkalt «markedssvikt». Enkelt forklart, betyr dette at det må dreie seg om tjenester i innbyggerne eller samfunnets interesse, men som markedsaktørene ikke er villige til å tilby på markedet i den utstrekning eller på vilkår som fullt ut ivaretar denne interessen. Slik vil det være hvis en tjeneste ikke gir tilstrekkelig avkastning ut fra rent kommersielle interesser, f.eks. fordi den koster mer å levere enn hva innbyggerne er villige, eller i stand til, å betale for denne, eller fordi tjenesten skal ha samme kvalitet uavhengig av hvem eller hvor den benyttes. Selv om det er det offentlige som har bevisbyrden for at en bestemt velferdstjeneste er en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, har ESA kun anledning til å tilsidesette norske myndigheters vurdering hvis den fremstår som åpenbart uriktig.²⁶

At velferdstjenester, og særlig helse- og sosialtjenester, svært ofte vil la seg definere av det offentlige som tjenester av allmenn økonomisk betydning, fremgår for øvrig også forutsetningsvis av artikkel 2(1) (b) og (c) i SGEI-beslutningen, som vi kommer tilbake til i punkt 5. Selv om det offentlige må gjøre en vurdering av dette i hver enkelt sak, vil mange velferdstjenester slik disse er organisert i Norge i dag og som det offentlige ønsker at ideelle drifter mot kompensasjon, kunne falle innenfor kategorien tjenester av allmenn økonomisk betydning – i den grad tjenestene i det hele tatt er økonomiske. Dersom det offentlige ønsker å definere disse som tjenester av allmenn økonomisk betydning vil dette dermed la seg gjøre på et relativt trygt og sikkert grunnlag så lenge man kan fastslå at markedsaktørene ikke selv vil

²⁵ Dette diskuteres bl.a. av generaladvokat Medina i sak C-436/20 *ASADE*, generaladvokatens uttalelse av 3. februar 2022, avsnitt 46-52, se også uttalelser fra generaladvokat Maduro i sak C-205/03 *FENIN*, generaladvokatens uttalelse av 10. november 2005, avsnitt 50-51.

²⁶ ESAs retningslinjer "Application of the state aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest", avsnitt 45-50; som er tilsvarende EU-kommisjonens likelydende retningslinjer, SGEI Communication («SGEI-retningslinjene»).

levere tjenesten med samme kvalitet uten offentlig kompensasjon. Etter vårt syn er det ofte tryggere å definere tjenestene slik enn å risikere å «trå feil» på grensen mot ikke-økonomisk aktivitet, selv om det kan argumenteres godt i noen tilfeller for at enkelte velferdstjenester er ikke-økonomiske. Det samme gjelder vurderingen av om den ideelle aktøren mottar en fordel, se nedenfor i punkt 4.3.2.2 om det fjerde Altmark-kriteriet.

4.3 Fordelskriteriet – velferdstjenester av allmenn økonomisk betydning

4.3.1 Overordnet om «SGEI-pakken» av 2012 – den såkalte «Almunia-pakken»

I en tysk sak om tilskudd til et foretak med lisens til å drifte regionale bussruter, avklarte EU-domstolen at offentlig kompensasjon gitt til foretak, som betaling for utførelse av tjenester av allmenn økonomisk betydning, ikke er statsstøtte såfremt fire kriterier er oppfylt.²⁷ Dette er de såkalte «Altmark-kriteriene», som benyttes for å avgjøre når kompensasjon for slike tjenester faller helt utenfor statsstøttereguleringen. Hvis alle fire «Altmark-kriteriene» er oppfylt, anses ikke kompensasjonen for å ha overført noen fordel.

Selv om EU-domstolen hadde gitt veiledning ved de fire «Altmark»-kriteriene i den tyske saken fra 2003, var det etter avgjørelsen fortsatt usikkert hvordan kriteriene skulle forstås. EU-kommisjonen publiserte derfor en første «SGEI-pakke» i 2005. Denne ble revidert og utvidet i 2012 i en ny «SGEI-pakke», den såkalte «Almunia-pakken». SGEI-pakken fra 2012, som nå gjelder, består av følgende rettslige elementer:

- SGEI Communication («SGEI-retningslinjene»), som klargjør grunnleggende statsstøtterettslige konsepter for tjenester av allmenn økonomisk betydning og forholdet til «Altmark-kriteriene», f.eks. når kompensasjon ikke vil utgjøre statsstøtte. Retningslinjene er ikke-bindende, og er kun et «soft law» instrument som gir veiledning til EØS-statene for å anvende «Altmark-kriteriene».
- SGEI Decision («SGEI-beslutningen»), dvs. EU-kommisjonens beslutning 2012/21/EU, klargjør vilkårene for når statsstøtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning er unntatt fra kravet til notifikasjon til ESA. Dette er en rettslig bindende beslutning, inkorporert i EØS-avtalen.²⁸ Den er også tatt inn i § 3 i den norske forskriften om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.
- SGEI Framework («SGEI-rammeverket»), er «soft law» retningslinjer for når det å kompensere for tjenester av allmenn økonomisk betydning som ikke oppfyller vilkårene i SGEI-beslutningen, og da må notifiseres til ESA, kan anses som kompatibel med EØS-avtalen etter en notifikasjon.²⁹
- SGEI «de minimis» forordningen, som nevnt i punkt 4.1 over.

For spørsmålet om ideelle vil få en fordel, er «Altmark-kriteriene», jf. SGEI-retningslinjene, avgjørende.

4.3.2 Nærmere om «Altmark-kriteriene» – hva som skal til for at fordelskriteriet ikke er oppfylt

4.3.2.1 Det første, andre og tredje «Altmark-kriteriet»

Det første «Altmark-kriteriet» krever en såkalt «entrustment act», dvs. at det offentlige må pålegge den ideelle aktøren å levere tjenesten og fastsette rammene for tjenesteleveransen på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte.³⁰ En «entrustment act» kan være fastsatt i en lov- eller forskriftshjemmel, men den kan også fremgå av en gjensidig kontrakt eller i et ensidig tilskuddsdokument. Det er altså ikke noe

²⁷ Sak C-280/00 *Altmark*, EU-domstolens avgjørelse av 24. juli 2003, avsnitt 87-94.

²⁸ SGEI-beslutningen er inkorporert (med tilpasninger) i EØS-avtalens vedlegg XV (statsstøtte), nr. 1h.

²⁹ Se ESAs tilsvarende retningslinjer «Framework for state aid in the form of public service compensation» («SGEI-rammeverket”).

³⁰ Sak C-280/00 *Altmark*, EU-domstolens avgjørelse av 24. juli 2003, avsnitt 89.

formkrav. Som et minimum kreves det at en «entrustment act» definerer (i) selve tjenesten av allmenn økonomisk betydning og varigheten av leveransen; (ii) den aktøren som skal levere tjenesten og hvor den skal leveres; (iii) eventuelle eneretter eller eksklusive rettigheter som aktøren eventuelt får tildelt utover leveransen (neppe aktuelt); (iv) kompensasjonsmekanismen og tiltak for å kontrollere kompensasjonen; og (v) tiltak for å unngå overkompensasjon og for å kreve overkompensasjon tilbake.³¹

Det andre «Altmark-kriteriet» krever at kompensasjonsmekanismen må være fastsatt på forhånd, jf. (iii) over, på en objektiv og gjennomsiiktig måte.³² Det er ikke noe krav om bruk av en bestemt formel så lenge parameterne for utmåling av kompensasjon er klart definert på forhånd. Det sentrale her er å få på plass en allokering av inntekter og kostnader. Det er bare kostnadene som er forbundet med å levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning som er relevant. Alle inntekter fra leveransen skal komme til fratrukk. For inntekter og kostnader som eventuelt er felles både for det som faller innenfor og utenfor leveransen, må det utformes en «allokeringsnøkkel». I den grad det legges opp til at den ideelle leverandøren skal få beholde en rimelig profitt, må det også defineres hva denne profitten er, og hvordan denne skal utregnes. Det må også legges inn kontrollmekanismer slik at det offentlige kan kontrollere beregningen av netto kostnadene og marginen aktøren får ved å levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning. Hvis aktøren ikke bare skal levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning, men også har andre aktiviteter på siden av denne, må det kreves separate regnskaper, eventuelt selskapsmessig skille. Hvis tjenesten av allmenn økonomisk betydning tildeles etter en anskaffelse, jf. punkt 4.3.2.2 under, må den offentlige oppdragsgiver inkludere informasjon om kompensasjonsmekanismen i kunngjøringen.³³

Det tredje «Altmark-kriteriet» krever at kompensasjonen som aktøren mottar for å levere tjenesten ikke utgjør overkompensasjon, jf. (iii) og (iv) over.³⁴ Dette knytter seg til kravet over om at leverandøren ikke kan motta mer enn dekning av sine netto kostnader ved å levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning, pluss en eventuell rimelig profitt, og et krav om at dette kontrolleres. Det sentrale er her å definere inntekter og kostnader, og en riktig «allokeringsnøkkel» for det som eventuelt er felles på inntekts- eller utgiftssiden, på riktig måte, og sikre at profitten ikke overstiger det rimelige.³⁵ Vi kommer tilbake til dette i punkt 5 under, men bemerker allerede her at norske myndigheter ikke bare har en betydelig skjønnsmargin når det kommer til å definere om en konkret velferdstjeneste vil være av allmenn økonomisk betydning, men også når det kommer til kompensasjonsmekanismen, som typisk kan by på komplekse økonomiske vurderinger av «allokeringsnøkler», beregning av rimelig profitt mv. Også her vil ESA dermed bare kunne tilsidesette vurderingen hvis den fremstår som åpenbart uriktig.³⁶

4.3.2.2 Nærmere om det fjerde «Altmark-kriteriet»

Det er det fjerde «Altmark-kriteriet» som lett kan by på mer usikkerhet knyttet til spørsmålet om det å kompensere aktører for levering av velferdstjenester av allmenn økonomisk betydning overfører en fordel, og i det hele tatt involverer statsstøtte. I dette kriteriet ligger det et krav ikke bare om at aktøren ikke må få overkompensasjon (sett hen til inntekter, kostnader og en rimelig profitt), men også et krav om at det kun betales en «markedspris» for tjenesten, dvs. at det offentlige må sikre at tjenesten leveres til lavest mulig kostnad for samfunnet.³⁷ Her kan det skilles mellom ulike situasjoner:³⁸

³¹ ESAs SGEI-retningslinjer, avsnitt 51-53.

³² Sak C-280/00 *Altmark*, EU-domstolens avgjørelse av 24. juli 2003, avsnitt 90-91.

³³ ESAs SGEI-retningslinjer, avsnitt 54-59.

³⁴ Sak C-280/00 *Altmark*, EU-domstolens avgjørelse av 24. juli 2003, avsnitt 92.

³⁵ ESAs SGEI-retningslinjer, avsnitt 60-61.

³⁶ Se f.eks. sak T-219/14 *Italia mot Kommisjonen*, Rettens avgjørelse av 6. april 2017, avsnitt 101 (med videre henvisninger).

³⁷ Sak C-280/00 *Altmark*, EU-domstolens avgjørelse av 24. juli 2003, avsnitt 93.

³⁸ ESAs SGEI-retningslinjer, avsnitt 62-77.

- Der det offentlige utlyser velferdstjenesten i et åpent anbud i tråd med anskaffelsesregelverket, uten begrensninger i deltakelsen, kan man forutsette at kompensasjonen er en «markedspris», gitt at det faktisk har vært konkurranse om kontrakten. Helt åpne anbudskonkurranser vil dermed utelukke at kompensasjonen kan utgjøre statsstøtte.
- Der det offentlige utlyser en anbudskonkurranse på helse- og sosialtjenesteområdet i tråd med anskaffelsesregelverket, som over, men hvor deltakelsen i konkurransen er reservert til ideelle aktører, jf. FOA § 30-2a, vil det derimot være noe mer usikkerhet om dette gir tilstrekkelig trygghet for en «markedspris». SGEI-retningslinjene er utformet strengt på dette punktet, slik at det ikke kan utelukkes en risiko for at enhver utforming av konkurransen som begrenser deltagelsen kan gjøre at det offentlige ikke kan belage seg på bruk av anskaffelsesregelverket, men må inn i krevende «benchmarking»-øvelser for å forsøke å dokumentere en «markedspris». Det skaper usikkerhet, selv om det etter vårt syn er godt mulig å argumentere for at når det offentlige først har adgang til å reservere for ideelle, så er prisen nettopp en «markedspris» satt i konkurranse i det (lovlige definerte) markedet, som vil være et marked for helse- og sosialtjenester fra ideelle.
- Der det offentlige tildeler tjenesten til en ideell aktør direkte, dvs. uten en anbudskonkurranse i henhold til anskaffelsesregelverket, typisk fordi man faller helt utenfor anskaffelsesreglene av en eller annen grunn, f.eks. for sikkerhet- og beredsskapstjenester vil man heller ikke kunne være helt trygg på at kompensasjonen er en «markedspris» og «benchmarking» vil dermed være aktuelt. Dette skaper en viss usikkerhet, selv om det også her kan argumenteres for at når først anskaffelsesregelverket ikke krever en konkurranseutsetting i markedet for en slik tjeneste, men åpner for direkte tildeling, så må det være mulig for det offentlige å benytte dette unntaket i samsvar med statsstøttereglene.

I modell (2), hvor forutsetningen vil være at det offentlige ønsker drift fra ideelle, , enten ved å reservere deltakelsen i konkrete anskaffelser for ideelle aktører eller gjennom å foreta direkte tildelinger til ideelle, er vår vurdering uansett at det er forbundet med noe usikkerhet å belage seg på «Altmark-kriteriene» for å hevde at kompensasjonen faller helt utenfor statsstøttereglene. Det er begrenset praksis på området, men i flere tilfeller vil det være en viss risiko for at det fjerde «Altmark-kriteriet» ikke er oppfylt.³⁹

5 Gitt at det kan foreligge statsstøtte: Hvordan sikre samsvar med reglene?

Velferdstjenester er ikke som andre tjenester. Disse vil typisk skille seg fra andre tjenester fordi de er av allmenn betydning, er organisert ulikt i ulike EØS-stater, og i norsk sammenheng vil være underlagt det offentlige «sørge-for» ansvar. Selv når disse tjenester er økonomiske, vil det ofte trygt kunne legges til grunn at det foreligger en «markedssvikt», slik at dette er tjenester av allmenn økonomisk betydning. Velferdstjenester i form av helse- og sosialtjenester, i den grad de er økonomiske, og dermed av allmenn økonomisk betydning, har en særlig «beskyttelsesverdi» under EØS-retten, også statsstøtterettslig. Et av formålene med SGEI-beslutningen fra 2012 var nettopp å gjøre det enklere for det offentlige å tildele og kompensere aktører som leverer helse- og sosialtjenester, i den grad dette er økonomiske tjenester og det kan være usikkert, eller i det minste krevende, å vurdere om det fjerde «Altmark-kriteriet» er oppfylt.

Forutsetningen i SGEI-beslutningen er at det gis statsstøtte (en fordel) til en aktør som leverer tjenesten. Dermed er det ikke nødvendig å vurdere om det betales en «markedspris» for tjenesten (forutsetningen her er jo tross alt at det er en mulighet for at kompensasjonen kan overstige «markedspris»), slik at en

³⁹ Det er verdt å merke seg at Altmarkkriteriene er operasjonalisert, slik vi har beskrevet de her, av Kommisjonen og ikke av EU-lovgiver eller EU-domstolen noe som gir en viss usikkerhet knyttet til hvor «bokstavelig» operasjonaliseringen skal tas.

fordel ikke kan utelukkes).⁴⁰ Normalt kan ikke statsstøtte lovlig iverksettes før den har blitt notifisert til og godkjent av ESA. SGEI-beslutningen er et viktig unntak fra dette. Enkelt forklart, vil støtte til aktøren anses som «automatisk» kompatibel med EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen artikkel 59(2), slik at støtten lovlig kan iverksettes uten at ESA har godkjent den, forutsatt at alle vilkårene i SGEI-beslutningen er oppfylt.⁴¹

I en nylig evaluering og såkalt «fitness check» av «SGEI-pakken» fra 2012 innenfor området for helse- og sosialtjenester⁴², som EU-kommisjonen har gjennomført, heter det i en oppsummering at «*compensation measures for health and social services – to the extent that they constitute State aid and exceed the (SGEI) de minimis threshold ... usually fall under the SGEI Decision, regardless of the aid amounts involved.*»⁴³ I tråd med dette er også vårt syn at bruk av SGEI-beslutningen, i kombinasjon med enten reserverte eller direkte tildelte kontrakter for ideelle på helse- og sosialtjenesteområdet innenfor rammene av reglene om offentlige anskaffelser, normalt er en sikker og trygg måte å sikre at kompensasjonen er kompatibel med statsstøtteretten. SGEI-beslutningen vil dermed være et viktig virkemiddel for eksempel i saker der det offentlige ikke med tilstrekkelig sikkerhet kan fastslå at den konkrete velferdstjenesten er ikke-økonomisk.⁴⁴

For bruk av SGEI-beslutningen som grunnlag for å finansiere ideell drift av velferdstjenester uten å måtte notifisere støtten til ESA, gjelder det i utgangspunktet en beløpsgrense på inntil EUR 15 millioner årlig, dvs. at gjennomsnittlig årlig kompensasjon til en aktør over alle årene tjenesten skal leveres ikke kan overstige dette, jf. artikkel 2(1)(a). For følgende helse- og sosialtjenester gjelder likevel ikke grensen:

- Helsetjenester: Tjenester av allmenn økonomisk betydning som utføres av sykehus som yter helsehjelp, herunder akutt legehjelp, og andre tjenester direkte knyttet til det, jf. artikkel 2(1)(b).
- Sosialtjenester: Tjenester av allmenn økonomisk betydning som dekker sosiale behov knyttet til sykepleie og langtidspleie (f.eks. innenfor eldreomsorg), barnepleie, adgang til og gjeninntreden på arbeidsmarkedet, sosialboliger, samt vern/integrering av sårbare grupper, jf. artikkel 2(1)(c).

Leveransen som pålegges aktøren må normalt ha en varighetsbegrensning på maksimalt 10 år, selv om også lengre varighet kan aksepteres, typisk hvis leveransen forutsetter betydelige investeringer som har en lengre avskrivningstid, jf. artikkel 2(2). Det tryggeste er likevel å begrense seg til maksimalt 10 år av gangen, og så eventuelt foreta en fornyet vurdering av «markedsvikten» mv. rett før utløp av perioden.⁴⁵

Tilsvarende som det første «Altmark-kriteriet», jf. punkt 4.3.2.1 over, krever SGEI-beslutningen at det fastsettes en «entrustment act» med innhold som nevnt over. I tillegg kommer det et særskilt krav om at «entrustment act», f.eks. en kontrakt eller tildeling, må henviser uttrykkelig til 2012/21/EU, jf. artikkel 4.

Tilsvarende som det andre og tredje «Altmark-kriteriet», jf. punkt 4.3.2.1 over, krever SGEI-beslutningen at det fastsettes en kompensasjonsmekanisme på forhånd på en objektiv og gjennomsiktig måte, jf. artikkel 5, og det offentlige minimum hvert tredje år kontrollerer at kompensasjonen til aktøren ikke

⁴⁰ Sml. f.eks. sak C-660/15 P *Viasat Broadcasting*, EU-domstolens avgjørelse av 8. mars 2017, avsnitt 32-35.

⁴¹ Fordi støtte i samsvar med SGEI-beslutningen ikke krever notifikasjon, vil man normalt ikke finne spor av vedtak fra EU-kommisjonen eller ESA for slike tiltak, men se, til illustrasjon, sak SA.61014 *Aid to Slovenian Press Agency*, EU-kommisjonens vedtak av 29. april 2021; samt, om helse- og sosialtjenester, sak SA.49313 *Compensation to CAPS project for deaf/mutes*, EU-kommisjonens vedtak av 17. mars 2022; for et eksempel fra ESA basert på SGEI-beslutningen, se sak 098/19/COL *Alleged unlawful aid to TV2*, ESAs vedtak av 13. desember 2019.

⁴² EU-kommisjonens Staff Working Document – «Evaluation of the State subsidy rules for health and social services of general economic interest ("SGEIs") and of the SGEI de minimis Regulation», SWD (2022) 389 final, EU-kommisjonens rapport er datert 1. desember 2022.

⁴³ Lenke: <https://op.europa.eu/webpub/com/refit-scoreboard/en/policy/4/4-19.html>

⁴⁴ Hvis en ideell aktør kun får betalt for å levere en ikke-økonomisk tjeneste, vil det uansett ikke dreie seg om statsstøtte.

⁴⁵ Hvis grunnlaget for å bruke SGEI-beslutningen fortsatt er til stede, vil det kunne iverksettes nytt tiltak for en ny periode.

overstiger den kompensasjonen, samt sørger for å innta vilkår om at en eventuell overkompensasjon skal tilbakebetales, jf. artikkel 6. Allerede utbetalt overkompensasjon som ikke overstiger 10 prosent kan likevel overføres til neste periode og trekkes fra betalingen fra det offentlige for kommende periode. Når det gjelder selve kompensasjonsmekanismen, oppstiller artikkel 5 nummer 2 beregningsmetoder som kan benyttes for å fastlegge aktørens netto kostnader ved å levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning: Enten kan man benytte en «allokeringsmetode» hvor man holder inntektene og utgiftene opp mot hverandre. Alternativt kan man benytte en såkalt «net avoided cost metode» hvor man sammenligner inntekts- og utgiftssiden for aktøren, henholdsvis med og uten tjenesteforpliktelsene. Det er kun netto kostnadene ved å levere tjenesten av allmenn økonomisk betydning som kan støttes, slik at det stilles krav om regnskaps- eller selskapsmessig skille hvis aktøren utfører andre aktiviteter.

I tillegg til å dekke netto kostnadene, kan det offentlige også kompenseres for å gi en rimelig profitt hos den aktøren som pålegges å levere tjenesten. Det finnes flere måter å fastsette en rimelig profitt på, jf. artikkel 5(6) til (8). Hvis det ikke legges inn «effektivitetsinsentiver», slik at aktøren uansett får «ettergitt» 100 prosent av sine netto kostnader, gjelder det en absolutt grense om at profitten ikke kan overstige den relevante SWAP-renten med et påslag på 100 basispunkter. Hvis tiårig norsk SWAP f.eks. er 4 prosent, og tjenesten leveres i Norge over 10 år, så kan en rimelig profitt være maksimalt 5 prosent.

Det offentlige må publisere en oppsummering av «entrustment act» med oversikt over årlige støttebeløp utbetalt til aktøren basert på SGEI-beslutningen, f.eks. på internett, jf. artikkel 7. I tillegg må alt av dokumentasjon oppbevares i hele leveranseperioden og minst 10 år deretter, jf. artikkel 8. Endelig må norske myndigheter inkludere en oversikt over alle tildelinger med kompensasjon gitt til aktøren for leveranse av velferdstjenester basert på SGEI-beslutningen i rapport annethvert år til ESA, jf. artikkel 9.

Etter vårt syn er SGEI-beslutningen godt egnet til å sikre samsvar med statsstøtteren i situasjoner der det offentlige i modell (2) vil tildele og kompensere ideelle aktører for å levere helse- og sosialtjenester uansett verdi, eller andre velferdstjenester som har årlig gjennomsnittsverdi på inntil EUR 15 millioner.

Merk likevel at hvis det dreier seg om en kontrakt (grensen mot rene tilskudd) for en økonomisk aktivitet som gjelder andre velferdstjenester enn helse- og sosialtjenester, så vil anskaffelsesregelverket normalt kreve en konkurranseutsetting av tjenesten som er åpen både for ideelle og kommersielle leverandører. Dette er ikke et statsstøtterettslig krav, men kan få betydning også for statsstøttevurderingen, jf. under.

Fordi mandatet nevner spørsmålet om forskjellsbehandling, bemerker vi at likebehandlingsprinsippet er et grunnleggende EØS-rettslig prinsipp under EØS-avtalen. I tillegg oppstiller EØS-avtalen artikkel 4 et forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Disse reglene gjelder også når man bruker SGEI-beslutningen, ettersom overholdelse av krav som ellers springer ut av EØS-avtalen for øvrig er en forutsetning, jf. artikkel 3. Etter vårt syn må de ulike EØS-reglene her ses i sammenheng, slik at det kan være grunn til å skille mellom ulike situasjoner når man skal ta stilling til likebehandlingsprinsippet:

- Der det offentlige bruker anskaffelsesregelverket, og velger å reservere en kontrakt for helse- og sosialtjenester for ideelle aktører i tråd med anskaffelsesdirektivet, jf. FOA § 30-2a, vil ikke det faktum at kommersielle da «velges bort» utgjøre ulovlig forskjellsbehandling under EØS-avtalen. Dette er fastslått av EU-domstolen i en sak fra Spania.⁴⁶ Tilsvarende også fra EFTA-domstolen.⁴⁷ I en slik situasjon vil dermed likebehandlingsprinsippet være overholdt på forutsetning om at konkurransen er åpen for ideelle aktører fra alle EØS-land, og ikke begrenset til norske aktører.

⁴⁶ Sak C-436/20 *ASADE*, EU-domstolens avgjørelse av 14. juli 2022, avsnitt 75-102 (med videre henvisninger).

⁴⁷ Sak E-4/22 *Stendi og Norlandia*, EFTA-domstolens avgjørelse av 28. mars 2023, avsnitt 63-86 (med videre henvisninger).

- Der det offentlige velger å tildele en kontrakt direkte til en ideell aktør, og anskaffelsesrettslig har adgang til dette, f.eks. ved bruk av unntaket for ambulansetjenester i FOA § 2-4 bokstav g, vil ikke dette utgjøre ulovlig forskjellsbehandling under EØS-avtalen. I en slik situasjon vil ikke bare kommersielle, men også alle andre ideelle aktører enn den som får tildelt kontrakten, «velges bort». Dette vil ikke utgjøre ulovlig forskjellsbehandling. Hvis en slik direkte tildeling hadde vært i strid med EØS-avtalens likebehandlingsprinsipp, ville dette systemet i anskaffelsesregelverket ha «brutt sammen» i den forstand at unntakene som gir adgang til å tildele en kontrakt direkte i noen snevre unntak ville blitt illusorisk. Også slik direkte tildeling kan dermed gjøres innenfor rammene av SGEI-beslutningen fordi den ikke strider mot likebehandlingsprinsippet.⁴⁸

EØS-avtalens likebehandlingsprinsipp vil etter vårt syn altså ikke stenge for bruk av SGEI-beslutningen for å reservere eller tildele kontrakter direkte til ideelle innenfor den adgangen anskaffelsesreglene gir.

Det som er sagt så langt forutsetter at man har med en (gjensidig bebyrdende) kontrakt å gjøre, som er noe annet enn et tilskudd. I prinsippet kan man se for seg at det offentlige kan ønske å organisere enkelte velferdstjenester i generelle tilskuddsordninger, som kun er åpne for ideelle. Slike tilskuddsordninger må notiseres til og godkjennes av ESA før de kan iverksettes, forutsatt at tilskuddene skal gå til aktører som potensielt må anses for å drive med økonomisk aktivitet, og ordningene kan ikke gjennomføres ut fra SGEI-beslutningen. Utsiktene til å få tilskuddsordninger godkjent vil avhenge av hvordan den enkelte ordningen utformes. Vi går ikke nærmere inn på dette i samsvar med mandatsavklaringene. Som nevnt i punkt 4.2.1, kan velferdstjenester reguleres og organiseres slik at det ikke foreligger økonomisk aktivitet, og da gjelder heller ikke notifikasjonsplikten.

6 Oppsummering

Oppsummert, er vårt syn altså at det offentlige noen ganger vil kunne fastslå med tilstrekkelig trygghet at den ideelle leverandøren ikke driver økonomisk aktivitet fordi den velferdstjenesten det dreier seg om er ikke-økonomisk. I slike tilfeller vil det offentlige kunne kompensere ideelle i modell (2) uten at det er nødvendig å ta stilling til statsstøtterettslig kompatibilitet. Det samme vil gjelde hvis man kan fastslå med tilstrekkelig sikkerhet at ideelle ikke gis en fordel, f.eks. fordi man har «benchmark» kompensasjonen på en måte som gir en «markedspris», eller hvis det er klart at tjenesten har utpreget lokal interesse.

I flere saker vil det likevel kunne være usikkert om disse inngangsvilkårene i EØS-avtalen artikkel 61(1) for statsstøtte er oppfylt eller ikke. Der det offentlige står overfor slik usikkerhet, vil det ofte gi større trygghet å definere den konkrete velferdstjenesten som en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og benytte «SGEI-pakken» fra 2012 for å kompensere den ideelle aktøren for leveranse av denne tjenesten. Her kan man skille mellom ulike situasjoner hvor ideelle aktører skal levere velferdstjenester, som kan anses som økonomiske, og hvor de ideelle leverandørene dermed er «foretak» som da mottar en fordel:

- For helse- og sosialtjenester som er listet opp i SGEI-beslutningens artikkel 2(1)(b) eller (c), kan det offentlige kompensere leveransen med et ubegrenset beløp, gitt at tjenesten lar seg definere for å være av allmenn økonomisk betydning og vilkårene i SGEI-beslutningen for øvrig er oppfylt.
- For alle andre velferdstjenester, herunder for andre helse- og sosialtjenester enn de som er listet opp i SGEI-beslutningens artikkel 2(1)(b) eller (c), kan det offentlige kompensere leveransen innenfor samme rammer, men da kun opp til et gjennomsnittlig årlig beløp på EUR 15 millioner.

⁴⁸ Sml. f.eks. SA.49313 *Compensation to CAPS project for deaf mutes*, EU-kommisjonens vedtak av 17. mars 2022 (direkte tildeling).

- For gjennomsnittlig årlig kompensasjon som overstiger EUR 15 millioner for leveranser av alle andre velferdstjenester enn de helse- og sosialtjenestene som er listet opp i SGEI-beslutningens artikkel 2(1)(b) eller (c), må man i stedet notisere tiltaket til ESA basert på SGEI-rammeverket.
- For mindre typer «enkelttiltak» med offentlig kompensasjon til én enkelt ideell leverandør som ikke mottar mer enn EUR 750 000 i finansiering regnet over en treårsperiode, kan det offentlige basere seg på «de minimis» forordningen, gitt at tjenesten er av allmenn økonomisk betydning.