

Adv. Trygve Laake
Advokatfirmaet Schødt
pb 24444 Solli
N-0201 Oslo

Deres ref

Vår ref (bes oppgitt ved svar)
98/2996 AJ OSA jhb/tlø

Dato
2.9.1999

ARBEIDSMARKEDSBEDRIFTER - FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIG ANSKAFFELSER.

Vi viser til Deres faks av 20 juli 1998 og vårt brev datert 7 juli s.å. Vi beklager at det har tatt tid å svare Deres siste henvendelse.

I en faks til departementet den 29 juni 1998 reiser De spørsmålet om en arbeidsmarkedsbedrift, vil være omfattet av forskriften om tildeling av offentlige bygge - og anleggskontrakter § 1. I vårt brev av 7 juni s.å er vår konklusjon at « på bakgrunn av de opplysninger som er gitt i faks av 25 juni 1998 synes den omtalte bedrift å være et offentlig rettslig organ i bestemmelsens forstand».

I Deres siste henvendelse ved faks av 20 juli 1998 gis det ytterligere opplysninger om bedriften. Det opplyses i hovedsak om støttens karakter og om at bedriften har en indre målsetning om å drive forretningsmessig. I tillegg pekes det på uttalelser i Kommisjonens veileder knyttet til begrepet offentligrettslig organ. På bakgrunn av disse opplysningene bes det om en ny vurdering fra departementet.

Departementet har funnet det hensiktsmessig, i lys av de nye opplysningene, å presisere departementets tidligere redegjørelse. Dette gjelder spesielt det kumulative kriteriet om at et offentligrettslige organ er «opprettet for å møte allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter», da det er dette kriteriet som reiser mest tvil i forhold til de opplysningene som foreligger.

Departementet vil imidlertid understreke at mangel på opplysninger om hvilken bedrift som vurderes, utelukker muligheten for departementet å gi en mer konkret veiledende uttalelse. Departementets svar vil derfor kun ta sikte på å gi en mer generell redegjørelse i tilknytning til den informasjon som foreligger.

Postadresse:
Postboks 8014 Dep
0030 Oslo

Adv. Trygve Laake

Kontoradresse:
Einar Gerhardsens plass 1
Org. nr.:
972 417 890

Telefon - sentralbord:
22 24 90 90 / 22 24 01 41
Telefaks:
22 24 01 45

Administrativ og juridisk
avdeling

Saksbehandler:
Johan Henrik Bjørge
22 24 66 68

1.1 Spørsmål om bedriften er et offentligrettslig organ, jf Bygge- og anleggsforskriften § 1

Som nevnt i tidligere brev, er spørsmålet om den beskrevne bedrift omfattes av begrepet offentligrettslig organ, jf legaldefinisjonen i § 1 nr 2 .

Det skal her bemerkes at bakgrunnen for å la slike virksomheter være omfattet av regelverket, i tillegg til stat, fylkeskommune, kommune og sammenslutninger av disse, er å inkludere den krets av virksomheter som har en sammenlignbar stilling som det offentlige ved anskaffelser. Et sentralt poeng er at slike virksomheter som regel er gitt *en spesiell stilling i forhold til andre bedrifter*, for å sikre at bestemte samfunnshensyn ivaretas. Dette kan komme til uttrykk ved f. eks at kravet til avkastning er fjernet, at virksomheten nyter et spesielt konkurransevern, har rett til eller mottar støtte fra det offentlige, o.l. Når virksomheter under en eller annen form for offentlig kontroll kan basere sine beslutninger på andre hensyn enn rent forretningsmessige, er det også skapt et ”rom” for at virksomheten ved anskaffelser kan prioritere ”de nære eller nasjonale” interesser og dermed begrense utenlandske leverandører tilgang til markedet. I EØS- avtalen er slike betraktninger vektlagt og for å hindre at beslutninger om anskaffelser blir tatt ut fra kriterier som kan true prinsippet om fri flyt av varer og tjenester, så er også slike virksomheter omfattet.

For å regnes som et ” offentligrettslig organ” etter forskriften, må tre kumulative kriterier være oppfylt. Vilkårene som at organet « må være et selvstendig rettssubjekt» og være underlagt det offentliges kontroll anses, i følge tidligere korrespondanse, for å være oppfylt. Det vil derfor ikke bli redegjort ytterligere for disse kriteriene. Det gjenstående spørsmålet er om organet er « opprettet med det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter».

- *«Opprettet med det bestemte formål for å møte allmennhetens behov, og ikke er av industriell eller av forretningsmessig karakter»*

Opprettelse av arbeidsmarkedsbedrifter har sammenheng med de forpliktelser det offentlige har i henhold til ulike lover om å forestå arbeidsformidling, utdannelsetilbud og rehabilitering. Dette har generelt kommet til uttrykk i Grunnlovens § 110 a, der det heter at «Det påligger Statens Myndigheter at legge Forholdene til Rette for at ethvert arbeidsdyktig Menneske kan skaffe seg Udkomme av sitt Arbeide».

Det er opplyst at bedriften er en kommunalt eiet (90 prosent) arbeidsmarkedsbedrift som bedriver produksjon og salg. Formålet med arbeidsmarkedsbedriftens attføringsvirksomhet er avklaring og kvalifisering av yrkeshemmede med sikte på formidling til ordinært arbeidsliv eller utdanning. Virksomheten tilbyr midlertidig ansettelse til personer med medisinsk eller sosial yrkeshemming. Pr i dag har ca 70 prosent av bedriftens ansatte slike arbeidshandikap. Arbeidsmarkedsbedrifter har videre en forpliktelse til å gi tilbud om varig sysselsetting i de tilfeller hvor midlertidig ansatte arbeidstakerne ikke har mulighet til å få arbeid andre steder, jf ”Forskrift om støtte - og styringssystemet for arbeidsmarkedsbedriftene» fastsatt av kongelig resolusjon 29 november 1993 §§ 2 og 3. Til forskriftene er det gitt retningslinjer fra Kommunal- og arbeidsdepartementet som blant annet stiller krav til bedriftens vedtekter, hvor det fremgår at formålet med bedriften ”skal være attføring” og at ”selskapet ikke skal ha til formål å fremskaffe økonomisk utbytte, overskudd skal forbli i selskapet og aksjemajoriteten skal innehas av kommuner og fylkeskommuner”.

Bedriften vil på bakgrunn av det ovennevnte i utgangspunktet omfattes av kriteriet "opprettet med det bestemte formål å møte allmennhetens behov". Dette gjelder likevel ikke dersom virksomheten er av "industriell eller forretningsmessig karakter" i bygge- og anleggsforskriftens forstand.

I begrepet "forretningsmessig karakter" ligger det et krav til kommersiell drift. Et minstekrav til kommersiell drift er at selskapet har som målsetning å tjene penger på virksomhetens aktiviteter. I denne sammenheng er det opplyst at virksomheten har en indre målsetning om å drive forretningsmessig forsvarlig og gå med overskudd. Det må her likevel vektlegges at når det ikke foreligger et krav fra investorene om avkastning, jf ovennevnte retningslinjer fra Kommunal og arbeidsdepartementet, så er et betydelig incitamentet til å drive kommersielt redusert.

Det vises videre til Kommissjonens veiledning til Direktiv 93/37/EØF hvor det sies at virksomhetens konkurransestilling ovenfor tilsvarende private foretak på området er relevant når man skal vurdere om virksomheten er av "forretningsmessig karakter. Departementet deler denne oppfatningen. Tilsvarende vises det til Case C-260 /96 BFT Holding BV saken, hvor Generaladvokatens innstilling til avgjørelse uttrykker at virksomhetens drift er industriell og kommersiell når virksomheten konkurrerer på like vilkår som resten av markedet.

Spørsmålet blir således om arbeidsmarkedsbedriften markedsmessig befinner seg i særstilling i forhold til sammenlignbare virksomheter. Om virksomheten har en særstilling må baseres på en helhetsvurdering hvor selv om den enkelte faktor ikke alene gir bedriften en særstilling, så kan helheten likevel tilsi at virksomheten operer på gunstigere vilkår enn resten av markedet. Ytre tegn på en slik særstilling kan være at eierene av virksomheten mottar direkte økonomisk støtte samt at virksomheten ikke har den hele og fulle driftsrisikoen.

Det skal her først vises til deres faks av 20 juni s 4 tredje avsnitt vedrørende betydningen av at virksomheten mottar støtte. Departementet er enig i at økonomisk støtte ikke alltid er avgjørende for om virksomheten drives på tilsvarende vilkår som andre bedrifter. Det er bemerket i Mannesmanddommen (44/96/ECJ) hvor det fremgår at det ikke er tilstrekkelig for at foretaket skal ses som et offentligrettslig organ, *kun* at det ytes tilskudd for at virksomheten *også* skal tilgodese allmenne hensyn som ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. Således vil i prinsippet f eks kompensasjon for merkostnadene til en bedrift for å ha en eller flere ansatte ut fra «allmenn interesse» kunne ytes, *uten at dette alene* tar vekk virksomhetens karakter av å være av «forretningsmessig». Det legges derfor til grunn i den videre vurdering at en slik støtte ikke er tilstrekkelig i seg selv.

I dette tilfellet er det både i vedtekter og i forskrift for virksomheten fastsatt at utbytte ikke skal deles ut til virksomhetens eiere. Målsetningen og virkningen med en slik bestemmelse er at overskuddet skal tilføres bedriften. I forhold til private eiere vil dette innebære et støtteelement, fordi tilsvarende virksomheter som regel er tvunget til å ta ut overskuddet for å kunne forsvare investeringen, eventuelt for å betjene lån ifm innskutt egenkapitel. Arbeidsmarkedsbedriften vil i stedet kunne styrke konkurransesituasjon, fordi den ikke har tilsvarende krav til overskudd.

Videre har bedriften rett til lønnstilskudd fra arbeidsmarkedsetaten til delevis dekning av lønnsutgifter, og attføringstilskudd til sitt attføringsarbeid, jf Forskrift om støtte - og

styringssystemet for arbeidsmarkedsbedriftene §6. Nivået for lønnstilskudd og attføringstilskudd fastsettes ved budsjettvedtak. Dette kan riktig nok argumenteres for å være en individuelt tilskuddsordning til den enkelte arbeidstaker. I dette tilfellet er imidlertid det forhold at støtteordningene er omfattende, samt at virksomheten gjennom forskrifter er pålagt å holde en viss type ansatte hvor det overveide flertall av arbeidsstokken er berettiget til å motta støtte, med på å etablere en mer virksomhet av mer gjennomgående subsidiert karakter.

Det legges videre særlig vekt støtteordningen som kan inntre i spesielle situasjoner *hvor arbeidsplasser kan gå tapt*. Arbeidsdirektoratet kan i slike tilfeller yte ekstraordinær støtte ved å nedskrive/ettergi tidligere gitte lån, jf retningslinjene pkt 5.6. En slik ekstraordinær støtteordning er direkte med på å redusere driftsrisikoen for virksomheten, fordi risikoen for konkurs eller underskudd i bedriften til en viss grad veltes over på det offentlige. Dette reduserer virksomhetens driftsrisiko.

1.2 Veiledende konklusjon

Virksomheten synes, også i lys av de nye opplysningene, å være et offentligrettslig organ etter bygge- og anleggsforskriftens forstand.

Med hilsen

Pål Hellesylt
Avdelingsdirektør

Henrik Bjørge
Førstekonsulent

anm1: kopi "lille arkiv" – (2sidig)

anm2: Fylkesarbeidskontoret skal føre kontroll med at bedriften følger regelverket og Arbeidsdirektoratet kan trekke tilbake godkjenningen som arbeidsmarkedsbedrift ved grove eller gjentatte brudd på regelverket. I tillegg har Riksrevisjonene og Trygderevisjonen rett til å iverksette kontroll med at midlene som ytes av statsbudsjettet, nyttes etter forutsetningene.

anm3:

advokaten har purret på svar, med henvisning til at NHD skal fatte en avgjørelse om en bedrift etter hans beskrivelse er omfattet av regelverket. I denne sammenheng er det svart at hans henvendelse ikke er en henvendelse om å avgjøre en bestemt bedrift - siden han ikke vil oppgi navnet på bedriften. Følgelig må henvendelsen behandles som en alminnelig tolkninguttalelse. Jeg er imidlertid enig i at dette har tatt lengre tid enn det burde. Det har det vært stor usikkerhet om hvordan spørsmålet skulle behandles og jeg har prøvd å finne ut om annen lands praksis på området. NOU i Sverige har samtidig som denne saken har pågått, behandlet sentrale rettsspørsmål innen samme emne. Deres resultat har medført at ovennevnte saks rettslige spørsmål har blitt belyst bedre enn det som ville ha vært tilfelle uten rapporten.