

Professor dr.juris
Olav Kolstad

Institutt for privatrett

Pb 6706, St. Olavs plass, 0130 Oslo

Besøksadr.:

Karl Johansgt. 47, 0162 Oslo

Telefon: +47 22859382

Telefaks: +47 22859720

E-post: olav.kolstad@jus.uio.no

<http://www.jus.uio.no/ifp/>

Dato: 9.9.2009

EØS-RETTLIG VURDERING AV NDLA

Betenkning utarbeidet på oppdrag fra Forleggerforeningen

Olav Kolstad
Professor dr. juris

EØS-rettslig vurdering av NDLA

Professor dr. juris Olav Kolstad

1.	<i>Oppdraget</i>	2
2.	<i>Hovedkonklusjoner</i>	2
3.	<i>Om NDLA</i>	2
4.	<i>Driver NDLA økonomisk virksomhet?</i>	5
4.1	Er NDLAs tilbud av digitale læremidler økonomisk virksomhet? _____	7
4.2	Er NDLAs innkjøp av læremidler økonomisk virksomhet? _____	11
4.3	Er NDLAs kvalitetssikring av læremidler å betrakte som økonomiske virksomhet? _____	11
4.4	Er NDLAs tilgjengeliggjøring av læremidler økonomisk virksomhet? _____	12
5.	<i>Er finansieringen av NDLA å betrakte som statsstøtte?</i>	13
5.1	Problemstillingen _____	13
5.2	Har NDLA mottatt støtte? _____	14
5.2.1	Innledning _____	14
5.2.2	Driftstilskuddet til NDLA omfattes av støttebegrepet _____	14
5.2.3	Tilskuddet til innkjøp av læremidler omfattes av støttebegrepet _____	15
5.2.4	Overføringen av publiseringsløsningen vederlagsfritt omfattes av støttebegrepet _____	16
5.3	Er støtten gitt av det offentlige? _____	16
5.4	Selektivitetskriteriet _____	16
5.5	Påvirker støtten samhandelen og vrir den konkurransen? _____	17
5.6	Er tilskuddene gitt NDLA som kompensasjon for utførelse av tjenester av allmenn betydning? _____	18
5.6.1	Vurderingskriteriene _____	18
5.6.2	Har NDLA blitt pålagt å oppfylle en oppgave av allmenn betydning? _____	19
5.6.3	Er kravet til kriteriene for beregningen av kompensasjonen oppfylt? _____	21
5.6.4	Ingen kompensasjon for konkrete tjenester _____	22
5.6.5	Kravet til markedskonform kompensasjon _____	22
6.	<i>Artikkel 59(2)</i>	23
7.	<i>Forholdet til reglene om offentlige anskaffelser</i>	25
8.	<i>Er støtten omfattet av fritaks- eller unntaksbestemmelser?</i>	26
9.	<i>Konsekvensene av at finansieringen av NDLA innebærer statsstøtte</i>	27

EØS-rettslig vurdering av NDLA

Professor dr. juris Olav Kolstad

1. Oppdraget

Jeg er gitt i oppdrag av Forleggerforeningen å vurdere om organiseringen av NDLA er i overensstemmelse med EØS-avtalen. Det sentrale spørsmålet er om finansieringen av NDLA er i strid med forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61.

2. Hovedkonklusjoner

- Finansieringen av NDLA innebærer statsstøtte i strid med EØS-avtalens artikkel 61(1)
- Finansieringen av NDLA omfattes ikke av noen unntaks- eller fritaksordning
- Finansieringen av NDLA kan ikke begrunnes i EØS avtalens artikkel 59(2)

3. Om NDLA

Nasjonal Digital Læringsarena (NDLA) er et samarbeidsprosjekt mellom fylkeskommunene i Norge, unntatt Oslo. Gjennom prosjektet skal fylkeskommunene sikre kvalitet, omfang, bredde og tilgjengelighet i tilbudet av digitale læremidler. Sentralt i samarbeidet er utviklingen av en publiseringsløsning for digitale læremidler på nett. Gjennom publiseringsløsningen skal lærere og elever i den videregående skole få gratis tilgang på digitale læremidler. NDLA skal gjennom fagredaksjoner kvalitetssikre læremidlene som publiseres med publiseringsverktøyet innenfor de ulike fag. Fagredaksjonene skal også utvikle læremidler. NDLA skal ikke utvikle alle læremidlene selv. Det er en målsetning at minst 40 % av læremidlene skal kjøpes inn fra andre produsenter av læremidler. NDLA skal således utføre fem hovedfunksjoner:

- Kvalitetssikre digitale læremidler
- Produsere digitale læremidler
- Forestå innkjøp av digitale læremidler
- Etablere og drifte en digital infrastruktur for læring
- Stille læremidler kostnadsfritt til disposisjon for videregående skoler

Frem til høsten 2007 måtte elevene selv kjøpe inn læremidlene. Det var den enkelte skole som valgte hvilke læremidler elevene skulle bruke i de ulike fag. Ulike leverandører av læremidler konkurrerte om å bli valgt av den enkelte skole. Det viktigste konkurranseparameteret var innhold, men også pris var et betydelig konkurranseparameter. Fra høsten 2007 ble det innført en ordning med gratis læremidler i videregående opplæring. Det er fylkeskommunenes ansvar at elevene får gratis trykte og digitale læremidler. Ordningen finansieres gjennom bevillinger over statsbudsjettet.

Innføringen av gratis læremidler i videregående opplæring får betydning for hvordan læremidlene kjøpes inn. Tidligere ble ikke skolene berørt økonomisk av valget av læremidler, da det var elevene som kjøpte inn lærebøkene selv. Ordningen med gratis læremidler innebærer at læremidlene for den enkelte dekkes av det offentlige. Det er fylkeskommunene som etter opplæringsloven¹ er gitt ansvaret for å holde elevene med gratis læremidler, jf. § 3-1 og § 4A-3. Fylkeskommunene får bevillinger over statsbudsjettet som skal dekke ca 75 % av kostnadene knyttet til ordningen, og den enkelte videregående skole får en fast ramme til kjøp av læremidler. De siste 25 % av kostnadene finansieres av Lånekassen gjennom ikke behovsprøvde stipend til den enkelte elev. Stipendene er ikke store nok til at de gir elevene et reelt valg m.h.t. å kjøpe inn alternative læremidler.²

Når den enkelte videregående skole skal kjøpe inn læremidler med utgangspunktet i en fast ramme, vil prisen på læremidlene få direkte betydning for skolens valg av læremidler. Det er naturlig å tro at den enkelte skole vil søke å kjøpe inn læremidler med den nødvendige kvalitet til lavest mulig pris. På markedet for læremidler kan en av aktørene, NDLA, tilby digitale læremidler gratis. Disse læremidlene er enten egenutviklet eller innkjøpt fra andre tilbydere av læremidler. I en situasjon med begrensede ressurser til rådighet vil gratis læremidler som tilfredsstillt kvalitetskravene fremstå som svært attraktive, fremfor å måtte bruke ressurser på å kjøpe inn læremidler fra andre tilbydere. Videre vil en forskyvning av etterspørselen i retning av gratis, digitale læringsmidler kunne være selvforsterkende. Velges gratis læremidler vil behovet for bevillinger til innkjøp av læremidler fremstå som mindre i takt med økt valg av NDLAs læremidler, noe som kan føre til reduksjon av bevillingene. Dette vil føre til at en enda større del av de videregående skolene velger gratis, digitale læremidler. Satt

¹ Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa av 17.7.1998 nr. 61.

² For skoleåret 2009-2010 finnes en oversikt over størrelsen på utstyrstipendiet på Lånekassens nettsider: <http://lanekassen.no/Hovedmeny/Stipend-og-lan/vg/Dette-kan-du-fa/Utstyrstipend/>

på spissen vil utviklingen ende med at kun en tilbyder av læremidler fremstår som et alternativ: NDLA.

For andre tilbydere av læremidler til videregående opplæring fremstår NDLA som en konkurrerende tilbyder. Dette gjelder tilbydere av digitale læremidler, men også tilbydere av tradisjonelle lærebøker. Digitale læremidler konkurrerer ikke kun med andre digitale læremidler, men konkurrerer også med tradisjonelle læremidler da disse kan velges helt bort til fordel for digitale læremidler.

NDLAs tilbud av digitale læremidler finansieres i sin helhet over offentlige budsjetter. NDLA har gjennom søknad frem til og med juni 2009 fått dekket en betydelig andel av sine kostnader av Kunnskapsdepartementet. Etter at Kunnskapsdepartementets finansiering av NDLA opphørte i juni 2009 vil det være fylkeskommunene som fullfinansierer NDLA. Fylkeskommunene viderefører NDLA gjennom å øremerke 10 % av de midler de har avsatt til læremidler i videregående opplæring, noe som fører til at NDLA får et budsjett på mellom 30-40 MNOK årlig.³

Arbeidet med å utvikle et system som gir tilgang på digitale læremidler har ikke skjedd i NDLAs regi. Utvikling av et system for tilgjengeliggjøring av digitale læremidler har skjedd i regi av Utdanningsdirektoratet, etter oppdrag fra Kunnskapsdepartementet. Utviklingen av et system for tilgjengeliggjøring har vært finansiert av Kunnskapsdepartementet. Fra 30.6.2009 har NDLA overtatt ansvaret for å forvalte kildekoden til sin egen publiseringsløsning. Publiseringsløsningen videreføres som et åpen kildekode-prosjekt i regi av NDLA.

I praksis har Utdanningsdirektoratet kostnadsfritt utviklet en publiseringsløsning for NDLA. NDLA forestår ikke selv "sikring, lagring og drift" av publiseringsløsningen, men har overlatt dette til en driftsleverandør. Utgiftene til driftsleverandør dekkes av midler NDLA får over fylkeskommunenes budsjetter. NDLA fremstår således som en fullt integrert aktør som både tilbyr en tilgangsløsning for digitale læremidler og samtidig er innholdsleverandør.

Fylkeskommunene vil som eiere av og bidragsytere til NDLA ha klare insentiver til å velge NDLA fremfor andre tilbydere av læringsmidler. Når 10 % av midlene som er avsatt til læremidler i videregående opplæring går direkte til dekning av kostnadene til en leverandør av læremidler vil dette være et sterkt insentiv til å velge læremidler fra NDLA. Det er naturlig å anta at fylkeskommunene ønsker at investeringene i NDLA skal gi avkastning i form av bruk av NDLAs læremidler i skolene, og vil legge føringer

³ *Evalueringsrapport av nasjonal digital læringsarena*, Rapport utarbeidet av Rambøll Management Consulting for Kunnskapsdepartementet, s. 17.

på skolenes valg av læremidler for å oppnå dette. Videre vil NDLA finansieres av midlene som skal gå til læremidler, noe som reduserer midlene som vil være tilgjengelig for å kjøpe inn læremidler fra andre tilbydere.

Ordningen med gratis læremidler til elever i videregående skoler, og måten ordningen finansieres på, innebærer at fylkeskommunene gjennom skolene vil være de eneste etterspørerne etter læremidler. Under den tidligere ordning var det elevene som var etterspørere av læremidler. Riktignok ble deres etterspørsel styrt av skolenes valg av læremidler, og på dette nivå foregikk det en konkurranse på kvalitet mellom tilbyderne. Situasjonen i dag er at fylkeskommunene både er etterspørere etter og tilbydere av læremidler.

NDLA opererer som produsent og tilbyder i markedet for læremidler til videregående opplæring. Videre vil NDLA opptre som distributør av læremidler utviklet av og innkjøpt fra andre tilbydere. I tillegg tilbyr som nevnt NDLA en tilgangsløsning for digitale læremidler. NDLA er ikke avhengig av å finansiere sin virksomhet gjennom salg av sine produkter i markedet, og tilbyr av denne grunn heller ikke produktene på markedsmessige vilkår.

NDLA er ikke gitt noen formell rolle i forhold til videregående opplæring, men er etablert som en ren produsent og tilbyder av digitale læremidler. De læremidler NDLA skal utvikle og tilby vil det offentlige også kunne kjøpe inn fra private aktører. Hovedformålet med NDLA er å gi det offentlige tilgang til læremidler til lavere kostnader. Opprettelsen av NDLA er således primært økonomisk begrunnet.

4. Driver NDLA økonomisk virksomhet?

For at EØS-avtalens konkurranseregler, derunder forbudet mot statsstøtte, skal komme til anvendelse på NDLAs virksomhet må NDLA være et "foretak" i artikkel 53, 54, 57 og 61s forstand. Begrepet "foretak" har samme betydning i de fire bestemmelsene.

EØS-avtalens protokoll 22 gir følgende definisjon på "foretak":

"'undertaking' shall be any entity carrying out activities of a commercial or economic nature".

Protokoll 22 må tolkes på bakgrunn av EF-domstolens tolkning av begrepet foretak EF-traktatens artikkel 81, 82 og 87. EF-domstolens fortolkning av "foretak" i *Höfner* har blitt lagt til grunn domstolens senere praksis:

”[I]nden for konkurrenceretten omfatter begrebet virksomhed enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde, og at arbejdsanvisning er en økonomisk virksomhed”.⁴

Det følger av dette at EF-domstolen legger en funksjonell fortolkning av ”foretak” til grunn. Det avgjørende er den type virksomhet en enhet utøver, ikke hvordan den er organisert eller hvordan den finansieres.

NDLA er organisert som et samarbeidsprosjekt, men med en egen organisasjon. I løpet av 2009 skal NDLA omorganiseres i selskaps form. At NDLA har status som et samarbeidsprosjekt forhindrer ikke at prosjektet som et resultat av den virksomhet det driver kan anses å være et ”foretak” i forhold til EØS-avtalens artikkel 53 og 61. EF-domstolen har uttrykkelig slått fast at en enhets rettslige status ikke har betydning for vurderingen av om enheten er et foretak. Det er den virksomhet som skjer i samarbeidsorganet som er avgjørende i forhold til foretaksbegrepet.⁵

NDLA har ikke som formål å drive med profitt, og dets virksomhet finansieres ikke gjennom salg i markedet men gjennom offentlige bevillinger. Som nevnt ovenfor er statusen som ”foretak” uavhengig av finansieringsmåte. EF-domstolen har videre i flere avgjørelser slått fast at også enheter som driver økonomisk virksomhet er å anse som foretak selv om de driver med et non-profit formål for øyet.⁶ Så lenge NDLA driver økonomisk virksomhet er NDLA således å anse som et foretak selv om virksomheten drives uten profitt som målsetning.

Vurderingen av om en enhet driver økonomisk virksomhet må skje separat i forhold til de ulike funksjoner enheten utøver. En enhet kan således være foretak i relasjon til en type virksomhet den driver, men ikke i forhold til en annen type virksomhet, jf. Generaladvokat Jacobs i *Ambulanz Glöckner*:

”[B]egrebet »virksomhed« et relativt begreb i den forstand, at en given enhed kan betragtes som en virksomhed i forbindelse med den ene del af sin aktivitet, mens den anden del ikke er omfattet af konkurrencereglerne”.⁷

⁴ Sak C-41/90 *Höfner*, Sml. 1991 s. I-1979, premiss 21.

⁵ Se til illustrasjon FIRs avgjørelse i sak T-61/69 *Dansk Pelsdyravlsforening*, Sml. 1992 s. II-1931, premiss 50 og EFDs avgjørelse i sak C-309/99 *Wouters*, Sml. 2002 s. I-1577, premiss 64..

⁶ Sak C-244/94 *FFSA*, Sml. 1995 s. I-4013, premiss 21, sak C-55/96 *Job Centre*, Sml. 1997 s. I-7119, premiss 21 og sakene 209-215/78 *van Landewyck*, Sml. 1980 s. 3125, premiss 88.

⁷ Sak C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, Sml. 2001 s. I-8089, avsnitt 72 i Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse.

NDLA har fire virksomhetsområder. For det første skal NDLA produsere læremidler for videregående skole. For det andre skal NDLA kjøpe inn læremidler. For det tredje skal NDLA kvalitetssikre læremidler. For det fjerde skal NDLA tilgjengeliggjøre læremidler for gratis bruk i videregående opplæring.

4.1 Er NDLAs tilbud av digitale læremidler økonomisk virksomhet?

NDLA skal gjennom ulike fagkomiteer produsere digitale læremidler for videregående skole innenfor ulike fag, og tilby læremidlene gjennom et publiseringsverktøy utviklet for NDLA. Digitale læremidler tilbys også av private tilbydere. Både NDLAs og private tilbyders digitale læremidler tilfredsstiller læreplanenes krav. For den enkelte skole fremstår alle tilbydere av digitaliserte læremidler som tilfredsstiller læreplanenes krav som alternative og konkurrerende tilbydere av digitale læremidler. Selve tilbudet av læremidler er ikke regulert som en konsekvens av innføringen av ordningen med gratis læremidler for elever i videregående skoler. Private aktører kan derfor tilby digitale læremidler gjennom egne kanaler. Private aktørers tilbud av digitale læremidler vil stå i direkte konkurranse med NDLAs tilbud av digitale læremidler. NDLA tilbyr ikke, i hvert fall ikke foreløpig, digitale læremidler i alle fag. På områder der NDLA ikke utvikler digitale læremidler vil tilbudet av læremidler utelukkende være fra private aktører. Det er videre forutsatt at det skal være konkurranse mellom læremidler produsert av NDLA og læremidler utviklet av private i NDLAs publiseringskanal. NDLA er pålagt at 40 % av læremidlene de tilbyr skal være utviklet av andre produsenter enn NDLA. NDLA er således både tilbyder av digitale læremidler, og distributør av konkurrerende produsenters digitale læremidler.

EF-domstolen har ved flere anledninger slått fast

”at det er den virksomhet, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhet”.⁸

Tilbud av varer eller tjenester i et marked er således kjernen i det å drive økonomisk virksomhet, og enheter som tilbyr sine varer eller tjenester i et marked vil drive økonomisk virksomhet i konkurransereglens forstand, jf. bl.a. EF-domstolens dom i *Wouters*:

⁸ Sak C-205/03P *FENIN mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-6295, premiss 25.

”Det følger endvidere af fast retspraksis, at enhver form for virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på et givet marked, er en økonomisk virksomhed”.⁹

Private aktører tilbyr digitale læremidler mot vederlag. Dette gjelder i forhold til den enkelte skole som ønsker å kjøpe inn læremidlene, og i forhold til NDLAs innkjøp. Private tilbydere av digitale læremidler driver utvilsomt økonomisk virksomhet.

At NDLA tilbyr digitale læremidler gratis, både egenutviklede og innkjøpte, gjør ikke at NDLAs virksomhet ikke er å anse som økonomisk virksomhet.¹⁰ Dersom en produsent tilbyr sine produkter i et marked der andre produsenter tilbyr substituerbare produkter mot betaling, vil deltagelse på markedets tilbudsside være økonomisk virksomhet. I *Höfner* fant således EF-domstolen at arbeidsformidling utført gratis av et offentlig organ var økonomisk virksomhet.¹¹ Den tyske stat gjorde gjeldende at

”et offentlig arbeidsformidlingskontor ikke kan betegnes som en virksomhet som omhandlet i Traktatens artikkel [82], idet arbeidsformidlingen utføres gratis”.¹²

EF-domstolen avviste at det at det var overlatt til offentlige kontorer å utføre virksomheten påvirket virksomhetens økonomiske karakter. EF-domstolen konstaterte at

”Arbeidsformidlingsvirksomhet har ikke alltid været og bliver ikke nødvendigvis udøvet af offentlige enheder”.¹³

Da private aktører drev slik virksomhet mot betaling i et marked var offentlige kontorers tilbud av arbeidsformidlingstjenester, i den aktuelle sak var det snakk om formidling av lederstillinger (”head-hunting”), å anse som økonomisk virksomhet. Det avgjørende er således at varene tilbys av andre, private virksomheder mot betaling.

En statsstøttesak fra Kommisjonen, sak N 73/2203 – *United Kingdom BBC Digital Curriculum*, er relevant for vurderingen av om NDLA er å anse som et foretak. *Digital Curriculum* innebar utvikling av en online tjeneste til bruk i undervisningen. Tjenesten

⁹ Sak C-309/99 *Wouters*, Sml. 2002 s. I-1577, premiss 47 med videre henvisninger til EF-domstolens praksis.

¹⁰ Jf. Jennert i WuW 2004 s. 42.

¹¹ Sak C-41/90 *Höfner*, Sml. 1991 s. I-1979.

¹² Premiss 19.

¹³ Premiss 22.

skulle være tilgjengelig kostnadsfritt for skoler og hjem, og kunne brukes i undervisningen og i tilknytning til hjemmearbeid. Tjenesten omfattet publisering av innhold til bruk i undervisningen, og en portal med funksjoner som gjorde at innholdet kunne tas i bruk i en digital undervisningssituasjon. Opprettelsen av *Digital Curriculum* var finansiert over BBCs lisenspenger med en bevilling på 120 millioner GBP over en periode på 5 år. Kommisjonen vurderte om tildelingen av midler til *Digital Curriculum* var i strid med statsstøtteforbudet i EF-traktatens artikkel 87, jf. EØS-avtalen artikkel 61.

For at tildelingen av midler til *Digital Curriculum* skulle omfattes av forbudet mot statsstøtte måtte *Digital Curriculum* være å anse som et foretak. Kommisjonen kom til at den virksomhet *Digital Curriculum* drev var økonomisk virksomhet, og at *Digital Curriculum* derfor var et foretak. Et sentralt element i Kommisjonens begrunnelse var at Digital Curriculum tilbød en tjeneste i et marked der private aktører tilbød samme tjeneste mot betaling:

“The State aid rules of the Treaty apply to undertakings. According to the caselaw an undertaking is an entity which is carrying out an economic activity. In assessing whether an activity is to be considered ‘economic’, it should be recalled that, according to settled case-law: “*the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed, and that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity*”. Indeed, for an activity offering goods or services to be considered as not economic one should be able to exclude the existence of a market for comparable goods or services. The fact whether the entity in question is profit-oriented or not is not relevant for its qualification as undertaking. As already indicated, the kind of services provided by the digital curriculum are also provided by private actors in order to make profits. Thus, notwithstanding its free delivery, the provision of the Digital Curriculum service is to be considered as an economic activity”.¹⁴

Da digitale læremidler av den type Digital Curriculum tilbød ble tilbudt av private aktører for å oppnå profitt, måtte Digital Curriculums virksomhet anses å være en økonomisk virksomhet uavhengig av at tjenestene ble tilbudt gratis og uten profittformål.

I *Private Barnehagers Landsforbund mot ESA* vurderte EFTA-domstolen om offentlige barnehager driver økonomisk aktivitet, og derved er å anse som foretak. EFTA-domstolen åpnet for at dersom en tjeneste ble ytt som et ledd i å oppfylle

¹⁴ Avsnitt 19 (fotnote utelatt).

forpliktelser det offentlige har overfor sine borgere er den ikke å anse som en økonomisk aktivitet selv om den samme tjeneste ytes av private og den private tjenesteyting må anses som økonomisk virksomhet:

“When the nature of an activity carried out by a public entity is assessed with regard to the State aid rules, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private operator. Such an interpretation would basically bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity. It follows that the specific circumstances under which the activity is performed have to be taken into account in order to assess whether the Norwegian municipalities, when offering their kindergarten places, are providing a service as an economic activity or whether they are exercising their powers in order to fulfil their duties towards their population. In this respect, the reasoning of the ECJ in *Humbel*, which concerned the notion of “service” within the meaning of the fundamental”.¹⁵

EFTA-domstolen fant at når staten dekket 80 % av kostnadene knyttet til offentlige barnehager er barnehagevirksomhet ikke å anse som økonomisk virksomhet:

“It is therefore clear that the Norwegian State, when establishing and maintaining a system where every child increases the costs incurred, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields”.¹⁶

Resonnementet er anvendelig på det offentliges tilbud av videregående opplæring, men ikke på opprettelsen av en produksjonsbedrift som skal levere til offentlige skoler i konkurranse med private aktører. EFTA-domstolens avgjørelse kan ikke ses som en fravikelse av EF-domstolens utgangspunkt om at der en offentlig aktør engasjerer seg som tilbyder i et marked i konkurranse med private aktører vil også den offentlige aktørens virksomhet være å anse som økonomisk virksomhet. I *Private Barnehagers Landsforbund mot ESA* var tilbudet offentlig regulert, derunder prisen, og private tilbydere er bundet av denne reguleringen. Det er ikke tilfellet for markedet for digitale læremidler.

NDLAs tilbud av digitale læremidler konkurrerer med private aktørers tilbud av substituerbare digitale læremidler. NDLAs tilbud av digitale læremidler representerer derfor økonomisk virksomhet, og NDLA vil være å anse som et foretak i forhold til EØS-avtalens konkurranseregler.

¹⁵ Sak E-5/07, avsnitt 80.

¹⁶ Avsnitt 83.

4.2 Er NDLAs innkjøp av læremidler økonomisk virksomhet?

Vurderingen av om innkjøpsvirksomhet er å betrakte som økonomisk virksomhet må skje på bakgrunn av den anvendelse de innkjøpte varer eller tjenester settes i. Dette fremgår av EF-domstolens avgjørelse i *FENIN mot Kommisjonen*, der domstolen slo fast

”at den virksomhed, der består i køb af produkter, således ikke kan adskilles fra den brug, der efterfølgende gøres af produkterne, med henblik på at vurdere arten af denne indkøbsvirksomhed, og at det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der nødvendigvis bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb”.¹⁷

Innkjøpsvirksomhet er således kun økonomisk virksomhet om det som kjøpes inn anvendes i økonomisk virksomhet i et etterfølgende marked.

NDLA skal kjøpe inn læremidler for å gjøre disse tilgjengelige for videregående skoler eid av fylkeskommunene som deltar i NDLA, men også skoler i Oslo, som ikke er med i NDLA, vil kunne benytte seg av NDLAs tilbud av digitale læremidler. Innkjøpene skjer indirekte som et ledd i oppfyllelsen av fylkeskommunenes plikt til å gi elevene i videregående skole gratis læremidler. Innkjøpene skjer allikevel ikke for å dekke de videregående skolenes behov direkte, og skolene plikter ikke å benytte seg av de læremidler NDLA tilbyr. Innkjøpene skjer for at NDLA skal tilby læremidler fra andre utviklere. I egenskap av tilbyder av digitale læremidler vil NDLA drive økonomisk virksomhet. Når innkjøpene skjer for at det innkjøpte skal anvendes i økonomisk virksomhet vil også NDLAs innkjøpsvirksomhet være å betrakte som økonomisk virksomhet, jf. drøftelsen ovenfor.

4.3 Er NDLAs kvalitetssikring av læremidler å betrakte som økonomiske virksomhet?

NDLA har som oppgave å kvalitetssikre de læremidler de utvikler selv, og de læremidler de kjøper inn fra andre utviklere. NDLA har ingen funksjon i forhold til fastsettelsen av de kvalitetskrav som stilles til lærebøker. Disse kravene fremgår av læreplanen. NDLAs kvalitetssikring må relatere seg til de krav læreplanen setter. NDLA

¹⁷ Sak C-205/03 P *FENIN mot Kommisjonen*, Sml. 2006 s. I-6295, premiss 26.

kan oppstille egne krav til de læremidlene de skal tilby, men disse kravene har ingen normerende effekt i forhold til de videregående skolenes valg av læremidler.

NDLAs kvalitetssikringsvirksomhet må ses i sammenheng med NDLAs tilbud av digitale læremidler. Kvalitetssikringen er ikke en selvstendig virksomhet, men et ledd i NDLAs tilbud av læremidler med den fornødne kvalitet til videregående skoler. NDLA driver heller ikke kvalitetssikringen som en egen, atskilt virksomhet. NDLAs kvalitetssikringsvirksomhet må derfor anses å være en del av en økonomisk virksomhet, d.v.s. som en integrert del av NDLAs produksjon og tilbud av digitale læremidler. Kvalitetssikringen må derfor vurderes sammen med denne virksomheten.

4.4 Er NDLAs tilgjengeliggjøring av læremidler økonomisk virksomhet?

NDLA ble i utgangspunktet opprettet som en innholdsleverandør. NDLA skal levere digitale læremidler til bruk i undervisningen i videregående skole. NDLA var fra opprettelsen ikke en leverandør av et system som skal sørge for tilgang til de innholdsressurser NDLA tilbyr. Denne oppgaven var overlatt til Tilgangsprosjektet (TGP). TGP ble av Kunnskapsdepartementet lagt under Utdanningsdirektoratet, som en del av Utdanning.no. TGP har fungert som en leverandør av tjenester for tilgjengeliggjøring av digitale læremidler til NDLA. De systemer TGP har utviklet er basert på åpne kildekode. Det betyr at også andre leverandører av digitale læremidler kan benytte seg av den publiseringsløsning TGP har utviklet.

Selv om NDLA og TGP har vært uavhengige enheter, har utviklingen av et publiseringsverktøy skjedd gjennom et samarbeid mellom de to organisasjonene. Fra 1.7.2009 overtok NDLA ansvaret for å forvalte kildekode til publiseringsløsningen TGP har utviklet. NDLA drifter ikke publiseringsløsningen selv. Dette er overlatt til firmaet Softspring AS med sin underleverandør Seria AS, som fra 30.6.2009 har overtatt ansvaret for "sikring, lagring og drift" av nettstedet ndla.no.

Fra 30.6.2009 skal publiseringsløsningen utviklet av Utdanning.no videreføres som et åpent kildekode prosjekt i regi av NDLA. Dette innebærer at NDLA fra dette tidspunkt er en tilbyder av en publiseringsløsning, i den forstand at det er NDLA som har rettighetene til kildekode til publiseringsløsningen utviklet av TGP.

Digitale læremidler distribueres gjennom ulike internettportaler. Det finnes allerede flere ulike portaler for distribusjon av læremidler. Alle de store forlagene har egne portaler der digitale læremidler tilbys. I tillegg finnes en felles plattform, Diglib, som er åpen for alle leverandører og læringsplattformer.

Publiseringsløsninger for digitale læremidler kan også tilbys av leverandører av datasystemer. Den som ikke utvikler publiseringsløsninger selv kan således kjøpe disse inn i markedet.

NDLAs publiseringsløsning vil konkurrere med andre publiseringsløsninger for digitale læremidler. Å tilby systemer for publisering av digitale vil derfor være å betrakte som en økonomisk virksomhet.

5. Er finansieringen av NDLA å betrakte som statsstøtte?

5.1 Problemstillingen

Forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalen artikkel 61 (1) har som formål å sikre like vilkår for konkurransen innen det felles marked. Offentlig støtte til noen foretak favoriserer disse foretakene fremfor andre og er således konkurransehennende. EØS-avtalen artikkel 61 (1) lyder som følger:

"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 produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene."

Forbudet tolkes vidt og angir seks vilkår.

- 1) Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottageren.
- 2) Støtten må være gitt av staten eller av statsmidler i enhver form.
- 3) Mottager av støtte må drive økonomisk aktivitet (foretakskriteriet).
- 4) Støtten må begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester.
- 5) Støtten må vri konkurransen eller true med å vri konkurransen.
- 6) Støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.

Samtlige vilkår må være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse. Foretakskriteriet er drøftet i pkt. 3 og anses oppfylt. I det følgende drøftes om de resterende vilkårene i forbudet mot statsstøtte er oppfylt for bevilningene til NDLA.

5.2 Har NDLA mottatt støtte?

5.2.1 *Innledning*

NDLA har fått betydelige tilskudd over statsbudsjettet til sin virksomhet, etter søknad til Kunnskapsdepartementet. De utgifter som ikke har blitt dekket over tilskuddene direkte fra staten har blitt finansiert av fylkeskommunene som er med i NDLA. Fra 1.7.2009 vil NDLA være fullfinansiert av midler fra fylkeskommunene som eiere. Det er anslått at NDLA fremover vil ha et budsjett på 30-40 MNOK årlig.¹⁸ Det første spørsmålet som reiser seg er om driftstilskuddene fra staten og fylkeskommunene er statsstøtte i strid med forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 (1). Dette vil bli behandlet i avsnitt 5.2.2.

NDLA har også fått tilskudd til innkjøp av digitale læremidler fra andre utviklere. Det er en målsetning at 40 % av de digitale læremidler som tilbys skal være innkjøpt fra andre produsenter. Tilskuddene gitt av Kunnskapsdepartementet har også gått til innkjøp av læremidler. Det andre spørsmålet som må vurderes er om disse tilskuddene er å anse som statsstøtte i strid med forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 (1). Dette vil bli behandlet i avsnitt 5.2.3.

En innholdsleverandør er avhengig av en publiseringsløsning for å kunne tilby sine læringsmidler til videregående skoler. Hvor god publiseringsløsningen er vil ha betydning for en innholdsleverandørs konkurransevne. Utgiftene knyttet til å utvikle eller gå til innkjøp av en publiseringsløsning må den enkelte innholdsleverandør bære. NDLA har ikke hatt noen utgifter knyttet til utviklingen av en publiseringsløsning. Utdanning.no har finansiert utviklingen av den publiseringsløsning NDLA benytter. Eierrådigheten over rettighetene til publiseringsløsningen ble overført til NDLA med virkning fra 30.6.2009. Det tredje spørsmålet som må vurderes er derfor om overføringen av publiseringsløsningen til NDLA er å anse som statsstøtte i strid med forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 (1). Dette vil bli behandlet i avsnitt 5.2.4.

5.2.2 *Driftstilskuddet til NDLA omfattes av støttebegrepet*

Støttebegrepet tolkes svært vidt av EF-domstolen.¹⁹ Enhver ytelse som innebærer en økonomisk fordel for mottageren er å anse som støtte. Det betyr at man ser på tiltakets økonomiske effekt eller virkning. Spørsmålet som må stilles er om NDLA ville oppnådd

¹⁸ Rambøll: *Evaluering av nasjonal digital læringsarena* s. 17.

¹⁹ Sak C-200/97 (1998) *Ecotrade* premiss 34, jfr. sak c-30/59 (1961) *Steenkolenmijnen*.

samme driftstilskudd på markedet ellers, eller om en rasjonell privat aktør på samme vilkår som det offentlige ville tilført driftstilskuddet. Dersom så er tilfellet, vil ikke NDLA motta en økonomisk fordel i strid med støttevilkåret i forbudet mot offentlig støtte.

NDLA har fått tilskudd fra staten til å utvikle digitale læremidler til bruk i videregående opplæring. Utgifter knyttet til produksjonen av digitale læremidler har således vært dekket av staten i form av subsidier. Penger bevilget over statsbudsjettet, eller støtte i form av subsidier, omfattes klart av støttevilkåret i forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalen art. 61 (1). Tilskuddene fra staten har også dekket andre utgifter knyttet til driften av NDLA. Støtten gjennom tilskudd fra Kunnskapsdepartementet er utvilsomt å anse som "støtte" som omfattes av EØS-avtalens artikkel 61(1).

Fylkeskommunene har også dekket NDLAs produksjons- og driftsutgifter ved å stille til rådighet personell som har arbeidet for NDLA. At fylkeskommunene dekker lønnsutgiftene til personale som arbeider for NDLA innebærer en økonomisk fordel for NDLA. Det er ikke noe krav at den økonomiske fordelene skal være utbetalt i penger, jf. artikkel 61 (1) som foreskriver at støtte gitt i "enhver form" omfattes av bestemmelsen. Dersom fylkeskommunene dekker kostnadene til personell de stiller til rådighet vil dette redusere NDLAs utgifter, og denne økonomiske fordelene omfattes av støttebegrepet i artikkel 61 (1).

Fra 1.7.2009 blir NDLAs virksomhet finansiert gjennom bevilgninger fra fylkeskommunene. Tilskuddene vil være rene driftstilskudd og vil være støtte i artikkel 61(1)s forstand.

5.2.3 Tilskuddet til innkjøp av læremidler omfattes av støttebegrepet

NDLA tilbyr, i tillegg til egenproduserte læremidler, digitale læremidler utviklet av andre produsenter. En tilbyder som videreselger varer produsert gjennom andre produsenter må dekke kostnadene knyttet til innkjøp av varene, og ta risikoen for at varene kan videreselges til en pris som gir fortjeneste. NDLA har fått dekket kostnadene knyttet til innkjøp av digitale læremidler fra andre produsenter av tilskudd fra Kunnskapsdepartementet og gjennom midler fra fylkeskommunene. Tilskuddene direkte fra staten og fra fylkeskommunene gjør videre at NDLA kan tilby innkjøpte læremidler gratis. NDLA tar således ingen risiko i markedet knyttet til "videresalg" av de innkjøpte læremidlene, og er heller ikke avhengig av inntekt i markedet for å finansiere videre virksomhet og drift.

Tilskuddene til innkjøp representerer klart en økonomisk fordel da den fjerner en utgift og en økonomisk risiko som andre aktører som tilbyr digitale læremidler har, og denne økonomiske fordelen omfattes av støttebegrepet i artikkel 61 (1).

5.2.4 Overføringen av publiseringsløsningen vederlagsfritt omfattes av støttebegrepet
NDLA har ikke båret noen utgifter knyttet til utviklingen av en løsning for publisering av de digitale læremidler NDLA tilbyr. Disse utgiftene er dekket av Utdanningsdirektoratet og Utdanning.no.

En publiseringsløsning som er tilpasset læringssituasjonen er av vital betydning for en tilbyder av digitale læremidler. Normalt må en tilbyder av digitale læremidler bære utgiftene knyttet til å utvikle eller lisensiere en publiseringsløsning. Når NDLA får gratis tilgang til en publiseringsløsning utviklet for publisering av NDLAs digitale læremidler, og eierskap til løsningen gjennom rådighet over kildekoden, representerer dette klart en økonomisk fordel for NDLA. NDLA slipper således utgifter som normalt ville belastes en virksomhets budsjett. At NDLA gis gratis tilgang til og eierskap over en publiseringsløsning representerer derfor en økonomisk fordel, og denne økonomiske fordelen omfattes av støttebegrepet i artikkel 61 (1).

5.3 Er støtten gitt av det offentlige?

Støtte er forbudt dersom det kommer fra "statsmidler". Begrepet statsmidler omfatter alle offentlige midler gitt av det offentlige²⁰ og utvilsomt støtte gitt av Kunnskapsdepartementet og fylkeskommunene.

5.4 Selektivitetskriteriet

For at en støtteordning skal være i strid med artikkel 61 må den være selektiv, den må være gitt "enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer". Generelle tiltak som kommer økonomien som helhet til gode rammes ikke av forbudet mot statsstøtte. I *Adria-Wien* formulerte EF-domstolen kravet til selektivitet på følgende måte:

"Der skal ... tages stilling til, om en statslig foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller visse produksjoner«, jf. traktatens artikkel [87], stk. 1, i forhold til

²⁰ Sak C-379/98 (PreussenElektra), Sml. 2001 s. I-2099, premiss 58.

andre virksomheder, der under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning, befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation”.²¹

Det avgjørende er således om noen foretak gis en økonomisk fordel som ikke stilles til rådighet for foretak i en sammenlignbar situasjon.

Det er ingen tvil om at driftstilskuddene til NDLA og støtten til innkjøp av læremidler for videre distribusjon er selektive.

Det reiser noe større tvil om overføringen av publiseringsløsningen til NDLA representerer en selektiv, økonomisk fordel. NDLAs publiseringsløsning er basert på en åpen kildekode. Det betyr at alle som ønsker kostnadsfritt kan benytte løsningen til publisering av sine digitale læremidler. Den fordel NDLA har mottatt gjennom å få utviklet en publiseringsløsning er derfor ikke selektiv.

Publiseringsløsningen er utviklet i nært samarbeid med NDLA. Er løsningen tilpasset NDLA på en måte som gjør at den ikke er funksjonell for andre tilbydere av digitale læremidler, vil dette gjøre at løsningen allikevel representerer en selektiv fordel for NDLA. Etter det jeg har fått opplyst kan løsningen også benyttes av andre tilbydere. Dersom NDLA gis støtte for å tilpasse publiseringsløsningen særlig til NDLAs behov vil dette være å betrakte som en særlig fordel gitt NDLA som omfattes av artikkel 61 (1).

5.5 Påvirker støtten samhandelen og vrir den konkurransen?

I tillegg til de kriterier som er behandlet ovenfor må en støtteordning påvirke konkurransen negativt og påvirke samhandelen. Det synes klart at konkurransen påvirkes negativt av støtteordningen, da private aktører får en konkurranseulempe i forhold til NDLA. Det kan reises noe større tvil om samhandelen er påvirket, da det kan argumenteres for at markedet for læremidler til norske, videregående skoler er et rent norsk marked. Dette argumentet har ikke gyldighet i forhold til lærebøker i språkfag som engelsk, tysk, fransk og spansk. Etter det jeg har fått opplyst tilbys utenlandske læremidler i oversatt versjon i norsk, videregående opplæring. Det finnes også eksempler på, etter det jeg har fått opplyst, også eksempler på at norske læremidler er oversatt og solgt som læremidler til andre land. Videre er en stor aktør på det norske

²¹ Sak C-143/99 *Adria-Wien Pipeline and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, Sml. 2001, s. I-8365, premiss 41.

markedet, Cappelen Damm, utenlandsk eid. Utenlandske aktører opererer således på det norske markedet. Samhandelskriteriet er derfor oppfylt.

5.6 Er tilskuddene gitt NDLA som kompensasjon for utførelse av tjenester av allmenn betydning?

5.6.1 *Vurderingskriteriene*

EF-domstolen har slått fast at der et foretak utfører en tjeneste for det offentlige vil det vederlag som foretaket gis ikke representere statsstøtte.²² I Altmark oppstilte EF-domstolen fire vilkår som må være oppfylt for at betaling for utføring av offentlige tjenester ikke utgjør ”støtte” i forhold til EF-traktatens artikkel 87(1), jf. EØS-avtalens artikkel 61(1):

”– For det første er den begunstigede virksomhet faktisk blevet pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser er blevet klart defineret.

– For det andet er de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, blevet fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde.

– For det tredje overstiger kompensationen ikke, hvad der er nødvendigt for helt eller delvis at dække de udgifter, der er afholdt ved opfyldelsen af forpligtelserne til offentlig tjeneste, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.

– For det fjerde skal størrelsen af den nødvendige kompensation, når udvælgelsen af den virksomhed, der skal overdrages en forpligtelse til offentlig tjeneste, i et konkret tilfælde ikke gennemføres inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter, fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkeligt udstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at gennemføre forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne indtægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne”.²³

I det videre vil jeg vurdere om tilskuddene til NDLA oppfyller Altmark-kriteriene.²⁴

²² Se særlig sak 240/83 *ADBHU*, Sml. 1985 s. 531, premiss 18, sak C53/00 *Ferring mot ACOSS*, Sml. 2001 s. I-9067, premiss 27, og sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747.

²³ Sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747, premiss 95.

²⁴ Altmark-kriteriene har blitt stadfestet i EF-domstolens senere praksis se for eksempel sakene 34-38/01 *Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze*, Sml. 2003 s. I-14243, premiss 31, sak C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl mot Calafiol*, Sml. 2006 s. I-2941, premiss 61, sak T-157/01 *Danske Busvognmænd mot Kommissjonen*, Sml. 2004 s. II-197, premiss 98 og sak T-289/03 *BUPA Ltd. Mot Kommissjonen*, Sml. 2008 s. II-81, premiss 162.

5.6.2 Har NDLA blitt pålagt å oppfylle en oppgave av allmenn betydning?

Betegnelsen ”offentlig tjeneste” som ble bruk av EF-domstolen i *Altmark* korresponderer med begrepet ”tjenester av allmenn økonomisk” betydning i artikkel 59(2).²⁵ Den aktuelle tjeneste må således være en tjeneste av allmenn økonomisk betydning. Dette vil ikke omfatte enhver tjeneste ytet til borgerne, kun tjenester som har en særlig økonomisk betydning.

Avtalepartene i EØS har en vid skjønnskompetanse i forhold til å definere tjenester av allmenn økonomisk betydning.²⁶ Det kan allikevel oppstilles visse minstevilkår for når en tjeneste kan anses å være en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, jf. Førsteinstansrettens avgjørelse i *Bupa Ltd. Mot Kommisjonen*:

”[S]elv om medlemsstaten har en vid skjønsbeføjelse med hensyn til fastleggelsen af, hvad den anser for en SIEG-ydelse, er den ikke, når den påberåber sig eksistensen og nødvendigheden af beskyttelsen af en SIEG-opgave, fritaget for at overvåge, at denne opgave opfylder bestemte minimumskriterier, der er fælles for enhver SIEG-opgave i henhold til EF-traktaten, som fastlagt i retspraksis, og for at bevise, at disse kriterier er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Det drejer sig navnlig om, hvorvidt der foreligger en offentlig myndighedsakt, der pålægger de omhandlede erhvervsdrivende en SIEG-opgave, samt om den generelle og bindende karakter af denne opgave. Modsat kan medlemsstatens manglende dokumentation for, at disse kriterier er opfyldt, eller dens tilsidesættelse af kriterierne udgøre en åbenbar skønsefejl, som Kommissionen skal sanktionere for ikke selv at gøre sig skyldig i en åbenbar fejl. Hertil kommer, som det fremgår af retspraksis vedrørende artikel 86, stk. 2, EF, at medlemsstaten skal anføre årsagerne til, at den finder, at den omhandlede tjenesteydelse, på grund af dens særlige karakter, fortjener at kvalificeres som en SIEG-ydelse, og at den adskiller sig fra andre økonomiske aktiviteter”.²⁷

De aktuelle oppgavene må således pålegges i en offentlig myndighetsakt, det må presiseres hvilke egenskaper ved tjenesten som gjør den til en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og det må vises at den aktuelle tjeneste oppfyller de kriterier som oppstilles.

NDLA ble etablert som en følge av at Stortinget over revidert nasjonalbudsjett for 2006 bevilget 50 MNOK til digitale læremidler for den videregående skole. Regjeringen

²⁵ Sak T-289/03 *BUPA Ltd. Mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-81, premiss 162.

²⁶ Se f.eks. sak T-442/03 *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2008, s. II-1161, premiss 195.

²⁷ Sak T-289/03 *BUPA Ltd. Mot Kommisjonen*, Sml. 2008 s. II-81, premiss 167.

oppfordret fylkeskommunene til å søke om å få tildelt deler av disse midlene, og NDLA ble opprettet som et felles prosjekt mellom 18 fylkeskommuner som en respons på dette. NDLA ble etablert som et verktøy, en prosjektorganisasjon, for fylkeskommunene for å gjennomføre produksjon og kjøp av fritt tilgjengelige digitale læremidler for den offentlige videregående opplæring, basert på tildeling av midler fra Kunnskapsdepartementet.

NDLA er ikke gjennom forskrift eller annen offentligrettslig akt pålagt å oppfylle særlige offentlige tjenester. NDLA skal, gjennom å tilby gratis digitale læremidler, bidra til at fylkeskommunene settes i stand til å oppfylle den forpliktelse kommunene er pålagt i forhold til gratis læremidler til elever i den videregående skole. NDLA er allikevel ikke gitt i oppgave å oppfylle særlige offentlige tjenester i denne anledning. NDLA skal sørge for at det etableres et tilbud av gratis digitale læremidler i konkurranse med private aktørers tilbud, men er ikke gitt i oppgave å utføre særlige offentlige tjenester.

NDLA ivaretar ikke oppgaver som ikke ville ha blitt utført uten opprettelsen av NDLA. Opprettelsen av NDLA er ingen forutsetning for at det skal finnes et tilbud av digitale læremidler. De læremidler NDLA utvikler utvikles også av private aktører i konkurranse med NDLA. NDLA skal således ikke fremskaffe læremidler som ellers ikke ville ha blitt produsert. Fylkeskommunene er heller ikke avhengig av NDLA for å oppfylle plikten om å gi elevene gratis læremidler. NDLA er derimot en organisasjon som skal redusere det offentliges kostnader knyttet til skolenes innkjøp av læremidler. NDLA vil koste fylkeskommunene mellom 30 og 40 millioner kroner i året. Denne kostnaden dekkes gjennom generelle driftstilskudd og ikke gjennom innkjøp av NDLAs læremidler. Dette er allikevel kun et spørsmål om hvordan kostnadsdekningen skjer. Et sentralt formål med NDLA må sies å være å redusere de offentliges utgifter knyttet til oppfyllelse av plikten til å gi elevene i videregående opplæring gratis læremidler. Reduksjon av det offentliges utgifter vil isolert ikke kvalifisere som en tjeneste av allmenn betydning.

NDLAs mål er i *Prosjektplan for NDLA* beskrevet slik:

”2 Mål:

- En ”Nasjonal digital læringsarena” skal sikre kvalitet, omfang, bredde og tilgjengelighet i tilbudet av digitale læremidler.
- Til skoleåret 2007-2008 skal det igjennom prosjektet tilbys digitale læremidler som dekker læreplanene i norsk og naturfag VG1.

- Utviklingen av digitale læremidler for disse to fagene skal danne grunnlaget for utarbeidelse av digitale læremidler og fagnettsted for alle fag i videregående opplæring.

2.1 Effektmål:

- Fremme delingskulturen i skolen og bidra til å utvikle skolene som lærende organisasjoner
- Øke bestillerkompetansen til skoleeier og fagmiljø knyttet til videregående opplæring
- Bidra til en sterkere grad av tilpasset opplæring
- Øke lærernes kompetanse i bruk av digitale læremidler i undervisningen
- Muliggjøre at digitale læremidler kan erstatte tradisjonelle lærebøker
- Bidra til å nå målet om gratis læremidler i videregående opplæring

2.2 Resultatmål:

- Etablere en organisasjon som tilbyr fritt tilgjengelige digitale læremidler som på lengre sikt dekker læreplanenes mål for alle fag og fagområder.
- Tilby gratis digitale læremidler som dekker læreplanenes mål i norsk og naturfag VG1 til høsten 2007.
- "Nasjonal digital læringsarena" skal gi **en inngang** til digitale læremidler uavhengig av hvilken LMS-løsning som brukes."

Virksomhetsområdet til NDLA er siden utvidet til å omfatte i alt 13 fag i den videregående skole.

Det fremgår av målsetningene at fokus er på opprettelsen av en organisasjon som skal fremme digitale læremidler, bidra til økt kompetanse hos fylkeskommunene vedrørende digitale læremidler og på produksjon og tilbud av gratis læremidler. Virksomheten er generell i den forstand at den ikke er noen direkte respons på oppfyllelsen av konkrete kontrakter i forhold til fylkeskommunene, og NDLA er heller ikke pålagt å utføre konkrete funksjoner for fylkeskommunene. Etableringen av NDLA er således en generell etablering av virksomhet uten at denne er gitt særlige oppgaver knyttet til utførelse av offentlige tjenesteoppgaver. I den utstrekning NDLA har en rolle i tilknytning til fylkeskommunenes plikt til å skaffe elevene læremidler er oppgavene uansett for ubestemt beskrevet til at Altmark-dommens krav til klarhet er oppfylt.

5.6.3 Er kravet til kriteriene for beregningen av kompensasjonen oppfylt?

Etter det andre vilkåret oppstilt av EF-domstolen i *Altmark* må kriteriene for kompensasjonen være fastsatt på forhånd, d.v.s. før innkjøpet av de aktuelle tjenestene.

Videre må kriteriene være objektive, d.v.s. kompensasjonen må være reell og knytte seg til de kostnader som er forbundet med å yte den aktuelle tjeneste. Vilkåret skal sikre at det kompensasjon for offentlige tjenester ikke inneholder økonomiske fordeler som favoriserer mottageren i forhold til konkurrerende foretak.²⁸ I *Enirisorse mot Ministero delle Finanze* fant EF-domstolen at der det ikke var klart definert hvilke konkrete tjenesteytelser som var omfattet av den offentlige tjenesteforpliktelsen var dette vilkåret ikke oppfylt.²⁹ Generelle tilskudd til en virksomhets drift vil derfor ikke tilfredsstille dette vilkåret.

NDLA gis ingen kompensasjon for de tjenester de tilbyr, da disse skal tilbys gratis. NDLA får dekket sine kostnader gjennom generelle tilskudd og bevillinger til driften. For at kompensasjon for utførelse av offentlige tjenester skal falle utenfor forbudet mot statsstøtte må kompensasjonen være betaling for konkrete tjenester, og kriteriene for beregningen av kompensasjonen må knytte seg til kostnadene forbundet med å yte de aktuelle tjenestene. Generelle driftstilskudd vil ikke falle utenfor statsstøtteforbudet.

5.6.4 Ingen kompensasjon for konkrete tjenester

Det tredje vilkåret innebærer at kompensasjonen for offentlige tjenester ikke kan overstige kostnadene knyttet til å yte den aktuelle tjeneste, pluss en rimelig fortjeneste. NDLA gis generelle rammetilskudd som ikke relateres til kostnadene ved å tilby de digitale læremidlene. NDLA kan således oppebære de utviklings- og produksjonskostnader de ønsker og få dekket disse gjennom generelle tilskudd. Finansiering av et foretaks virksomhet gjennom generelle bevillinger tilfredsstiller ikke det tredje vilkåret oppstilt av EF-domstolen i *Altmark*.³⁰

5.6.5 Kravet til markedskonform kompensasjon

Det fjerde vilkåret som oppstilles i *Altmark* innebærer at det oppstilles to modeller for beregningen av støtteelementet i kompensasjon for offentlige tjenester. Der et foretak er gitt i oppgave å utføre offentlige tjenester etter en anbudsrunde forutsettes det at det ikke er noe støtteelement i betalingen. Der oppgaven er tildelt etter konkurranse forutsettes det at betalingen er markedskonform. Der oppgaven er tildelt uten konkurranse skal verdien av tjenesteytelsen ikke ta utgangspunkt i de konkrete kostnadene til det foretak

²⁸ Sak C-280/00 *Altmark*, Sml. 2003 s. I-7747, premiss 90.

²⁹ Sakene 34-38/01 *Enirisorse SpA mot Ministero delle Finanze*, Sml. 2003 s. I-14243, premiss 37.

³⁰ Jf. Conor Quigly: *European State Aid Law and Policy* (second edition) s. 165-166.

som er tildelt oppgaven, knyttet til den aktuelle tjenesteytelsene. Hva som er en markedskonform kompensasjon skal da fastsettes på bakgrunn av de kostnader m.v. en effektiv produsent av den aktuelle tjeneste hadde hatt ved å yte den aktuelle ytelsen. NDLA mottar som nevnt ingen kompensasjon for sine ytelser. Et eventuelt støtteelement ligger i de generelle tilskuddene til driften. Skulle kompensasjon for offentlige tjenester vært unntatt statsstøtteforbudet måtte den ha kommet i form av betaling for konkrete ytelser. Driftstilskuddet tilfredsstiller således ikke det fjerde vilkåret i Altmark.

6. Artikkel 59(2)

Det fremgår av EØS-avtalens artikkel 59(2) at dersom det er nødvendig å gi et foretak statsstøtte for at det skal være i stand til å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, kan det gjøres uhindret av forbudet i artikkel 61(1):

”Foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning, eller som har karakter av et fiskalt monopol, skal være undergitt reglene i denne avtale, fremfor alt konkurransereglene, i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”.

Innebærer finansieringen av NDLA statsstøtte blir spørsmålet om støtten kan begrunnes i artikkel 59(2). Det kan oppstilles fire vilkår som må være oppfylt for at artikkel 59(2) skal komme til anvendelse:

1. NDLA må utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning
2. Det må foreligge en offentligrettslig akt som pålegger et foretak den aktuelle oppgave, og som klart beskriver oppgavens innhold
3. En anvendelse av statsstøtteforbudet må være til hinder for utførelsen av en tjeneste av allmenn økonomisk betydning
4. Samhandelen må ikke påvirkes i et så stort omfang at tiltaket motvirker målsetningen om et indre marked i EØS

Det følger av EF-domstolens praksis at artikkel 59(2) er en unntaksbestemmelse som må tolkes snevert. EF-domstolen har allikevel gitt medlemsstatene relativ stor frihet til å fastsette hva som er tjenester av allmenn økonomisk betydning. I *BBC Digital*

Curriculum godtok Kommisjonen at tilbud av gratis læremidler til skoler og studenter var en tjeneste av allmenn økonomisk betydning.

I *BBC Digital Curriculum* la Kommisjonen vekt på at BBC tilbød læremidler som ikke ble tilbudt av private aktører. Bevillingene til BBC gikk altså til produksjonen av læremidler som ikke ville blitt utviklet uten tilskuddene. Dette er ikke tilfellet i forhold til de læremidler NDLA skal utvikle, da private aktører allerede tilbyr og kan tilby disse læremidlene. NDLA er således ikke gitt en rolle tilknyttet produksjon av læremidler som ellers ikke vill ha blitt produsert. NDLA er derimot et verktøy for at fylkeskommunene skal redusere sine kostnader knyttet til innkjøp av læremidler. NDLA er ikke gratis for fylkeskommunene. NDLA vil ha et budsjett på mellom 30 og 40 millioner kroner. Kostnadene knyttet til driften av NDLA må dekkes av fylkeskommunene. Utgiftene vil dekkes gjennom de midler fylkeskommunene har til innkjøp av læremidler. Slikt sett er ordningen med NDLA kun et alternativ til å gå til direkte innkjøp fra eksisterende tilbydere, der kostnadene ikke dekkes gjennom innkjøp i markedet men gjennom direkte tilskudd til drift. En begrunnelse for å gjøre det på denne måten er at ordningen reduserer fylkeskommunenes utgifter, men en reduksjon av utgifter vil ikke kvalifisere som et hensyn som kan begrunne unntak etter artikkel 59(2).

Kravet i artikkel 59(2) om at tjenester av allmenn økonomisk betydning må være "tillagt" det aktuelle foretak innebærer at det må foreligge et pålegg i form av en offentligrettslig akt som klart definerer hvilke oppgaver foretaket er pålagt. Det foreligger ikke noen lov, forskrift, vedtak eller annen offentligrettslig akt som pålegger NDLA å utføre oppgaver av allmenn økonomisk betydning. Vilåret om at oppgavene må være "tillagt" NDLA er således ikke oppfylt.

Det kan videre stilles spørsmål ved om en generell oppgave om å drive utvikling av digitale læremidler er tilstrekkelig presis til at kravet om at tjenesten av allmenn økonomisk betydning må være klart beskrevet i pålegget er oppfylt. NDLA er ikke gitt noen klart definert rolle i forhold til fylkeskommunenes forpliktelser til å tilby gratis læremidler i videregående opplæring. NDLAs prosjektplan antas allikevel å være tilstrekkelig presis til å oppfylle dette vilåret, forutsatt at det ligger et pålegg i bunn for prosjektplanen.

I *BBC Digital Curriculum* la Kommisjonen vekt på at BBC som et resultat av det generell oppdrag institusjonen er gitt ikke kan ta betalt for sine tjenester. BBC var derfor avhengig av offentlig finansiering for å tilby den tjeneste de var pålagt i forhold til formidling av digital læremidler. I vurderingen av om det er nødvendig for NDLA å motta statsstøtte for å utvikle og tilby digitale læremidler blir spørsmålet om det er

påkrevet at NDLA finansieres gjennom offentlige rammetilskudd og ikke gjennom inntekter fra salg i markedet. Det er ingen forhold ved NDLA som er til hinder for at NDLA kan tilby sine produkter mot betaling, og på denne måten finansiere sin virksomhet. NDLA kan finansieres på samme måte som de private aktørene som NDLA konkurrerer med. Det er videre ikke nødvendig at NDLA tilbyr læremidlene gratis for at fylkeskommunene skal kunne oppfylle sine forpliktelser til gi elevene i videregående skole gratis læremidler. NDLAs drift representerer en kostnad for fylkeskommunene. Fremfor å dekke disse kostnadene gjennom generelle tilskudd kunne fylkeskommunene finansiert NDLA i form av betaling for faktisk bruk, m.a.o. i form av betaling for faktisk innkjøp.

7. Forholdet til reglene om offentlige anskaffelser

Reglene om offentlige anskaffelser stiller krav til hvordan innkjøp til offentlig virksomhet foregår. Ved å stille krav til bl.a. hvordan offentlige kontrakter skal utlyses i markedet og ved å stille krav til objektive kriterier for utvelgelse av leverandører, sikrer reglene om offentlige anskaffelser at foretakene gis like konkurransevilkår og behandles på en ikke-diskriminerende måte. Utgangspunktet etter reglene om offentlige anskaffelser er at offentlige innkjøp skal legges ut på anbud.

Læren om såkalt egenregi representerer et unntak fra reglene om offentlige anskaffelser. Det offentlige står fritt til å produsere varer og tjenester det har behov for innenfor egen organisasjon, for eksempel innenfor en fylkeskommune. Dersom en offentlig enhet foretar produksjon av varer eller tjenester innenfor egen organisasjon, produksjon i egen regi, kan enheten tildele kontrakter til sin egen produksjonsenhet uten en forutgående anbudsrunde.

Egenregi-unntaket gjelder kun fra reglene om offentlige anskaffelser. Reglene om egenregi innebærer ikke at den aktuelle ordning samtidig gis unntak fra statsstøttereglene. Peter Dethlefsen: *Public services in EU – Between state aid and public procurement rules* uttrykker dette slik:

“[T]he Community rules on the internal market, including the Procurement Directives, do not preclude a Member State from keeping the production of a public service **in house** without any competition. ... So, even if it is acceptable from the view of the procurement rules to keep a production **in house**, the state aid rules bites if the in house production is in actual or potential competition with private

suppliers and the Commission may intervene under the state aid rules to ensure that publicly owned producers do not obtain financial advantages which may distort competition”.³¹

Ved vurderingen av om en offentlig produksjonsenhet gis statsstøtte er det således uten betydning om enheten vil kunne tildeles kontrakter fra offentlige aktører som kontrollerer enheten uten forutgående konkurranse. Er produksjonsenheten et ”foretak” i artikkel 61(1)s forstand må det foretas en selvstendig vurdering av om statsstøtteforbudet er overtrådt, basert på de kriterier artikkel 61 oppstiller.

Mottar NDLA tilskudd sin virksomhet som er i strid med artikkel 61 vil således forbudet være overtrådt uavhengig av reglene om egenregi.

8. Er støtten omfattet av fritaks- eller unntaksbestemmelser?

Artikkel 61(2) gir unntak fra støtteforbudet for visse støttekategorier. Dersom vilkårene i dette unntaket er oppfylt, må ikke støtten notifiseres og godkjennes før iverksettelsen av tiltaket. ESA har også *plikt* til å godkjenne støtten når den notifiseres. Unntakene gjelder forbrukerstøtte av sosial karakter, støtte til naturkatastrofer eller eksepsjonelle hendelser, samt støtte til kompensasjon for økonomiske ulemper forårsaket av Tyskland tidligere deling. Unntakene er ment som smale spesialbestemmelser, og artikkel 61 (2) har sjelden vært brukt av ESA. Statsstøtten til NDLA faller ikke inn under unntaket i artikkel 61 (2).

Det gis også unntak for bagatellmessig støtte. Reglene om bagatellmessig støtte følger av Kommisjonens forordning nr. 1998/2006 av 15. desember 2006 tatt inn i forskrift av 5.12. 2003 nr. 1429 § 2. Helt enkelt vil det si at støtte på under 200 000 euro (ca 1,8 MNOK) til en bedrift over en treårsperiode ikke trenger ESAs godkjenning. NDLA har mottatt støtte over grensen for bagatellmessig støtte.

Gjennom gruppeunntaksforordningen, jfr. Kommissjonsforordning nr. 800/2008 om gruppeunntak som ble tatt inn i EØS-avtalen 7. november 2008, er det gitt unntak for spesifiserte støtteformer på nærmere vilkår. Gruppeunntaksforordningen er gjort til norsk rett gjennom § 1 i forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte av 14. november 2008. Statsstøtten til NDLA faller ikke inn under unntakene i gruppeunntaksforordningen.

Artikkel 61 (3) angir støtteformer ESA *kan* godkjenne som forenelig med EØS-avtalen. Mest praktisk er artikkel 61 (3) bokstav c:

³¹ Public procurement Law Review 2007 s. 53-64, punkt 4.2.3.

"Støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser."

Dispensasjon etter artikkel 61 (3) bokstav c forutsetter notifikasjon til ESA forut for tildelingen. Statsstøtten til NDLA har ikke vært notifisert ESA før støtten ble utbetalt, og en eventuell godkjenning fra ESA av støtten i medhold av dispensasjonsadgangen i § 61(3)(c) kan ikke gis i etterkant.

Det kan etter dette konkluderes med at ingen av unntaks- eller fritaksbestemmelsene kommer til anvendelse på støtte gitt NDLA i strid med artikkel 61(1).

9. Konsekvensene av at finansieringen av NDLA innebærer statsstøtte

Ulovlig statsstøtte skal tilbakebetales til støttegiver. Det betyr at om NDLA har mottatt ulovlig støtte gjennom tilskuddene fra Kunnskapsdepartementet må det tilbakebetales. Innebærer fylkeskommunenes tilskudd til driften av NDLA ulovlig statsstøtte, må finansieringen opphøre og det som er mottatt betales tilbake.

Håndhevelsessystemet for støttereglene hviler på en forutsetning om at støtte ikke kan iverksettes før den er godkjent av ESA. Støtten til NDLA er ikke notifisert og godkjent av ESA. Det innebærer at iverksettelsesforbudet som følger av ODA protokoll 2 del I artikkel 1 nr. 3, jfr. også prosedyreforordningen artikkel 3, er overtrådt. En tilbakeføringssanksjon ovenfor NDLA bygger direkte på dette iverksettelsesforbudet.

NDLA må betale renter av den ulovlige støtten og reverseringen skal skje krone for krone. Det er støttegiverne Kunnskapsdepartementet og fylkeskommunene som er forpliktet til å gjennomføre reverseringen. ESAs rolle består i å pålegge Norge å iverksette reverseringen.

At støtten må tilbakebetales, begrunnes i hensynet til å oppheve den skjevhet i markedet som støtteutbetalingen har avstedkommet. I ENI-Lanerossi II formulerte EF-domstolen essensen i sin tidligere praksis som følger:

"Ifølge fast retspraksis har forpligtelsen for staten til at oppheve en støtte, som af Kommissionen er fundet uforenelig med fællesmarkedet, til formål at genoprette den oprindelige situation [...] Dette formål er opnået, når den pågældende støtte, eventuelt med tillæg af morarenter, af støttemodtageren, [...] er blevet tilbagebetalt [...]. Ved denne tilbagebetaling mister støttemodtageren jo den fordel, der

var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte er genoprettet."³²

Tilbakebetalingen tar med andre ord sikte på å *eliminere de markedsvirkninger den ulovlige støtten har hatt*. Derimot tar reverseringssanksjone ikke sikte på å pålegge NDLA et onde ut over fraleggelse av en uberettiget fordel.³³

Hjemmelen for tilbakeføring av ulovlig støtte finnes i prosedyreforordningen artikkel 14, men har forankring i langvarig rettspraksis. EF-domstolen har i denne sammenheng nøydt seg med å slå fast at reversering er det logiske motstykke til støttens uforenelighet med EF-retten.³⁴ Reversering ble allerede i den første dommen som behandlet spørsmålet, ansett som nødvendig for at reglene skulle kunne få praktisk gjennomslag.³⁵

Tilbakeføring skal pålegges der ESA konstaterer at det er utbetalt støtte ulovlig til NDLA, det vil si at ny støtte er utbetalt i strid med iverksettelsesforbudet som beskrevet ovenfor.

Virksomheten i NDLA er ikke ulovlig selv om det er gitt statsstøtte til virksomheten. Den naturlige konsekvensen for fremtiden vil være at NDLAs virksomhet, under den eksisterende offentlige regulering, må finansieres over markedet. Det kan ikke utelukkes at staten, om statsstøttereglene er til hinder for dagens finansieringsmodell, søker å endre det offentlige rammeverket på en måte som skal sikre at NDLA på mer formell rettslig basis pålegges å utføre tjenester som påberopes å være allmenn økonomisk betydning. Dette for å rettferdiggjøre statlige tilskudd i fremtiden. Det kan tenkes at en slik modell vil kunne gjøres EØS-konform.

³² Sak C-350/93 Kommisjonen mot Italia, Sml. 1995 s. I-699 (ENI-Lanerossi II), premiss 21-22, jfr. også sak C-382/99 Nederland mot Kommisjonen, Sml. 2002 s. I-5163, premiss 89, forenede saker C-328/99 og 399/00 Italia m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2003 s. I-4035 (Seleco), premiss 66, sak C-372/97 Italia mot Kommisjonen, Sml. 2004 s. I-3679, premiss 104, sak C-277/00 Tyskland mot Kommisjonen, Sml. 2004 s. I-3925 (System Microelectronic Innovation), premiss 75-76, og sak C-110/02 Kommisjonen mot Rådet, Sml. 2004 s. I-6333, premiss 42.

³³ Sak C-75/97 Belgia mot Kommisjonen, Sml. 1999 s. I-3671 (Maribel bis/ter I) uttalte Domstolen således: "Da tilbakebetalingen *alene har til formål* [min uthevelse] at genoprette den tidligere rettsstilling, kan den prinsipielt ikke anses for en sanktion."

³⁴ Sak C-261/99 Kommisjonen mot Frankrike, Sml. 2001 S. I-2537, premiss 22. (Flere henvisninger til tidligere praksis i denne dommen.)

³⁵ Sak 70/72 Kommisjonen mot Tyskland, Sml. 1973 s. 813, premiss 13.