

# **Tjenester av almen økonomisk betydning**

**Forholdet mellom EØS-avtalens  
artikkel 59 nr. 2 og artikkel 61 nr. 1**

*Kandidatnummer: 109*

*Veileder: Henrik Bull*

**Semester: Vår 2005**

**Antall ord: 25 947**

**Dato: 1. Juni 2005**



<b><u>1</u></b>	<b><u>INNLEDNING .....</u></b>	<b><u>1</u></b>
1.1	INTRODUKSJON.....	1
1.2	BEGREPET “TJENESTE AV ALMEN ØKONOMISK BETYDNING” I EØS-AVTALENS ARTIKKEL 59 NR. 2.....	4
1.3	AVGRENSNINGER.....	9
1.4	METODEPERSPEKTIV .....	10
1.5	DEN VIDERE FREMSTILLING .....	13
<b><u>2</u></b>	<b><u>DET PRINSIPIELLE FORBUDET MOT STATSSTØTTE.....</u></b>	<b><u>14</u></b>
2.1	GRUNNLEGGENDE OM EØS-AVTALENS ARTIKKEL 61 NR. 1.....	14
2.2	KORT OM HÅNDHEVING AV STATSSTØTTEREGLENE OG OM BAGATELLMEDDELELSEN OG GRUPPEFRITAK .....	16
2.3	STØTTE YTT AV EFTA-STATEN ELLER AV STATSMIDLER.....	18
2.3.1	STØTTE YTT AV EFTA-STATENE.....	18
2.3.2	STATSMIDLER..... Økonomisk byrde for staten.....	20 22
2.4	STØTTEN MÅ INNEBÆRE EN FORDEL FOR STØTTEMOTTAKER.....	24
2.4.1	NÆRMERE OM FORDELSBEGREPET.....	25
2.4.2	FORDELSKRITERIET VED MOTYTELSE FRA MOTTAKEREN .....	26
2.4.3	FORDELSKRITERIET OG OFFENTLIGE VIRKSOMHETER .....	26
2.4.4	MARKEDSINVESTORPRINSIPPET.....	29
2.5	SELEKTIVITETSKRITERIET .....	30
2.6	KONKURRANSEVRIDNINGSKRITERIET .....	33
2.7	SAMHANDELSKRITERIET .....	39
2.7.1	SAMHANDELSKRITERIET OG EØS-AVTALEN ARTIKKEL 59 NR. 2 .....	39
<b><u>3</u></b>	<b><u>STØTTE ELLER KOMPENSASJON.....</u></b>	<b><u>46</u></b>
3.1	BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLING .....	46
3.2	DE ULIKE TILNÆRMINGSMÅTENE TIL STØTTE TIL TJENESTER AV ALMEN ØKONOMISK BETYDNING.....	47
3.2.1	INNLEDNING.....	47
3.2.2	STATSSTØTTETEORIEN .....	47
3.2.3	KOMPENSASJONSTEORIEN .....	48
3.2.4	QUID PRO QUO-TEORIEN .....	50
3.2.5	ALTMARKPRINSIPPENE .....	50

<b>3.3</b>	<b>KOMPENSASJON SOM IKKE ER STØTTE</b> .....	<b>53</b>
3.3.1	INNLEDNING .....	53
3.3.2	VILKÅRET OM AT TJENESTENE ER AV ALLMENN ØKONOMISK BETYDNING, OG FORPLIKTELSENE MÅ VÆRE KLART DEFINERT .....	54
3.3.3	VILKÅRET OM AT BEREGNINGEN AV KOMPENSASJONEN MÅ VÆRE FASTLAGT PÅ FORHÅND PÅ EN OBJEKTIV OG GJENNOMSIKTIG MÅTE .....	55
3.3.4	KOMPENSASJONEN MÅ IKKE OVERSTIGE UTGIFTENE TIL OPPFYLLELSEN AV FORPLIKTELSENE.....	56
3.3.5	KOMPENSASJONENS STØRRELSE BESTEMMES VED OFFENTLIG ANSKAFFELSESPROSEDYRE ELLER ANALYSE AV OMKOSTNINGENE.....	56
<b>3.4</b>	<b>KOMPENSASJON SOM ER STØTTE</b> .....	<b>58</b>
3.4.1	INNLEDNING .....	58
3.4.2	HVA ER “STØTTE” – VERDSETTING AV DET OFFENTLIGES YTELSE .....	58
3.4.3	STØTTE TIL TJENESTER AV ALMEN ØKONOMISK BETYDNING – KRAVET TIL NØDVENDIGHET.....	59
3.4.4	EØS-AVTALENS ARTIKKEL 59 NR. 2 ETTER ALTMARK-DOMMEN.....	61
<b>4</b>	<b><u>KRYSSSUBSIDIERING</u></b> .....	<b>62</b>
<b>4.1</b>	<b>PROBLEMSTILLING</b> .....	<b>62</b>
<b>4.2</b>	<b>ULOVLIG KRYSSSUBSIDIERING</b> .....	<b>64</b>
<b>4.3</b>	<b>NÆRMERE OM INNSYNSDIREKTIVET</b> .....	<b>67</b>
<b>5</b>	<b><u>FORHOLDET MELLOM EØS-AVTALENS ARTIKKEL 59 NR. 2 OG NOTIFIKASJONSREGLENE</u></b> .....	<b>69</b>
<b>5.1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>69</b>
<b>5.2</b>	<b>EØS-AVTALENS REGLER OM NOTIFIKASJON AV STØTTETILTAK</b> .....	<b>69</b>
<b>5.3</b>	<b>SKAL KOMPENSASJON TIL FORETAK SOM YTER TJENESTER AV ALMEN ØKONOMISK BETYDNING MELDES?</b> .....	<b>70</b>
<b>5.4</b>	<b>SKAL STØTTE MED HJEMMEL I EØS-AVTALENS ARTIKKEL 59 NR. 2 MELDES?</b> .....	<b>71</b>
<b>6</b>	<b><u>OPPSUMMERING</u></b> .....	<b>73</b>
	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b> .....	<b>74</b>



# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon

EØS-avtalens sentrale formål er å gjøre EFTA-statene til en integrert del av EUs indre marked<sup>1</sup>. I henhold til fjerde ledd i EØS-avtalens fortale skal EØS-samarbeidet baseres “[...] på grunnlag av markedsøkonomi. [...]”. Tilsvarende målsetning kommer til uttrykk i fjerde og sjette ledd i fortalen til EF-traktaten. Grunntanken er at der alle markedsaktører operer under like konkurransevilkår og har lik adgang til markedet, vil markedsfunksjonen sikre optimal utnyttelse av samfunnets ressurser ved at virksomhetene lokaliseres der de kan drives mest effektivt. Det er også antatt at et marked basert på fri konkurranse, på så vel selger- som kjøpersiden, vil skape et variert tilbud av varer og tjenester.

EØS-avtalens konkurranseregler skal sørge for like konkurranse- og rammevilkår for næringsvirksomheter som opererer på det indre marked. Statsstøttereglene er en del av dette konkurranseregelverket, og har til formål å hindre at konkurransen på det indre marked vris ved at enkelte foretak gis konkurransefortrinn i form av offentlig støtte. I henhold til EØS-avtalens artikkel 61 er statsstøtte i utgangspunktet i strid med EØS-avtalen. Tilsvarende bestemmelse finnes i EF-traktatens artikkel 87. Begrunnelsen er at støtten kan gjøre det mulig for foretaket å tilby konsumentene produkter til lavere priser enn sine konkurrenter, til tross for at virksomheten ikke driver på den mest lønnsomme måten. Å yte statsstøtte til virksomheter som ikke er konkurransedyktig kan føre til at de aktørene som utnytter sine ressurser mest effektivt blir presset ut av markedet av mindre effektive bedrifter som mottar støtte. Statsstøtte kan med andre ord forstyrre markedsfunksjonen, og være til hinder for at samfunnets ressurser utnyttes så effektivt som mulig.

Til tross for at markedsmekanismen sikrer effektiv bruk og fordeling av samfunnets ressurser på en rekke samfunnsområder, er det imidlertid en rekke oppgaver

---

<sup>1</sup> I EF-traktatens artikkel 14 nr. 2 er det indre marked definert som “*et område uden indre grænser med fri bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital*”. EØS-avtalens artikkel 8 nr. 3 unntar fiskeri- og landbruksnæringen fra EØS-avtalens regler om fri bevegelse og fri konkurranse. Kapitel 2 i EØS-avtalen inneholder imidlertid enkelte særbestemmelser for disse næringene.

den ikke er i stand til å løse. I mange tilfeller er det tale om oppgaver som har stor betydning for borgerne. Fortsatt er det derfor mange typer tjenesteproduksjon som det offentlige unntar fra den rene markedsmekanisme, men utviklingen synes å gå i retning av økt bruk av markedsbaserte løsninger, blant annet ved konkurranseutsetting av virksomhet som tidligere ble drevet som offentlige monopoler.

Begrunnelsen for den store, offentlige tjenesteproduksjonen har tradisjonelt vært at det offentlige er best egnet til å ivareta samfunnsmessige målsettinger når markedsmekanismen gir uønskede virkninger i forhold til samfunnsmessige mål for virksomheten. Uønskede virkninger kan være at markedsprisen på en tjeneste vil bli for høy for forbrukere med lav kjøpekraft, eller at markedsmekanismen ikke er i stand til å ivareta vedtatte politiske målsetninger. Til illustrasjon er det en politisk målsetning å sikre bosetningen i distriktene, og det er derfor ønskelig å opprettholde et godt utbygd tjenestetilbud over hele landet. For å sikre spredt bosetning er det ikke tilstrekkelig at visse typer tjenester er tilgjengelig i alle landets avkroker. Tjenestene må i tillegg være av tilfredsstillende kvalitet, og kunne tilbys til omtrent samme pris over hele landet. Typiske eksempler er infrastruktur-tjenester som jernbanedrift, postvesen, strømforsyning, telekommunikasjon og kringkastingsvirksomhet. I Norge har vi i likhet med de fleste vestlige stater også lang tradisjon for at velferdsgoder som undervisning, helse, og omsorg ivaretas av offentlig sektor. Kommersielle virksomheter vil på sin side først og fremst være interessert i å tilby sine tjenester i områder med stor befolkningstetthet, der etterspørselen vanligvis er større og produksjonsutgiftene mindre, enn å sørge for et helhetlig tilbud til alle landets forbrukere.

Norske myndigheter har siden 1990-tallet gått langt i retning av å bygge ned de offentlige monopolene, og overlater i stadig større utstrekning oppgaver som tidligere ble oppfylt av det offentlige, til private aktører. En rekke større statlige virksomheter, herunder Telenor, Posten, NSB, Norsk medisinaldepot er blitt omformet til foretak. Flere av disse er senere blitt helt eller delvis privatisert, her i blant Telenor og Norsk medisinaldepot og Statoil. Denne utviklingen skyldes ikke først og fremst Norges inntreden i EØS-samarbeidet, men at Norge i likhet med resten av den vestlige verden opplever stadig sterkere finansielt press på offentlig sektor. I tillegg har den teknologiske utviklingen bidratt til å skape nye tjenester, og til at eksisterende tjenester kan fremstilles billigere enn tidligere. Dette har igjen bidratt til at nye aktører nå søker å komme inn på markeder som tidligere var dominert av det offentlige.

For Norges del kan man kanskje likevel hevde at EØS-avtalen bidro til å få forgang i liberaliseringen og effektiviseringen av konkurransepolitikken.

Mens de offentlige monopolene tidligere sørget for et noenlunde likt tjenestetilbud over hele landet, kan konkurranseutsetting føre til større geografisk variasjon i så vel pris som tjenestetilbud. For å få bedrifter til å påta seg å dekke behovet for tjenester i mindre markedsmessig attraktive områder er staten i mange tilfeller nødt til å iverksette tiltak. Det å knytte særlige rettigheter eller tilsagn om statlig støtte til oppgaven er ofte statens eneste mulighet til å gjøre oppgavene interessante for bedriftene. Man kan i en viss forstand hevde at det offentlige på denne måten “kjøper” tjenester av virksomhetene, for å motvirke geografiske og sosial forskjeller, og for å sikre alle sine innbyggere et akseptabelt velferdsnivå.

I EØS-rettslig sammenheng omtales tjenester som skal oppfylle politiske målsetninger, som “tjenester av almen økonomisk betydning”. EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 og EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 åpner for unntak fra blant annet konkurransereglene i den utstrekning det er nødvendig for å sikre gjennomføringen av slike viktige tjenester.

Det er til dels ulike oppfatninger EØS-statene imellom om hvilke samfunnsoppgaver som bør løses gjennom markedsmekanismen, og hvilke som oppgaver som bør oppfylles av - eller ved hjelp av - det offentlige. Tjenester av almen økonomisk interesse er gjenstand for politisk debatt, fordi synet på slike tjenester i høy grad berører spørsmålet om hvilken rolle offentlige myndigheter skal spille i markedsøkonomien, både i forhold til å sikre at markedet fungerer, og i forhold til å sikre allmennhetens interesse.

Noe av bakgrunnen for at tjenester av almen økonomisk betydning er så viktig i forhold til EØS-avtalen er at slike tjenester ikke har bare direkte betydning for borgerne i de enkelte medlemsstater. De påvirker også produksjonen av andre varer og tjenester, og er også på denne måten en viktig faktor for konkurransen på fellesmarkedet. Bedrifter ønsker som regel å etablere seg på steder hvor det er en godt utbygget infrastruktur i form av tilfredsstillende veier, i nærheten av en havn eller flyplass, kraftproduksjon, telekommunikasjon og lignende. Videre har de fleste bedrifter behov for arbeidskraft, og vil derfor søke å etablere seg på steder hvor det er tilgang på arbeidstakere. Arbeidstakerne vil på sin side først og fremst bosette seg på steder hvor det er et tilfredsstillende tjenestetilbud i form av for eksempel utdannings- og helseinstitusjoner.

Kort sammenfattet kan man si at fordi enkelte tjenester er så viktige for å få samfunnsmaskineriet til å gå rundt, åpner EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2



unntak fra konkurransereglene der foretak er blitt “*tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning.*” Bestemmelsen tilsvare EF-traktatens artikkel 86 nr. 2. I den videre fremstilling er det adgangen til å gjøre unntak fra statsstøttereglene som vil bli behandlet.

## **1.2 Begrepet “tjeneste av almen økonomisk betydning” i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2**

Grunnvilkåret for unntaket fra statsstøttereglene i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 er at

det offentlige har tillagt foretaket en oppgave av “almen økonomisk betydning.” Jeg vil i kapittel 0 komme tilbake til de øvrige vilkårene i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 benyttes på dansk formuleringen “tjenesteydelser av almindelig økonomisk interesse”, mens den engelske språkutgaven bruker begrepet “public service obligations”, (ofte forkortet til PSO). Begrepet er ikke nærmere definert, verken i EF-traktaten eller i den sekundære lovgivningen. Det er imidlertid bred enighet om at begrepet omfatter tjenesteytelser som har økonomisk karakter, men som tjener et allmennyttig formål, typisk innenfor sektorer som transport, energi, kommunikasjon og miljø.

De enkelte medlemslandene i EU antas å ha en betydelig skjønnsmargin for å bestemme hvilke tjenester som er av almen økonomisk betydning. Det samme må gjelde også innenfor EØS-avtalen. I sak C-202/88, *Telecom*,<sup>2</sup> beskrev EF-domstolen formålet med EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 som å:

“[...] under visse omstendigheter gjør det muligt at fravige Traktatens generelle regler, er at forlige medlemsstaternes interesse i at anvende

visse, navnlig offentlige, virksomheder som økonomiske eller skattepolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglen overholdes og at fællesmarkedets enhed bevares.”

Medlemsstatenes frihet kommer også til uttrykk i Teledirektivet, inntatt i vedlegg IX til EØS-avtalen. Direktivets artikkel 10 lyder:

“Nasjonal lovgivning kan definere hva slags forpliktelse til å yte universelle tjenester som bør opprettholdes. Slike forpliktelser vil i seg selv ikke bli betraktet som konkurranshindrende, forutsatt at de forvaltes på en åpen, ikke-diskriminerende og konkurransmessig nøytral måte og ikke er mer byrdefulle enn det som er nødvendig for den type universell tjeneste som er definert i nasjonal lovgivning.”

Også Kommisjonen har gitt uttrykket for at medlemsstatene har et vidt skjønn. I sitt forslag til nye fellesskapsregler for statsstøtte i form av kompensasjon for offentlige tjeneste uttalte Kommisjonen:

“Af retspraksis fremgår, at hvor der ikke findes fællesskabsregler, har medlemsstaterne vide skønsmålinger, hvad angår arten af de tjenesteydelser, der kan betegnes som værende af almindelig økonomisk interesse. I mangel af fællesskabsregler på området er det derfor Kommissionens opgave at sikre, at disse bestemmelser anvendes på en måde, der ikke er åbenlyst forkert. For det følger af artikel 86, stk. 2, at de virksomheder, der har fået overdraget udførelsen af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, har fået overdraget en særlig opgave”.

Som jeg vil komme tilbake til under pkt. 2.7.1 må de positive effektene støtten kan medføre, i forhold til en tjeneste av almen økonomisk betydning, veies opp mot eventuelle skadevirkninger støtten kan ha på gjennomføringen av EØS-avtalen - først og fremst ved at samhandelen blir vridd eller kan bli vridd.

At ordet “almen” er benyttet i artikkel 59 nr. 2 innebærer at virksomhet til fordel for avgrensede grupper, som for eksempel kirkesamfunn, ikke omfattes av unntaket. Det samme må gjelde i forhold til bestemte bedrifter. På den

---

<sup>2</sup> Sak C-202/88, *Telecom*, Sml. 1991, s. I-1223.

annen side kan man neppe kreve at virksomheten skal komme hele landets befolkning til gode. Ingen ville finne på å hevde at En tjeneste vil vanligvis kunne sies å være av almen betydning dersom det er tale om tjenester som skal oppfylle politisk fastsatte målsetninger, slik som for eksempel at et lands innbyggere skal kunne motta visse ytelser til like vilkår, uavhengig av hvor man er bosatt. Typiske eksempler på slike tjenester vil være jernbanedrift, postvesen, strømforsyning, telekommunikasjon og fjernsynsvirksomhet. Det er imidlertid ikke umulig at kan at en tjeneste kan ha almen økonomisk betydning – selv om tjenesten bare kommer noen få til gode.

Begrepet tjenester av allmenn økonomisk betydning brukes ofte om tjenester som har en allmenn eller samfunnsmessig interesse, og som derfor ikke alltid passer inn i markedets betingelser for produksjon og distribusjon. At markedsfunksjonen svikter kan ha ulike grunner. Jeg vil nedenfor gi en kort oversikt over vanlige årsaker til at enkelte oppgaver må løses ved hjelp av særlige tiltak.

Det vil ofte være snakk om tjenester som har langsiktige og samfunnsmessige aspekter som den enkelte kunden eller markedet samlet ikke er egnet til å vurdere fullt ut, noe som igjen kan medføre at viktige kvalitative aspekter går tapt hvis “beslutningen” overlates til markedsfunksjonen. Det kan også være snakk om oppgaver som samfunnet ønsker at skal ivaretas uavhengig av den aktuelle etterspørselen. En svært vanlig årsak er at det er en politisk målsetning at alle medlemmer av samfunnet skal ha lik tilgang til visse tjenester, og at disse tjenestene skal være av en viss kvalitet. I en “lik tilgang” kan man også innfortolke et krav om at tjenestene må kunne tilbys til en pris som den enkelt er i stand til å betale.

Til illustrasjon har det lenge vært en politisk målsetning for den norske telepolitikken å sørge for lik tilgang til teletjenester med lik kvalitet over hele landet, og lik kvalitet på tjenestene. Det har også vært fokusert på prisen på disse tjenestene. I St.prp. nr. 43 (1993-94) sies det at målet er at alle skal ha “gode og sikre telekommunikasjonstjenester til samme vilkår over hele landet”. I St.prp. nr. 70 (1995-96) legger regjeringen vekt på “å sikre alle husstander og bedrifter over hele landet grunnleggende teletjenester av høy kvalitet til lavest mulig pris”.<sup>5</sup>

Egenskapene ved en bestemt tjeneste kan innebære at offentlige myndigheter må bruke egenproduksjon, intensiver, økonomisk støtte, regulering og/eller kontrolltiltak, for å sikre at tjenestene oppfyller den kvaliteten som anses som viktig eller nødvendig.

---

<sup>5</sup> I St.meld. nr. 24 (1998-99) ble “lavest mulig pris” endret til “rimelig pris”

Tjenester av almen økonomisk betydning i henhold til EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 vil i mange tilfeller måtte sees i sammenheng med reglen om foretak som er offentlige eller foretak som det offentlige har tillagt "særlige eller eksklusive rettigheter" i henhold til artikkel 59 nr. 1. EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1 lyder:

"Når det gjelder offentlige foretak, eller foretak som EF's medlemsstater eller EFTA-statene gir særlige eller eksklusive rettigheter, skal avtalepartene avholde seg fra å treffe eller oppretthold tiltak som strider mot reglene i denne avtale, særlig reglene i artikkel 4 og artikkel 53 til 63."

Det er ingen rettslig automatikk i at et foretak som er tillagt å drive en tjeneste av almen økonomisk betydning også tildeles særlige eller eksklusive rettigheter. Av økonomiske grunner vil dette ofte være tilfellet i praksis. For eksempel er det ikke noe rettslig krav at foretak som er tillagt oppgaven med å drive et velutbygd offentlig transporttilbud innenfor et gitt område – med et rutetilbud også utenom de tidene på døgnet da det er stor trafikk og mulighet for å tjene penger på transporten - gis eksklusiv rett til å drive transport innen dette området. Det ville da ikke være noe i veien for at et annet foretak tilbød sine tjenester i samme området. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg at et foretak er villig til å påta seg oppdraget med å yte et godt transporttilbud innen et gitt område om foretaket risikerer konkurranse fra andre transportforetak som tilbyr sine tjenester på de tider av døgnet hvor det er praktisk mulig å få driften til å lønne seg.

Økonomisk støtte vil gjerne bli gjort betinget av at nærmere angitte vilkår oppfylles. Det kan typisk være krav til distribusjon, kvalitet eller prisnivå. Det kan også bestemmes at økonomisk støtte ikke er nødvendig, og at generell rettslig regulering og kontrolltiltak er tilstrekkelig for å sikre tilgang og kvalitet på tjenestene. Offentlige myndigheter kan bestemme at de selv ønsker å ta ansvaret for produksjonen av tjenestene, eller tjenestene kan ivaretas av offentlig eller privat eide selvstendige enheter.

Reglene om tjenester av allmenn økonomisk betydning gjelder uavhengig av hvordan de enkelte medlemslandene har organisert disse tjenestene.

Hvilke tjenester som har almen økonomisk betydning vil kunne variere over tid, og innholdet i begrepet kan derfor vanskelig fastlegges en gang for alle. De tjenestene vi anser som viktige i dag vil jo ikke nødvendigvis være viktige i morgen. Omvendt kan vi vanskelig forutse hvilke oppgaver som vil ha betydning for samfunnet i fremtiden. Til illustrasjon var en rekke oppgaver som

i dag har stor betydning, som for eksempel visse nye former for telekommunikasjonstjenester, lite aktuelle da unntaksbestemmelsen ble inntatt i EF-traktaten. Videre er det ikke gitt at de tjenester som er viktige i Norge er like viktige i andre medlemsstater. Det går imidlertid en grense for hva som kan anses som en tjeneste av almen økonomisk betydning. Denne grensen er gjenstand for domstolskontroll. I sak C-126/01, *GEMO*,<sup>4</sup> fant EF-domstolen at fjerning av slakteriavfall fra franske slakterier ikke kunne anses som en tjeneste av almen økonomisk betydning. Tjenesten kom ikke allmennheten til gode, men var kun til gode for slakteriene som gjennom denne ordningen sparte store utgifter til bortfraktning av slakteriavfall.

Det kan også være store forskjeller medlemsstatene i mellom i forhold til synet på hva som er en tjeneste av almen interesse. Forskjellen skriver seg fra medlemsstatene ulike historiske, økonomiske, kulturelle og politiske forhold. I tillegg er det ikke gitt at medlemsstatene tradisjonelt har brukt samme terminologi, noe som ofte kan føre til at definisjonene i forbindelse med tjenester i allmennhetens interesse kan variere fra medlemsstat til medlemsstat. Ulikhetene i terminologien leder i blant til “skinnuenighet” medlemsstatene i mellom, noe som igjen skaper vanskeligheter i forhold til den fellesskapsrettslige debatten om tjenester av almen interesse. Kommisjonen har i sin grønnebok om tjenester i allmennhetens interesse,<sup>5</sup> søkt å avklare disse terminologiske forskjellene.

Artikkel 59 nr. 2 åpner kun for unntak der et foretak er tillagt å utføre bestemt oppgaver til utføring av tjenester av almen økonomisk betydning. Med “tillagt” menes at ansvaret for en oppgave er overlatt til virksomheten ved en myndighetshandling.<sup>6</sup> Artikkel 59 nr. 2 åpner kun for unntak der et foretak er tillagt å utføre bestemt oppgaver til utføring av tjenester av almen økonomisk betydning. Med “tillagt” menes at ansvaret for en oppgave er overlatt til virksomheten ved en myndighetshandling.<sup>7</sup> Begrepet “myndighetshandling” omfatter oppgaver tillagt i form av offisiell rettsakt, som lov, forskrift, offentlige

---

<sup>4</sup> Sak C-126/01, *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769, premiss 26.

<sup>5</sup> COM(2003) 270.

<sup>6</sup> Selv om det offentlige overlater til en privat virksomhet å utføre en lovpålagt tjeneste, vil det offentlige ha et overordnet ansvar for å sørge for at befolkningen blir tilbudt en forsvarlig og helhetlig tjeneste i samsvar med lovens krav. Dette ansvaret vil det offentlige ikke kunne overlate til andre.

<sup>7</sup> Selv om det offentlige overlater til en privat virksomhet å utføre en lovpålagt tjeneste, vil det offentlige ha et overordnet ansvar for å sørge for at befolkningen blir tilbudt en forsvarlig og helhetlig tjeneste i samsvar med lovens krav. Dette ansvaret vil det offentlige ikke kunne overlate til andre.

vedtak og avtale. Det sentrale er at den aktuelle forpliktelsen må defineres i en rettsakt.

I forhold til organiseringen av tjenesten kan medlemsstatene avgjøre hvordan tjenestene skal drives, i den grad det ikke er i strid med sektorspesifikke fellesskapsrettslige regler. Det er opp til det enkelte EØS-stat å avgjøre hvorvidt de ønsker å levere de angjeldende tjenestene direkte via den offentlige administrasjon, eller om de vil overlate tjenesten til andre – enten det dreier seg om et offentlig eller privat rettssubjekt. Hvis staten overlater leveringen av en tjeneste av almen økonomisk betydning til en tredjepart, må den overholde visse regler og prinsipper for å sikre et likt spillerom for så vel offentlige som private leverandører som kan levere den aktuelle tjenesten. På denne måten oppnår man de økonomisk mest fordelaktige vilkårene som er tilgjengelig på markedet. Innenfor rammen av disse reglene og prinsippene har staten imidlertid frihet til å definere tjenesten som skal leveres, herunder alle forhold som gjelder kvaliteten på tjenesten.

Dersom staten vedtar å gi særskilte rettigheter til interne tjenesteleverandører eller favorisere dem på andre måter, kan det innebære en overtredelse av traktaten. Dette vil særlig gjelde der de offentlige tjenesteforpliktelsene som skal oppfylles ikke er riktig spesifisert, eller det er åpenbart at leverandøren ikke er i stand til å oppfylle sine forpliktelser. Sist, men ikke minst, gjelder det tilfeller der det finnes en alternativ måte å oppfylle forpliktelsene som vil ha en mindre skadelig effekt på konkurransen.

EFTA-domstolen kan kontrollere at staten har vært tydelig når de har pålagt en leverandør å oppfylle oppgaver av almen økonomisk betydning, og kan også vurdere om staten klart har definert hva oppgaven går ut på.

### **1.3 Avgrensninger**

Oppgavens tema er forholdet mellom EØS-avtalens statsstøtteregler og unntaket til fordel for foretak som utfører tjenester av almen økonomisk betydning. Oppgavens ramme tillater ikke en fullstendig gjennomgang av alle aspektene ved statsstøttereglene, og de ulike vilkårene i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 drøftes først og fremst i den utstrekning de har betydning for forståelsen av unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Jeg vil for eksempel ikke gå nærmere inn på den flytende overgangen mellom lovlig skattekonkurransen og lav skattesats som innebærer statsstøtte, da dette i seg selv er et omfattende tema som lett vil kunne sprengte oppgavens rammer.

Den norske lovgivningen om offentlig støtte vil kun behandles i den utstrekning det er nødvendig for å belyse oppgavens problemstillinger, som er rent EØS-rettslige. Jeg vil heller ikke vurdere i hvilken utstrekning unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 åpner for unntak fra de øvrige konkurranseregler. EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 omfatter ikke bare foretak som er tillagt en tjeneste av almen økonomisk betydning, men også “foretak...med karakter av fiskale monopoler”. Med fiskale monopoler menes virksomheter som har som hovedoppgave å sørge for inntekter til statskassen. Jeg vil i det følgende ikke vurdere de særlige spørsmål som kan reises i forhold til disse.

## 1.4 Metodeperspektiv

For å nå målet om et felles marked med like konkurransevilkår må regelverket praktiseres og håndheves likt innenfor hele EØS-området. Det følger av EØS-avtalens artikkel 6 at EØS-avtalens regler skal tolkes i samsvar med EF-domstolens rettspraksis om de tilsvarende bestemmelsene i EF-traktaten. Dette utgangspunktet gjelder kun de som allerede var avsagt av EF-domstolen da EØS-avtalen ble undertegnet<sup>8</sup>. ODAs artikkel 3 nr. 2 pålegger imidlertid EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) og EFTA-domstolen å ta tilbørlig hensyn til EF-domstolens nyere avgjørelser. Fordi ordlyden i EØS-avtalens statsstøtteregler er vag og gir rom for ulike tolkninger, er EFTA-domstolen og EF-domstolens rettspraksis på området en viktig rettskildefaktor. Da EF-domstolen, herunder Førsteinstansretten,<sup>9</sup> behandler langt flere saker enn EFTA-domstolen, er man i de fleste tilfeller henvist til å benytte EF-domstolens praksis til grunn ved tolkningen av statsstøttereglene. I min fremstilling vil jeg tolkes statsstøttereglene, og den særlige unntaksbestemmelsen til fordel av tjenester av almen økonomisk betydning, ut i fra det metodesyn som er fremherskende i EF-domstolen og EFTA-domstolen. Det er grunn til å anta at EFTA-domstolen og EFTAs Overvåkningsorgan vil følge EF-domstolens, herunder Førsteinstansrettens avgjørelser, i forhold til de problemstillinger omkring statsstøttereglene og

---

<sup>8</sup> EØS-avtalen ble undertegnet 2. mai 1992

<sup>9</sup> Førsteinstansretten ble opprettet i 1988, med hjemmel i EF-traktatens artikkel 225. EFTA-domstolen uttalte i sak E-2/94, *Scottish Salmon Growers Association Ltd. mot EFTA Surveillance Authority*, EFTA Court Report [1994-95]59, at tolkningsdirektivet i EØS-avtalens artikkel 6 også omfatter rettspraksis fra Førsteinstansretten. (Se premissene 12 og 13).

tjenester av almen økonomisk betydning - selv om disse avgjørelsene er falt etter undertegning av EØS-avtalen. EFTA-organenes praksis fremtil i dag tyder på at de følger EF-organens praksis i forhold til metodesyn med henhold til rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

Ved lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117 inneholder regler om norsk forvaltnings saksbehandling av statsstøtte på de områder som omfattes av EØS-avtalen Loven utfylles i forskrift om offentlig støtte av 4. desember 1992 nr. 907.

EFTAs Overvåkningsorgan har kompetanse til å gi anbefalinger, uttalelser, meldinger og retningslinjer om ulike spørsmål i EØS-avtalen, jf. ODA artikkel 5 nr. 2 litra b. Tilsvarende kompetanse har Kommisjonen i spørsmål vedrørende EF-traktaten, jf. EF-traktaten artikkel 211. I henhold til EF-traktaten artikkel 249, femte ledd, er slike rekommandasjoner og uttalelser ikke bindende. EFTAs Overvåkningsorgan har vedtatt retningslinjer for tolkningen og anvendelsen av så vel EØS-avtalens artikkel 61 og 62 som protokoll 3 til ODA. Retningslinjer utformet av EFTAs Overvåkningsorgan kan sammenlignes med Kommisjonens "henstillinger" og "uttalelser", og er med andre ord ikke bindende.

Transparensdirektivet, eller det såkalte "innsynsdirektivet", direktiv 80/723/EØF av 25. juni 1980, inneholder regler om innsyn i økonomiske forbindelser mellom medlemsstatenes myndigheter og offentlige foretak. Direktivets formål er å gjøre det enklere å skille mellom statens rolle som offentlig myndighet og statens rolle som eier, og med det hindre mer eller mindre skjulte overføringer fra offentlige myndigheter til offentlige foretak. Et mer synlig skille gjør det enklere for EFTAs Overvåkningsorgan og Kommisjonen å håndheve statsstøtteregele i forhold til offentlige foretak. Dette har relevans i forhold til muligheten til å yte støtte til tjenester av almen økonomisk betydning, da slike tjenester ofte utføres av offentlige eide foretak. Direktivet er gjort til del av EØS-avtalen gjennom avtalens vedlegg XV nr. 1.<sup>10</sup>

EFTAs overvåkningsorgan har på statsstøtteområdet kompetanse til å overvåke og granske støtte som ytes av EFTA-statene, for å fastslå hvorvidt støtten er forenlig med EØS-avtalen, jf. EØS-avtalens artikkel 62 nr. 1 litra b), og ODAs protokoll 3, artikkel 1 nr. 3. Tilsvarende kompetanse er tillagt Kommisjonen i forhold til EF-statene, jfr. EF-traktatens artikkel 88. Det følger av EØS-avtalens artikkel

---

<sup>10</sup> Transparensdirektivet omfatter alle foretak som offentlige myndigheter kan øve dominerende innflytelse over, det være seg direkte eller indirekte.



62 nr. 2 at EFTAs overvåkningsorgan skal utøve sin kompetanse på statsstøtteområdet i samråd med Kommisjonen.

Nye støttetiltak og endring av eksisterende støtteordninger kan ikke iverksettes før de er anmeldt til og godkjent av EFTAs Overvåkningsorgan<sup>11</sup> jf. protokoll 3 til ODA, artikkel 1 nr. 3.<sup>12</sup> EFTAs overvåkningsorgan kan kreve at vedkommende EFTA-stat skal sørge for at ulovlig støtte - herunder støtte som ble utbetalt før godkjenning forelå - blir tilbakebetalt. Overvåkningsorganets avgjørelse er bindende, men avgjørelsen kan klages inn for EFTA-domstolen, jf. ODAs artikkel 36.<sup>15</sup>

I forhold til EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 innebærer dette at det ikke er opp til nasjonale myndigheter, men til EFTAs Overvåkningsorgan, å avgjøre hvorvidt et tiltak som innebærer statsstøtte omfattes av unntaksbestemmelsen til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning, og med det er forenlig med EØS-avtalens artikkel 61. Dersom det ikke foreligger støtte, men kun kompensasjon fra det offentlige til en tjenesteyter som leverer tjenester av almen økonomisk interesse, behøver tiltaket verken meldes eller godkjennes av Overvåkningsorganet. EFTAs Overvåkningsorgan er imidlertid ikke bundet av nasjonale myndigheters syn i så måte, og kan iverksette granskning av tiltaket, jf. nærmere om dette i kapittel 5. Dersom Overvåkningsorganet finner at tiltaket innebærer statsstøtte, kan de kreve støtte stanset og tilbakebetalt, eller godkjenne den dersom de finner at unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 kommer til anvendelse.

---

<sup>11</sup> Tilsvarende regel finnes i forhold til Kommisjonen i EF-traktatens artikkel 88.

<sup>12</sup> Dette gjelder også tiltak som klart faller inn under artikkel 61 nr. 2, og tiltak som klart vil bli godkjent etter artikkel 61 nr. 3

<sup>15</sup> I henhold til EF-domstolens praksis har ikke EF-traktatens artikkel 87 direkte virkning, hvilket innebærer at en nasjonal domstol i en EU-stat ikke kan avgjøre hvorvidt et støttetiltak er i strid med EF-traktatens statsstøtteregler. Kommisjonen har alene kompetanse til å vurdere hvorvidt et støttetiltak er forenlig med EF-traktaten, og Kommisjonens vedtak kan kun overprøves av EF-domstolen. Da EØS-avtalens artikkel 61 er gjort til norsk lov oppstår imidlertid problemstillingen hvorvidt norske domstoler er kompetente til å avgjøre om et norsk støttetiltak er i strid med artikkel 61. På den ene siden kan man kanskje hevde at det er det er den nasjonale domstols oppgave å forholde seg til den norske lovgivning. På den annen side ville det innebære en umulig grensdragning mellom nasjonale domstolers og EFTAs Overvåkningsorgans kompetanse i statsstøttesaker. Problemet kan løses ved å tolke EØS-avtalens artikkel 62 som en regel som ikke bare fordeler kompetansen mellom EFTAs overvåkingsorgan og Kommisjonen, men også som en regel om at nasjonale domstoler ikke har kompetanse til å prøve hvorvidt et støttetiltak er forenlig med EØS-avtalens artikkel 61.

## 1.5 Den videre fremstilling

Oppgavens formål er som nevnt å belyse enkelte av de spørsmål som oppstår i forholdet mellom EØS-avtalens statsstøtteregler og unntaket til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Det første spørsmål som må behandles er når det foreligger statsstøtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. I kapittel 2 vil jeg gå nærmere inn på de ulike sidene ved det prinsipielle forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. I kapittel 3 vil jeg særlig legge vekt på vilkåret om at støtten må innebære en fordel for støttemottageren, herunder skillet mellom støtte og kompensasjon. Som nevnt i pkt. 1.1 kan man jo i en viss utstrekning betrakte det offentliges betaling av tjenester som ikke er bedriftsøkonomisk lønnsomme, som “kjøp av tjenester”, snarere enn som en ytelse som faller inn under statsstøttereglene. I kapittel 0 vil jeg behandle vilkårene for støtte til foretak som utfører tjenester av almen økonomisk interesse i henhold til EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, mens kapittel 4 vil bli viet til de problemer som knytter seg til forholdet mellom EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, og problematikken rundt krysssubsidiering.

I kapittel 5 vil jeg gå nærmere inn på de problemstillinger som gjør seg gjeldende i forhold til å melde nye støttetiltak til EFTAs Overvåkningsorgan, og plikten til å avvente Overvåkningsorganets vedtak støtten eventuelt utbetales. (Den såkalte anmeldelses- og stillstandsplikten).

I kapittel 6 vil jeg gi en oppsummering av de ulike problemstillingene som er behandlet, og forsøke å si noe om EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 fremtid.

## 2 Det prinsipielle forbudet mot statsstøtte

### 2.1 Grunnleggende om EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1

EØS artikkel 61 nr. 1, som i alt vesentligste tilsvarende EF-traktatens artikkel 87 nr. 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”.

Som det fremgår av ordlyden oppstiller EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 en rekke vilkår. I henhold til fast og langvarig rettspraksis må alle disse vilkårene være oppfylt for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.<sup>14</sup> Til forskjell fra det unisone synet på vilkårenes kumulative karakter råder det uenighet om hvor *mange* vilkår det er hensiktsmessig å dele bestemmelsen opp i. Vanligvis oppstiller verken EF- eller EFTA-domstolen en uttømmende liste over de ulike statsstøttevilkårene, men går kun inn på det eller de vilkår som er av betydning for den aktuelle saken.

I sitt forslag til avgjørelse i sak C-280/00, *Altmark*<sup>15</sup>, hevdet generaladvokat Léger at det var formålstjenlig å dele bestemmelsen inn i fire vilkår.<sup>16</sup> EF-domstolen støttet Generaladvokat Léger så langt det gjaldt antallet vilkår, men benyttet andre formuleringer og behandlet vilkårene i en annen rekkefølge enn Generaladvokat Léger.<sup>17</sup> Førsteinstansretten har på sin side ofte valgt å

---

<sup>14</sup> At vilkårene er kumulative er fastslått av EF-domstolen i en rekke, se sak C-142/87, *Tubemeuse*, Sml. 1990 s. I-959, premiss 25, og de forente saker C-278/92 - C-280/92, *Spania mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4103, premiss 20. I den nylig avsagt dommen i sak C-126/01, *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769, uttalte EF-domstolen at: “I henhold til fast rettspraksis skal alle betingelserne i bestemmelsen være oppfylt, for at der kan være tale om støtte [...]”.

<sup>15</sup> Sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747.

<sup>16</sup> Premiss 55.

<sup>17</sup> Premiss 75 flg.

behandle påvirkning av samhandelen og virkning på konkurransen under ett, til tross for at det nok kan hevdes at det fremgår av ordlyden i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 at dette er dreier seg om to klart atskilte vilkår.<sup>18</sup>

Generaladvokat Jacobs har på den annen side tatt til orde for å inndele artikkel 87 nr. 1 i fem vilkår.

Jacobs framstilling av de ulike komponentene i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 har fått bred oppslutning i den juridiske teori. Generaladvokat Jacobs redegjorde for sitt syn i sitt forslag til avgjørelse i sak C-256/97, *DMT*.<sup>19</sup>

I følge generaladvokat Jacobs er det i henhold til EF-traktatens artikkel 87 for det første et vilkår at støtten er gitt av en medlemsstat eller er ytt ved hjelp av statlige midler. For det annet er det et vilkår at støtten må innebære en fordel for støttemottakeren. Det tredje vilkåret er at støtten må være selektiv. Den må med andre ord forfordele enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, og ikke bare være et utslag av en generell ordning. Det fjerde vilkåret er at støtten må vri eller true med at vri konkurransen. Det femte og siste vilkåret er at støtten påvirker samhandelen mellom medlemsstatene.

I den videre redegjørelse vil jeg bygge på generaladvokat Jacobs vilkårsinndeling, da denne er mer presis enn Légers, og derfor gir et bedre grunnlag for en nyansert framstilling av forholdet mellom det generelle statsstøtteforbud og unntaksbestemmelsen til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning. Følgelig vil jeg behandle kravet om at støtten er gitt av medlemsstatene eller av statsmidler, og at støtten må innebære en fordel for støttemottageren, som to adskilte vilkår. Fordi formålet med denne framstillingen er å redegjøre for de ulike spørsmål som kan oppstå i forholdet mellom EØS-avtalens statsstøtteregler og tjenester av almen økonomisk betydning, vil hovedfokuset være rettet mot de vilkårene som er av størst betydning for denne problemstillingen.

Den mest sentrale problemstillingen i forhold til tjenesteytelser av almen økonomisk betydning knytter seg til støttevilkåret og i denne forbindelse skillet mellom støtte og kompensasjon for utførte tjenester av almen økonomisk interesse. Det er jo bare i de tilfeller hvor det foreligger et støtteelement at EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 kommer til anvendelse. Dersom det kun foreligger kompensasjon for en utført tjeneste vil ikke statsstøtteforbudet gjøre seg gjeldende, og det vil følgelig heller ikke bli nødvendig å vurdere om tiltaket

---

<sup>18</sup> Se eksempelvis T-298/97, *Alzetta Mauro mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2319, premiss 81.

<sup>19</sup> General Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-256/97, *DMT*, Sml. 1999 s. I-3913, premiss 28 flg.

kan opprettholdes med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Skillet mellom støtte og kompensasjon er også av vesentlig betydning i forhold til anmeldelses- og stillstandsplikten.

Særlige spørsmål oppstår også i forhold til vilkåret om at støtten reelt eller potensielt kan påvirke konkurransen. Fordi foretak som mottar støtte til å utføre tjenester av almen økonomisk betydning i mange tilfeller vil drive sin virksomheten svært lokalt, vil det ofte være tvilsomt om vilkåret om konkurransevridning er oppfylt. Av samme grunn kan samhandelsvilkåret ofte få betydning i forholdet mellom EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 og 59 nr. 2. Der det er tale om lokal virksomhet er det ofte vanskelig å se for seg at eventuelle støttetiltak kan sies å påvirke samhandelen mellom medlemsstatene. I tillegg er det tvilsomt om samhandelsvilkåret kan anses oppfylt der det er tale om tjenester som krever massive investeringer, som for eksempel jernbanedrift. I slike tilfeller må man stille spørsmål om det i det hele tatt er tenkelig at aktører fra andre medlemsstater kan etablere seg og drive slik virksomhet.

Motsetningsvis vil selektivitetsvilkåret sjelden reise særlige spørsmål i forhold til tjenesteytelser av almen økonomisk interesse. Der det offentlige yter støtte til foretak som utfører tjenester av almen økonomisk betydning vil det i de aller fleste tilfeller være innlysende at det er tale om "enkelte foretak". Man kan kanskje tenke seg tilfeller hvor selektivitetsvilkåret ikke vil være oppfylt, for eksempel der en medlemsstat pålegger alle virksomheter innenfor en sektor å yte et vist antall tjenester i allmennhetens interesse, og yter støtte til alle disse virksomhetene. Problemstillingen er imidlertid av mer akademisk enn praktisk karakter, og vil ikke vies oppmerksomhet i det følgende.

## **2.2 Kort om håndheving av statsstøttereglene og om bagatellmeddelelsen og gruppefritak**

Mens EØS-avtalens artikkel 61 bestemmer i hvilken utstrekning EØS-avtalen tillater statsstøtte, inneholder EØS artikkel 62 inneholder regler om saksbehandlingen i statsstøttesaker. Bestemmelsene suppleres i første rekke av protokoll 26 og 27 og vedlegg XV til EØS-avtalen. Videre finnes utfyllende saksbehandlingsregler i ODA og i protokoll 3 til ODA. ODAs protokoll 3, del II, er gjort til norsk rett ved forskrift av 21. februar 2003 om gjennomføring av prosedyreforordningen, forordning nr. 198/2003.

Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan er videre gitt myndighet til å gi regler om at enkelte støttetiltak ikke skal omfattes av statsstøtteforbudet. Av særlig interesse i forhold til tjenester av almen økonomisk betydning er

bagatellmeddelelsen, jf. forordning nr. 994/98/EF og forordning nr. 69/2001/EF av 12. januar 2001 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 87 og 88 på bagatellmessig støtte. Disse er gjort til del av EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 88/2002 av 25. juni 2002 om endring av EØS-avtalens vedlegg XV, og publisert i EØS-tillegget nr. 23/2003/ s. 409. Reglene om bagatellmessig støtte gjør det mulig for foretak å motta mindre støttebeløp fra det offentlige, uten at staten må innhente forhåndsgodkjennelse fra Kommisjonen eller EFTAs Overvåkningsorgan. Begrunnelsen for unntaket fra statsstøtteforbudet og anmeldelsesplikten er at slike bagatellmessige støtteordninger i liten utstrekning er egnet til å vri konkurransen eller påvirke samhandelen mellom medlemsstatene.

At foretak mottar støtte i henhold til bagatellmeddelelsen utelukker heller ikke at de også kan motta støtte fra andre ordninger, forutsatt at ordningene omfattes av et gruppefritak eller godkjent av EFTAs Overvåkningsorgan. I tillegg til unntaket for bagatellmessige støttebeløp finnes det også særlige gruppefritak for tiltak som opplæringsstøtte, sysselsettingsstøtte, og støtte til små og mellomstore bedrifter. Disse fritakene er fastsatt i Kommisjonsforordninger. Dersom støtten oppfyller vilkårene i en slik forordning er støtten lovlig uten anmeldelse EFTAs Overvåkningsorgan eller Kommisjonen. Både bagatellunntaket og gruppefritakene er gjennomført i Norge ved forskrift 12.mai 2003 nr. 1429.

I forhold til tjenester av almen økonomisk betydning er det videre slik at det er offentlige overføringer som går utover det som kan anses som kompensasjon for utføringen av tjenesten, som betraktes som statsstøtte. Følgelig vil det i slike tilfeller ofte være tale om rent marginale støttebeløp, som i mange tilfeller vil omfattes av bagatellmeddelelsen. Grensen mellom "kompensasjon" og "støtte" er imidlertid vanskelig. Jeg kommer nærmere tilbake til dette i kapittel 3.

Bagatellmessig støtte kan som hovedregel gis i enhver form og til ethvert formål, men den kan ikke beløpe seg til mer enn 100 000 EURO over en treårsperiode. Treårsperioden beregnes slik at ved ny tildeling av støtte må den nye støtten legges sammen all bagatellmessig støtte gitt i de siste tre år. Støttemottakeren anses for å ha mottatt støtten i det han får rett til å kreve støtten utbetalt. Å overvåke anmeldte støtteordninger er svært ressurskrevende, og det er fra Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgans synspunkt "koster det mer enn det smaker" å overvåke støttetiltak som er av helt ubetydelig størrelse.

I følge artikkel 1 i Protokoll 3 har EFTAs Overvåkningsorgan vid skjønnsmyndighet når det vurderer endringer av eksisterende og planlagte

støtteordninger.<sup>20</sup> EFTAs Overvåkningsorgan skal påse at støtteordningene ikke er egnet til å vri konkurransen eller påvirke samhandelen mellom partene i EØS-avtalen i en utstrekning som er i strid med partenes felles interesser, og at støtten ikke medfører skade på andre EØS-staters økonomi. Overvåkningsorganet skal også påse at de statlige støtteordningene ikke overskrider det som er nødvendig for å oppfylle formålet med støtten.

Ved håndheving av statsstøttereglene kan EFTAs Overvåkningsorgans ikke fatte vedtak direkte mot det foretaket som støtten er rettet mot. EFTAs Overvåkningsorgan har kun kompetanse til å fatte vedtak overfor avtalestatene.<sup>21</sup> Da EFTAs Overvåkningsorgans vedtak på statsstøtteområdet kun er bindende overfor staten, kan Overvåkningsorganets vedtak om tilbakebetaling av statsstøtte kun rettes mot staten som har ytt støtte i strid med statsstøttereglene. Det er så opp til staten å pålegge de enkelte foretak å betale tilbake den ulovlige støtten.

Når både EFTAs Overvåkningsorgan og Kommisjonen har kompetanse til å vurdere og å avgjøre hvorvidt støttetiltak er forenlig med statsstøttereglene, sier hensynet til rettsenhet at disse må søke å gjennomføre sin vurdering mest mulig likt. Det er derfor bestemt, i EØS-avtalens artikkel 62 nr. 2, at EFTAs Overvåkningsorgan og Kommisjonen skal samarbeide for å sikre lik overvåkning innen hele EØS-området. Nærmere bestemmelser om dette samarbeidet finnes i protokoll 27 til EØS-avtalen.

## **2.3 Støtte ytt av EFTA-staten eller av statsmidler**

### **2.3.1 Støtte ytt av EFTA-statene**

I mange land yter lokale myndigheter støtte til tjenester av almen økonomisk betydning. Til tross for at det ikke fremgår klart av ordlyden er det ikke tvilsomt at statsstøttereglene ikke bare kommer til anvendelse på støtte som gis av statlige organer som Storting og regjering, men også på støtte gitt av kommuner og fylkeskommuner. I sak C-248/84, *Tyskland mot Kommisjonen*<sup>22</sup>,

---

<sup>20</sup> EFTAs Overvåkningsorgan vurderer også eksisterende støtteordninger, selv når det ikke er meldt om endringer. Dette faller imidlertid utenfor denne fremstillingen.

<sup>21</sup> I forhold til de øvrige konkurransereglene er EFTAs Overvåkningsorgan gitt overnasjonal myndighet, og har med det kompetanse til å treffe vedtak som er direkte bindende for foretakene.

<sup>22</sup> Sak C-248/84, *Tyskland mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 4013, premiss 17, hvor EF-domstolen uttaler: "For det første må det fastslås, at det er uden betydning for anvendelsen af EØF-traktatens artikel 92, stk 1, at et sådant støtteprogram er vedtaget af en forbundsdelstat eller en lokal myndighed og ikke af en forbunds- eller central myndighed, så længe de i bestemmelsen fastlagte forbudsætninger er opfyldt. Det

fastslo EF-domstolen at støtte fra delstater og kommuner ble rammet av forbudet mot statsstøtte i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1. EF-domstolens tolkning har også støtte i det såkalte transparensdirektivet.<sup>23</sup> I direktivets artikkel 2 nr. 1 litra a, er “offentlige myndigheter” definert som “alle offentlige myndigheter, herunder staten samt regionale, lokale og alle andre territoriale myndigheter”.

Også støtte som staten eller lokale myndigheter yter indirekte, gjennom andre organer enn myndighetsorganer, må betraktes som støtte ytt av staten. Dette kan vanskelig leses ut i fra ordlyden, men er en nærliggende tolkning dersom man leser ordlyden i lys av bestemmelsens formål.

For at EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 skal komme til anvendelse i tilfeller hvor støtten er gitt “ad omveier” har EF-domstolen fastslått, i sak C-305/89, *Italia* *mot*  
*Kommisjonen*,<sup>24</sup> at det avgjørende er om støtten er mottatt som resultat av det offentliges adferd.

I sak C-126/01, *GEMO*,<sup>25</sup> uttalte EF-domstolen at:

“Den omstændighed, at den indsamling og bortskaffelse af døde dyr og slagteaffald, som kvægavlere og slagterier har fordel af, udføres af private virksomheder, kan ikke rejse tvivl om den eventuelle kvalifikation som statsstøtte, idet de offentlige myndigheder står bag ordningen for den omhandlede aktivitet. Ordningen kan tilregnes staten.”

Det avgjørende kriterium må etter dette være at støtten kan *tilregnes* staten. I sak C-82/777, *Van Tiggele*<sup>26</sup> fant EF-domstolen at en minstepris som var fastsatt av staten med henblikk på å favorisere selgeren av et produkt, ikke kunne betraktes som støtte. Domstolen pekte på at forbrukerne av varen fullt ut betalte minsteprisen, og at støtten derfor ikke ble dekket av staten. Dette inngrepet i prisdannelsen var således verken direkte eller indirekte en fordel

---

bemærkes herved, at bestemmelsen, som angår “statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjelp af statsmidler under enhver tænkelige form”, omfatter enhver form for støtte, der finansieres af offentlige midler. Det følger heraf, at støtte ydet af regionale og lokale myndigheder i medlemsstaterne, uanset disses retlige stilling og betegnelse, er underlagt kontrolreglerne i EØF-traktatens artikkel 92 [nå artikkel 87 nr. 1].

<sup>23</sup> Kommisjonen direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemsjueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder”. Publisert i EFT 1980 L 195/35.

<sup>24</sup> Sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1603

<sup>25</sup> Sak C-126/01, *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769, premiss 26.

<sup>26</sup> Sak C-82/77, *Van Tiggele*, Sml. 1978 s. 25.



som ble ytt av staten. Til tross for at inngrepet var foretatt av staten, ble ikke støtten gitt av staten.

### 2.3.2 Statsmidler

EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 kommer ikke bare til anvendelse på støtte gitt av EFs medlemsstater og EFTA-statene, men også på støtte ytt av statsmidler i enhver form. Begrunnelsen for at bestemmelsen ikke bare nevner støtte ytt av medlemsstatene, men også støtte ytt gjennom statlige midler er trolig å hindre omgåelse av statsstøttereglene. Dersom bestemmelsen kun rammet støtte ytt av staten, ville medlemsstatene kunne omgå statsstøttereglene ved å la private organer stå for støttetildelingen – selv om støtten ble finansiert ved hjelp av offentlige midler. Hvis staten kunne komme unna statsstøttereglene ved å benytte ulike former for mellommenn, ville statsstøttereglene være så enkle å omgå at de ville miste sin reelle betydning. Ordlyden markerer altså at bestemmelsen også rammer de mer “indirekte” støttetiltakene.<sup>27</sup> Det fremgår også klart at støtte ytt ved hjelp av private midler faller utenfor statsstøttereglene.

I sakene C-52, 53 og 54/97, *Epifanio Viscido*<sup>28</sup> uttalte EF-domstolen at:

“sondringen alene har til formål å sikre, at støttebegrepet ikke alene omfatter støtte ydet direkte av staten, men likeledes støtte ydet av det offentlige eller private organer, der er utpeget eller opprettet av staten”

Ut i fra dette kan man trekke den slutning at staten ikke kan omgå statsstøttereglene ved å gi andre i oppdrag å forvalte eller levere støtten til støttemottakeren. Der er imidlertid et krav at støtten er ytt ved hjelp av statsmidler. Selv om et privat selskap er gitt i oppgave å forvalte og dele ut støtte, er den ikke avskåret fra å yte støtte på egne vegne, så lenge støtten ikke ytes ved hjelp av statlige midler.

I sak C-482/99, *Stardust Marine*,<sup>29</sup> vurderte EF-domstolen om en overføring av kapital fra et datterselskap av den statseide banken Crédit Lyonnais til selskapet Stardust Marine kunne betraktes som støtte gitt av statsmidler, når

---

<sup>27</sup> En slik tolkning synes å ligge til grunn for EFTA-domstolens avgjørelse i saken om den norske differensieringen av arbeidsgiveravgift, sak E-6/98, *Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan*, REC 1999 s. 74, hvor EFTA-domstolen uttalte: “In referring to “any aid granted by EC Member States, EFTA States or through State resources in any form whatsoever”, Article 61(1) EEA is directed at all aid financed from public resources”.

<sup>28</sup> Sakene 52, 53 og 54/97, *Epifanio Viscido*, Sml. 1998 s. I-2629.

<sup>29</sup> Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*, Sml. 2002 s. I-4397.

overføringen hadde skjedd med midler datterselskapet hadde skaffet gjennom egen virksomhet. EF-domstolen fant at det ikke var nødvendig i henhold til EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 å konstatere at datterselskapet hadde fått statlige midler overført til seg, så lenge midlene til stadighet var underlagt offentlige myndigheters kontroll. Fordi datterselskapet var kontrollert av staten på en måte som gjorde at de måtte betraktes som offentlige foretak etter artikkel 2(1), annet ledd i transparensdirektivet, måtte midlene selskapet disponerte betraktes som “statsmidler”<sup>50</sup>.

Tanken bak EF-domstolens resonnement er antagelig at når et foretak er underlagt offentlige myndigheters kontroll, vil foretakets midler i en viss utstrekning stå til rådighet for de kompetente nasjonale myndigheter.<sup>51</sup> Når foretakets midler til stadighet er under offentlige myndigheters kontroll, har det således begrenset betydning om de aktuelle midlene formelt utgjør en del av statens formue. Det samme resonnementet synes å ligge til grunn for Førsteinstansretten avgjørelse i sak T-358/94, *Air France*<sup>52</sup>, hvor Førsteinstansretten fant at støtte som stammet fra en statskontrollert bank måtte anses som støtte ytt ved hjelp av offentlige midler, selv om bankens kapital hovedsakelig bestod av innskudd fra private. Førsteinstansretten mente at det måtte foretas en identifikasjon mellom et i utgangspunktet uavhengig organ og staten på bakgrunn av den forbindelse organet hadde til staten.<sup>53</sup> Støtte var gitt av et spesialorgan som var opprettet og under tilsyn av den “lovgivende myndighet”, som også var ansvarlig for “at dens formål - der bl.a. omfatter forvaltning af offentlige og private midler fra lovpligtige indskud - er regulert i bestemmelser i love og administrative forskrifter”. Videre ble organets generaldirektør utnevnt av den franske presidenten, mens de øvrige lederne ble utnevnt av regjeringen.

Selv om organet forfatningsmessig var uavhengig av andre offentlige instanser mente Førsteinstansretten at den tilknytning organet hadde til lovgivende myndighet var tilstrekkelig til at dets handlinger måtte tilregnes den franske stat.<sup>54</sup> Selv om pengene som ble investert ikke sto til rådighet for staten, men ble forvaltet på vegne av private,<sup>55</sup> fant Førsteinstansretten at en

---

<sup>50</sup> Kommisjonen direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskuelligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder”. Publisert i EFT 1980 L 195/35.

<sup>51</sup> Sak C-482/99, premiss 36 og 37.

<sup>52</sup> Sak T-358/94, *Air France mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2109.

<sup>53</sup> Sak T-358/94, *Air France mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2109.

<sup>54</sup> Se premissene 58-64.

<sup>55</sup> Mer om dette i neste avsnitt om tolkningen av “statsmidler”.

investering som et heleid aksjeselskap hadde foretatt på vegne av organet, måtte betraktes som statsstøtte.

Det kan nok hevdes at Førsteinstansretten i *Air France*-saken strakk tolkningen av “offentlig adferd” vel langt. Hvis Førsteinstansrettens tolkning skulle legges til grunn vil jo alle organer som er opprettet av det offentlige, og der rammene for organets virksomhet bestemmes gjennom lov eller forskrift, måtte betraktes som en del av offentlig sektor – selv om organet driver sin virksomhet uavhengig av offentlige myndigheter. Alle overføringer av midler fra slike foretak til private virksomheter måtte da vurderes i forhold til artikkel 61 nr. 1, og foretaket ville nærmest måtte betraktes som direkte adressat for statsstøtteforbudet. EF-domstolen la imidlertid liten vekt på denne innvendingen, og ga i sak C-83/98P, *Ladbroke Racing mot Kommisjonen*,<sup>36</sup> sin tilslutning til Førsteinstansrettens avgjørelse i *Air France mot Kommisjonen*.

I dag synes det som om EF-domstolen har gått bort fra denne formelle tilnæringsmåten. I den såkalte *Stardust Marine*-saken,<sup>37</sup> C-482/99, la den til grunn en mer funksjonelt preget analyse, og uttalte at det ikke kan presumeres at staten utøver kontroll overfor offentlige foretak i hvert enkelt tilfelle. Når man legger den funksjonelle fremgangsmåten til grunn blir skillet mellom private foretak, og offentlige virksomheter med egen autonomi langt mindre enn om man bygger rent formell analyse.<sup>38</sup>

### ***Økonomisk byrde for staten***

Ut i fra ordlyden i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 kan man vanskelig lese noe krav om at støtten må utgjøre en økonomisk belastning for staten. Det kan imidlertid hevdes at når bestemmelsen oppstiller vilkår om at støtten må være gitt av statsmidler, må det følgelig også være et krav om at støtten må innebære en økonomisk byrde for staten eller for foretak underlagt offentlig kontroll.<sup>39</sup>

En slik tolkning har støtte i EF-domstolens avgjørelse i *Preussen Electra*-saken<sup>40</sup> hvor EF-domstolen uttalte at ordlyden i EF artikkel 87 nr. 1 måtte tolkes som et krav om at støttetiltaket både må være *iverksatt* av det offentlige og *finansiert* gjennom offentlige midler.

EF-domstolen har i praksis ikke sondret mellom tilfeller hvor støtten består av midler i form av kontante tilskudd eller i form av fritak, ettergivelse eller

---

<sup>36</sup> Sak C-83/98P, *Ladbroke Racing mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-3271, premiss 50.

<sup>37</sup> Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*, Sml. 2002 s. I-4397.

<sup>38</sup> Se nærmere i *EØS-rett*, (2004), s. 597-599.

<sup>39</sup> Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*, Sml. 2002 s. I-4397

<sup>40</sup> Sak C-379/98, *Preussen Electra mot Schlesweg AG*, Sml. 2001-I s. 2099.

utsettelse med betaling av avgifter og skatter, særskilte nedskrivningsregler.<sup>41</sup> Også kjøp og salg på gunstige vilkår, rentesubsidier og ulike former for garantier for lån omfattes av støttebegrepet. Det er også viktig å merke seg at ellers ordinære transaksjoner, for eksempel lån på vanlige vilkår, omfattes av støttebegrepet, dersom mottakeren har en så svak økonomi at ytelsen ville vært uoppnåelig for ham i det vanlige markedet.

Vilkåret om at støtten må ha konsekvenser for staten kan illustreres ved hjelp av *PreussenElektra*-saken.<sup>42</sup> Saken gjaldt en ordning til fordel for produksjon av elektrisitet fra fornybare energikilder. Slik produksjon innebærer større kostnader enn produksjon av elektrisitet fra ikke-fornybare energikilder. Ordning påbød tyske kraftleverandører å kjøpe elektrisitet fra fornybare energikilder til en minstepris som var høyere en elektrisitetens økonomiske verdi – altså til en pris som var høyere enn markedsprisen for elkraft generelt. I henhold til tysk lov ble de ekstrakostnader dette medførte for det enkelte elforsyningselskap kompensert gjennom andre elforsyningsvirksomheter og private operatører av det elektriske nettet. Det var klart at minsteprisordningen innebar en fordel for produsenter av strøm fra fornybare energikilder, fordi de ble stilt i en bedre økonomisk posisjon enn det som ville vært tilfellet uten ordningen. EF-domstolen mente imidlertid at den tyske ordningen ikke innebar noen overføring av statsmidler, og uttalte:

“Det bemærkes her, at den forpligtelse, der påhviler de private elforsyningsvirksomheder til at købe elektricitet fremstillet fra vedvarende energikilder til fastsatte mindstepriser, ikke udgør nogen direkte eller indirekte overførsel af statsmidler til producenterne af denne type elektricitet”.<sup>43</sup>

Den støtte minsteprisene utgjorde ble med andre ord ikke finansiert av offentlige, men av private midler, og medførte ingen økonomisk byrde for staten. Den lovbestemte kompensasjonsordning som ga den enkelte elforsyningsvirksomhet kompensasjon for betaling av høyere priser for

---

<sup>41</sup> Se sak E-6/98, Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan, EFTA court Report [1999] 74, hvor EFTA-domstolen fant at den norske ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift var i strid med statsstøttereglene.

<sup>42</sup> Sak C-379/98, *Preussen Electra mot Schleswag AG*, Sml. 2001-I s. 2099.

<sup>43</sup> Premiss 59.

elektrisiteten kunne derfor verken betraktes som en direkte eller en indirekte overføring av statsmidler.

Dette prinsippet kom også til uttrykk i sak 82/77, *van Tiggele*<sup>44</sup>, hvor EF-domstolen fant at en ordning som innførte minstepriser til fordel for detaljhandlere, ikke kunne anses som statsstøtte i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 forstand, da den økonomiske byrden minsteprisen medførte i sin helhet ble veltet over på forbrukerne. Den samme konklusjonen nådde EF-domstolen i *Viscido*-saken<sup>45</sup>, hvor den fastslo at lovfestede unntak fra det alminnelige forbud mot midlertidige ansettelse ikke kunne betraktes som statsstøtte til fordel for det italienske postvesen, da unntaket ikke medførte noen belastning av Italias offentlige budsjett. Dette synes å bety at dersom man finansierer tjenester av almen økonomisk betydning gjennom pristiltak som innebærer at en del av tjenestemottakerne direkte subsidierer de andre, vil man kunne skjære klar av statsstøttereglene.

Dersom man ser hen til norske forhold kan man stille spørsmål om de norske reglene om lik porto over hele landet kan være i strid med statsstøttereglene. Svaret må trolig være nei, da det er forbrukerne selv, særlig i tettbebygde områder som finansierer de lave portoprisene i mer grågrendte strøk.

Vurderingen av hva som kan anses som støtte gitt av statsmidler byr i dag sjelden på vanskeligheter. Det finnes likevel enkelte gråsoner, og om støtten er finansiert ved hjelp av statsmidler eller på annet vis må vurderes konkret i det enkelte tilfellet. Statsstøtten må kunne tilskrives staten, og på en eller annen måte utgjøre en belastning på det offentlige budsjett.

## **2.4 Støtten må innebære en fordel for støttemottaker**

Det ligger i selve begrepet "støtte" at det må dreie seg om tiltak som innebærer en fordel for støttemottakerer. Sett i lys av at EØS-avtalen og EF-traktaten fremfor alt er en økonomisk samarbeidsavtale er det nærliggende å fortolke støttevilkåret som et krav om fordelene må være av økonomisk art. En slik forståelse ble også lagt til grunn av EF-domstolen i sak C-353/95, *Kommisjonen mot Tierce Ladbroke*<sup>46</sup>. Det er imidlertid vanskelig å tenke seg en fordel som ikke er av økonomisk art. når foretak driver økonomisk virksomhet vil jo nær sagt enhver positiv effekt et statlig tiltak har for foretaket ha økonomisk betydning.

---

<sup>44</sup> Sak 82/77, *van Tiggele*, Sml. 1978 s. 25.

<sup>45</sup> Forente saker C-52/97 - 54/97, *Viscido*, Sml. 1998 s. I-2629.

<sup>46</sup> Sak C-353/95, *Kommisjonen mot Tierce Ladbroke*, Sml. 1997 s. I-7007, premissene

### 2.4.1 Nærmere om fordelsbegrepet

EF-domstolen fastslo i sak C-173/73, *Italia mot Kommisjonen*<sup>47</sup>, at det avgjørende ved vurderingen av hvorvidt et offentlig tiltak innebærer støtte er hvilken *virkning* tiltaket har for mottageren.<sup>48</sup> Dette virkningskriteriet har også blitt lagt til grunn av EFTA-domstolen.<sup>49</sup> Dersom det er på det rene at støttemottageren har fått en fordel, er det således uten betydning at medlemsstaten ikke har hatt til hensikt å gi mottakeren noen særlig fordel. En slik virkningsorientert tolkning ble også lagt til grunn av Førsteinstansretten i sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*<sup>50</sup>, hvor Førsteinstansretten uttalte:

“Traktatens artikkel 92, stk. 1, sonderer nemlig ikke under hensyn til grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger.”<sup>51</sup>

For å avgjøre hvorvidt en offentlig ytelse innebærer en fordel for mottageren vurderer Kommisjonen først og fremst verdien av ytelsen. Hvis det er tale om kontante overføringer eller ytelser som har en markedspris, byr det sjelden på vanskeligheter. Dersom verdien ikke uten videre kan fastslås må særlige fremgangsmåter benyttes. I slike tilfeller har Kommisjonen oppstilt særlige kriterier for hvordan størrelsen på ytelsen skal fastsettes, og i fra disse kriteriene kan man oppstille to fremgangsmåter for å avgjøre ytelsens størrelse<sup>52</sup>.

For det første benytter Kommisjonen seg av en markedsbasert metode. Denne metoden innebærer at medlemsstatene benytter markedsmekanismen til å fastsette markedsprisen, typisk ved hjelp av en anbudsinnbydelse. I tilfeller hvor markedsprisen ikke lar seg fastslå ved hjelp av markedsmekanismen må medlemsstatene søke å fastslå en objektiv markedspris på grunnlag av undersøkelser av hvilken verdi ytelsen ville ha hatt i markedet.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Sak C-173/73, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 709.

<sup>48</sup> Premiss 13.

<sup>49</sup> Se sak E-6/98, *Norge mot EFTAs Overvåkningsorgan*, REC 1999 s. 74, premiss 34. (Saken gjaldt det norske systemet med differensiert arbeidsgiveravgift).

<sup>50</sup> Sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000-II s. 2125.

<sup>51</sup> Premiss 83.

<sup>52</sup> I Kommisjonens XXIX Beretning om Konkurrencepolitikken 1999 uttalte Kommisjonen at i den grad det var mulig burde markedsprisen fastsettes ved hjelp av anbudsrunder burde denne metoden benyttes.

<sup>53</sup> En slik “objektiv markedspris” vil kun godtas dersom prognosene den bygger på er foretatt av anerkjente eksperter.

Den andre metoden er å fastslå ytelsens verdi ved hjelp av en beregning av kostnadene ved å fremskaffe ytelsen. Dersom man benytter denne metoden må man imidlertid legge til et vist påslag for normal profitt, for at beregningen i størst mulig grad skal kunne gjenspeile ytelsens reelle verdi.

## 2.4.2 Fordelskriteriet ved motytelse fra mottakeren

At det offentlige ytelse må innebære en *fordel* innebærer at det ikke foreligger statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 forstand dersom mottageren gir tilbake en likeverdig motytelse. Der det offentlige mottar en likeverdig motytelse er det snarere snakk om kompensasjon enn støtte. Dersom det offentlige mottar en motytelse, men denne ikke er likeverdig, er det kun differansen mellom det offentlige ytelse og motytelsen som utgjør statsstøtte. Dette poenget har som nevnt innledningsvis særlig betydning i forhold til unntaksbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, og jeg vil behandle det særskilt i kapittel 0.

## 2.4.3 Fordelskriteriet og offentlige virksomheter

Som et utgangspunkt kan man si at EØS-avtalen ikke er til hinder for at medlemsstatene myndigheter deltar i det økonomiske liv. EØS-avtalen inneholder ingen bestemmelser som direkte regulerer organiseringen av offentlig forvaltning, og hovedregelen er derfor at medlemsstatene står fritt til å velge de løsninger som den anser mest hensiktsmessig.<sup>54</sup> At medlemsstatene kan ha eierinteresser i foretak, og at de kan tildele særlige rettigheter til så vel private som offentlige virksomheter, kommer klart til uttrykk i EØS-avtalen. I henhold til EØS-avtalens artikkel 125 berører ikke EØS-avtalen medlemsstatenes regler om eiendomsrett. At eventuelle offentlige eierinteresser er uten betydning i forhold til statsstøttereglene, er fastslått av EF-domstolen i en rekke saker om den tilsvarende regelen i EF-traktatens artikkel 295.<sup>55</sup> I sak C-367/98, Kommisjonen mot Portugal, uttalte EF-domstolen at bestemmelsen:

---

<sup>54</sup> Når det offentlige uten å være lovforpliktet påtar seg en oppgave, vil det offentlige i utgangspunktet ha full frihet med hensyn til hvordan virksomheten skal organiseres, uavhengig av oppgavens karakter. Se nærmere Lundegaard Hansen m. fl, *EU konkurrancereetten*, 1998, s. 209 flg.

<sup>55</sup> Se for eksempel sak C-387/92, *Banco de Credito Industrial SA mot Ayuntamiento de Valencia*, Sml. 1994 s. I-877.

“udelukkende [har] den betydning, at hver medlemsstat frit kan fastlægge de ejendomsretlige ordninger, som den vil, under forudsætning af, at de grundlæggende friheder fastsat i traktaten respekteres”.<sup>56</sup>

Dette følger direkte av EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1 at blant annet statsstøttereglene kommer til anvendelse overfor så vel private som offentlig foretak og foretak som staten har gitt særlige eller eksklusive rettigheter.

Verken innholdet i begrepet “offentlige foretak” eller “særlige eller eksklusive rettigheter” er nærmere definert i bestemmelsen. I den danske språkutgaven av EF-traktatens artikkel 86 nr. 1 benyttes begrepet “offentlige virksomheter”. I henhold til direktiv 80/723/EØF, det såkalte *transparentdirektivet*, artikkel 2(1)(b) er offentlige virksomheter “enhver virksomhet, på hvilke de offentlige myndigheter direkte eller indirekte kan have en dominerende innflydelse som følge av eierforhold, kapitalinnskud eller de regler, der gjelder for virksomheden”.

Med “særlige rettigheter” menes særlig rettigheter som avskjærer andre foretak fra å konkurrere på samme vilkår. Det kan for eksempel dreie seg om konsesjoner som bare noen få av de kvalifiserte kan få. Der det er tale om “eksklusive rettigheter” vil det normalt foreligge en monopolsituasjon. Vinmonopolets enerett til å drive detaljhandel med vin og brennevin må betraktes som en slik eksklusiv rettighet.

EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1 må sees i sammenheng med EØS-avtalens grunnleggende ikke-diskrimineringsprinsipp. Formålet med bestemmelsen i artikkel 59 nr. 1 er å hindre at offentlige myndigheter skaper ulike konkurransevilkår for offentlige og private virksomheter<sup>57</sup>. Dersom offentlige og private virksomheter skulle måtte konkurrere på forskjellige vilkår, vil det kunne medføre ujevn konkurranse i den enkelte medlemsstat, og konkurransesituasjonen vil kunne variere fra land til land. Etter sin ordlyd og i lys av formålet med bestemmelsen må EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1 nærmest anses som et pålegg til medlemsstatene om å unnlate å bruke sin innflytelse

---

<sup>56</sup> Sak C-367/98, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731, premiss 28.

<sup>57</sup> EØS-avtalens artikkel 59 nr. 1 er til hinder for at nasjonale myndigheter kan omgå EØS-avtalens regler ved å påvirke atferden til offentlige foretak. I sak C-18/88, *GB-INNO-BM*, Sml. 1991 s. I-5941 fastslo EF-domstolen at den tilsvarende bestemmelsen i EF-traktatens artikkel 86 nr. 1 er til hinder for at medlemsstatene i lov eller vedtak stiller offentlige foretak og foretak med særlige eller eksklusive rettigheter i en stilling som foretaket ikke selv kunne innta uten at det ville innebære brudd EF-traktatens artikkel 82. For eksempel er medlemsstatene ikke berettiget til å kreve urimelige havneavgifter, til tross for at havnen er eid av det offentlige, jf. sak C-242/95, *GT-link*, Sml. 1997 s. I-4449.



over offentlige foretak og foretak som nyter særlige rettigheter til å innføre eller opprettholde ordninger som er i strid med EØS-avtalen.

Det går klart frem av ordlyden i EØS-avtalens artikkel 59 at bestemmelsen først og fremst retter seg mot medlemsstatene, jf. ordlyden “skal avtalepartene fraholde seg”.<sup>58</sup> EF-domstolen har imidlertid ved flere anledninger lagt til grunn at artikkel 59 nr. 1 pålegger offentlige foretak og foretak som nyter særlige rettigheter en selvstendig plikt til å overholde EF-traktatens regler, til tross for at det ikke finnes holdepunkter for en slik tolkning i ordlyden.<sup>59</sup>

At statsstøtteregele gjelder uavhengig av eventuell statlige eierinteresser har betydning i forhold til EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Som nevnt åpner EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 kun for unntak fra statsstøtteregele der det er nødvendig av hensynet til tjenester av almen økonomisk betydning. Som nevnt i pkt. 1.1 gjelder dette også for offentlig eide foretak, virksomheter som medlemsstaten har eierinteresser i, eller på annen måte er engasjert i. For eksempel har mange medlemsstater overlatt tjenester som jernbanedrift, post og telekommunikasjonsvirksomhet til virksomheter som på en eller annen måte er knyttet til det offentlige.

Bruk av statlig eierskap kan benyttes som et virkemiddel for realisering av statlige mål. Staten kan benytte bruker dette virkemidlet i kraft av sin eiendomsrett gjennom styringskanalene som er etablert gjennom den aktuelle selskapslovgivningen. Når staten ikke har eierrådighet eller det er oppstilt grenser for denne rådigheten, må staten bruke andre virkemidler for å påvirke samfunnsutviklingen. Som staten kan anvende sin lovregulerende myndighet over private rettssubjekter kan staten også anvende denne myndigheten overfor statlige selskap for å styre selskapenes adferd. Dette kan for eksempel skje gjennom lover og forskrifter, eller ved å knytte betingelser til lovhjemlede konsesjoner.

Et annet statlig virkemiddel er å bruke det offentliges avtalekompetanse til å realisere statlige formål. Statlige kjøp av tjenester fra et selskap kan bli inngått ved bruk av kontrakter på kommersielt grunnlag fra selskapets side, mens de fra statens side er et middel til å realisere ikke-kommersielle formål.

De ulike styringsvirkemidler gir staten valgfrihet i forhold til hvordan ulike samfunnsmessige mål kan ivaretas. Det er imidlertid klart at statens forretningsmessige styring som eier må ivaretas innenfor de rammer

---

<sup>58</sup> Se sak C-30/87, *Bodson*, Sml. 1988 s.2479.

<sup>59</sup> Se sak C-159/94, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1997 s. I-5815.

selskapslovgivningen setter. Dette kommer til uttrykk i lovgivningen ved at den klart skiller hvilke roller eier har og hvilken rolle selskapets ledelse har.

Selv om statsstøttereglene kommer til anvendelse overfor offentlige foretak og foretak som nyter særlige rettigheter, er viktig å merke seg at ikke enhver overføring av statlige midler til offentlige foretak i strid med EØS-avtalen. Statsstøttereglene forbyr kun tiltak som innebærer tildeling av statsstøtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. I likhet med overføringer til private foretak blir spørsmålet om overføringen oppfyller vilkårene for statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1, herunder vilkåret om at støtten innebærer en fordel for støttemottageren.

#### **2.4.4 Markedsinvestorprinsippet**

Det kan ofte være vanskelig å avgjøre hvilke tiltak som innebærer støtte til fordel for et offentlig foretak, og hvilke tiltak som må betraktes som normale investeringer i virksomheten som også det offentlige står fritt til å foreta. I EF- og EFTA-domstolens praksis har man derfor utviklet en såkalt “private investor test”, til hjelp ved vurderingen av om et tiltak utgjør statsstøtte. På norsk omtales denne testen som “markedsinvestorprinsippet”.

I korte trekk innebærer markedsinvestorprinsippet at statlige investeringer i offentlig eid virksomhet ikke betraktes som statsstøtte dersom investeringen er foretatt på vanlige, markedsmessige vilkår. “Vanlige, markedsmessige vilkår” må forstås som et krav om at den offentlige investeringen må antas å gi normal avkastning. Motsetningsvis må den statlig investeringen anses som statsstøtte dersom den går ut over det en privat investor ville ha investert i en tilsvarende situasjon.

Markedsinvestorprinsippet kommer i hovedsak til anvendelse der det offentlige foretar tradisjonelle investeringer, som kjøp av eierandeler i private selskaper, opprettelse og drift av offentlige selskaper og direkte overføringer av kapital. Prinsippet kommer også til anvendelse der det offentlige kjøper varer og tjenester på det åpne marked, da kjøp til overpris eller salg til underpris ofte vil innebære en “fordel” for mottageren.

Markedsinvestorprinsippet har kommet til uttrykk i EFTAs overvåkningsorgans retningslinjer for statsstøtte, hvor det fastslås at

“Det dreier seg [heller] ikke om statsstøtte når ny kapital tilføres på betingelser som ville blitt akseptert av en privat investor som foretar sine transaksjoner på normale markedsøkonomiske vilkår.”

Ethvert statlig organ må identifiseres med staten som helhet. Ved vurderingen av hvorvidt den offentlige investeringen går ut over det en privat investor ville ha investert må det ses hen til størrelsen på det offentlige organet som har foretatt investeringen. For å undersøke om investeringen er markedsmessig må det offentlige organet sammenlignes med et tenkt, privat selskap av noenlunde samme størrelse. Store offentlige organer vil, i likhet med store private investorer, kunne tillate seg et mer langsiktig perspektiv på sine inntjeningsmuligheter.<sup>60</sup> I følge EF-domstolens og EFTA-domstolens rettspraksis kan det offentlige sammenlignes med en stor og langsiktig investor. Det må også innebære at det offentlige etter forholdene kan dekke en virksomheten tap i en periode, uten at dette er i strid med statsstøtteregele.

Poenget i forhold til tjenester av almen økonomisk betydning er at der staten kun betaler den samme prisen for en tjeneste som en privat investor ville ha gjort i samme situasjon, er det ikke tale om støtte. Med andre ord: Der det offentlige opptrer som investor, må dette gjøres ut fra rentabilitetsmessige hensyn – det må være utsikter til vanlig markedsmessig avkastning på den kapital som det offentlige har skutt inn. Dersom den offentlige investoren krever normal avkastning på kapitalen, vil det innebære en “fordel” for mottageren. I slike tilfeller dreier det seg kun om kompensasjon. Forholdet mellom støtte og kompensasjon kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 3.

## 2.5 Selektivitetskriteriet

Den tredje betingelsen for at EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 skal komme til anvendelse er at gir enkelte foretak fordeler i forhold til andre foretak. Denne betingelsen omtales vanligvis som selektivitetsvilkåret, og referer seg til hvem støttemottagerne er. Selektivitetsvilkåret innebærer at det kun foreligger statsstøtte i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 forstand dersom støtten favoriserer en eller flere bestemte virksomheter eller produksjoner av en eller flere bestemte varer.

Selektivitetsvilkåret må forstås på bakgrunn av statsstøtteregele overordnede mål om å skape like konkurransevilkår og å unngå forskjellsbehandling av markedsaktørene.

---

<sup>60</sup> Sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1603.

Selektivitetsvilkåret består av to alternative kriterier - støtten må *enten* favorisere enkelte foretak *eller* produksjonen av enkelte varer.<sup>61</sup> At bestemmelsen ut i fra sin ordlyd kun rammer støtteordninger til fordel for “enkelte” innebærer at det kun er støtte som ikke kommer alle foretak eller produksjon av alle varer til gode. Statlige ordninger som omfatter alle foretak eller all produksjon vil således ikke oppfylle selektivitetskriteriet.

I sak C-310/85, *Deufil mot Kommisjonen*<sup>62</sup>, uttalte EF-domstolen at:

“The general objectives of the national rules forming the basis of the grant in aid are not themselves sufficient to put it outside the scope of Article [87]”

Herav kan man trekke den konklusjon at hensikten med den statlige ordningen ikke er avgjørende. Selektivitetskriteriet vil være oppfylt i det øyeblikk en statlig ordning virker selektivt – uansett om den er utformet som en ordning som i utgangspunktet gjelder alle.

Etter sin ordlyd forbyr EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 kun støtte som begunstiger produksjonen av enkelte *varer*. Også den engelske språkversjonen av EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 fokuserer utelukkende på “the production of certain goods”. Dersom man tolker bestemmelsen antitetisk er bestemmelsen følgelig ikke til hinder for støtte som favoriserer produksjonen av enkelte *tjenester*. Det er imidlertid lite tvilsomt at også begunstigelse av tjenesteproduksjon omfattes av forbudet.

I den danske språkversjonen formuleres selektivitetsvilkåret i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 som:

“støtte, [som begunstiger] visse virksomheder eller visse produktioner”.

At bestemmelsen ikke utelukkende rammer tiltak som favoriserer produksjonen av enkelte *varer* fremgår også av EF-domstolens uttalelse i sak C-73/72, *Italia mot Kommisjonen*<sup>63</sup>:

---

<sup>61</sup> I enkelte tilfeller vil støtte som begunstiger enkelte foretak samtidig begunstige produksjonen av enkelte varer, f. eks. vil støtte til virksomheter som produserer vannbasert maling ikke bare begunstige “enkelte foretak”, men også “produksjonen av enkelte varer”, da

<sup>62</sup> Sak C-310/85, *Deufil mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 901.

<sup>63</sup> Sak C-173/73, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 709

“Formålet med artikkel [87] er at hindre, at samhandelen mellom medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskjellige former fordrejer eller truer med at fordreje ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner”.<sup>64</sup>

Som det fremgår av sitatet ovenfor synes ikke EF-domstolen å skille mellom tiltak som begunstiger produksjonen av varer og tiltak til fordel for produksjon av tjenester, i det de den omtaler produksjoner generelt.

Som nevnt ovenfor er det støttens virkning som er avgjørende. Støttens “gode” formål har ingen betydning, ut over de særskilte grunner som nevnes i art. 61 nr. 2 og nr. 3. Ordninger som er en del av den alminnelige økonomiske politikk, som for eksempel skattelettelser, avgiftsfritak og utbygging og forbedring av infrastrukturen, vil vanligvis ikke innebære “begunstigelse” av enkelte. At enkelte bransjer har større nytte av en slik generell ordning enn andre, er ikke tilstrekkelig til å vurdere slike ordninger dithen at de begunstiger enkelte virksomheter. Dette gjelder også selv om en ordning av praktiske grunner må utformes noe forskjellig fra bransje til bransje.

Dersom den generelle ordningen i realiteten kun omfatter noen få virksomheter, vil ordningen likevel kunne utgjøre en begunstigelse i forhold til disse, jf. vedtak 72/173,

EF-tidende nr. L 195/72 s. 13. Tilsvarende gjelder dersom et støtteprogram som er åpent for alle landets bedrifter som et arbeidsmarkedstiltak, likevel åpner for et visst fritt skjønn med henhold til hvilke foretak som skal prioriteres og hva slags vilkår som skal settes for støtten,

I en sak som gjaldt støtte til *Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*<sup>65</sup> fastslo EF-domstolen at selv om den franske støtteordningen til fordel for forlag som utga “smale” bøker var generell, var selektivitetsvilkåret likevel oppfylt da det kun var CELF som oppfylte de vilkår franske myndigheter oppstilte for støtten. EF-domstolen uttalte videre i sak C-256/97, *DMT*,<sup>66</sup> at :

“Det fremgår af ordlyden af traktatens artikkel 92, stk. 1, at generelle foranstaltninger, der ikke udelukkende begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, ikke henhører under denne

---

<sup>64</sup> Premiss 26.

<sup>65</sup> Sak C-332/98, *Coopérative d'exportation du livre français (CELF)*, premiss 6.

<sup>66</sup> Sak C-256/97, *DMT*, Sml. 1999 s. I-3913.

bestemmelse. Når derimod det organ, som yder finansiell støtte, råder over et skøn, der tillader det at vælge de begunstigede og fastsætte betingelserne for interventionen, kan denne ikke antages at have en generel karakter”.<sup>67</sup>

I sak E-6/98, *Norge mot EFTAs Overvåkingsorgan*<sup>68</sup>, som gjaldt den norske ordningen med differensiert arbeidsgiveravgift, uttalte EFTA-domstolen at skatter og avgifter som utgangspunkt må gjelde alle foretak innen avtalepartens territorium for å unngå å bli ansett som statsstøtte.<sup>69</sup> Dersom en medlemsstat har skatte- og avgiftsregler som fører til forskjeller i forhold til virksomhetene, må reglene være “*justified by the nature or general scheme of the system itself*”<sup>70</sup> for å gå klar av statsstøtteforbudet. Differensiering av arbeidsgiveravgiften etter regionale eller geografiske kriterier alene ble derfor ansett som statsstøtte, selv om avgiftsnivået formelt var gjort avhengig av arbeidstakers bosted og ikke arbeidsgiverens lokalisering.<sup>71</sup>

## 2.6 Konkurransesvridningskriteriet

Støtten regnes som ulovlig dersom den bidrar til å vri, eller truer med å vri, konkurransen. Det innebærer for det første at det prinsipielle forbudet mot statsstøtte kun kommer til anvendelse overfor virksomheter som driver økonomisk aktivitet. For det annet er det kun virksomheter som opererer på et marked i konkurranse med andre aktører som omfattes av forbudet. Ved vurderingen av om virksomheten operer i konkurranse med andre aktører på markedet må man imidlertid legge til grunn en vid tolkning av markedsbegrepet. Det er tilstrekkelig å påvise at det foreligger potensiell konkurranse i markedet, og at støtten kan endre konkurransen i markedet. Det er med andre ord ikke nødvendig å dokumentere at statsstøtten griper inn i et reelt konkurranseforhold mellom foretak eller bransjer.

---

<sup>67</sup> Premiss 27. flg. I samme retning, sak C-241/94, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. I-4551, premiss 23 og 24.

<sup>68</sup> Sak E-6/98, *Norge mot EFTAs Overvåkingsorgan*, EFTA Court Report [1999] 74.

<sup>69</sup> Premiss 35.

<sup>70</sup> Premiss 38.

<sup>71</sup> For en nærmere redegjørelse av forholdet mellom statsstøttereglene og avgiftsfritak, se Bård Erlend Hansens avhandling: “*Avgiftsfritak og forholdet til statsstøttereglene i EØS – Hvilke grenser setter EØS-avtalen for statens mulighet til å bruke avgiftsvedtak som virkemiddel for å nå politiske målsetninger.*”

Hvorvidt det er medlemsstatens intensjon å gi støttemottakeren en konkurransemessig fordel er ikke avgjørende. Det springende punkt er hvorvidt et foretak eller en bransje har fått en økonomisk fordel som den ikke ville oppnådd på like vilkår i det vanlige marked, og som derfor endrer foretakets posisjon i konkurransen med andre aktører.

Det er heller ikke utslagsgivende om statsstøtten faktisk påvirker konkurransen i markedet. Den såkalte “statsgarantisaken” kan tjene som illustrasjon. EFTAs Overvåkningsorgan mente at de tidligere reglene om statsgarantier i statsforetaksloven hadde potensial til å påvirke konkurranseforholdene, og fastslo på bakgrunn av det at statsgarantiene var i strid med EØS-avtalens statsstøtteregele.

Selv om det ikke finnes konkurrenter i et gitt marked, vil konkurransevidningsvilkåret være oppfylt dersom støtten gjør det vanskelig for nye foretak å etablere seg i markedet. Kommisjonen har i sin tidligere praksis i liten grad problematisert konkurransevidningsvilkåret, og nærmest kategorisk fastslått, uten særlig begrunnelse, at dette vilkåret var oppfylt i alle saker hvor det var ytt støtte. Kommisjonens noe forenklete syn ble imidlertid avvist av EF-domstolen i *Leeuwardener Papierwarenfabriek*-saken<sup>72</sup>, hvor EF-domstolen uttalte:

“Selv om det i visse tilfælde kan fremgå af selve de omstændigheder, hvorunder støtten ydes, at den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene, påhviler det i det mindste Kommissionen at angive disse omstændigheder i beslutningens begrundelse. I det foreliggende tilfælde undlod Kommissionen dette, idet den omtvistede beslutning ikke indeholder den mindste angivelse vedrørende situationen på det omhandlede marked, LPF ' s markedsandel, handelen med de pågældende produkter mellem medlemsstaterne eller om virksomhedens eksport ”.<sup>73</sup>

For å undersøke om støtten vrir konkurransen benytter EFTA-domstolen og EFTAs Overvåkingsorgan av markedsanalyser. Ved hjelp av en slik analyse

---

<sup>72</sup> Sak C-296/82 og 318/82, *Nerland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 809.

<sup>73</sup> Premiss 24.

søker organene å få oversikt over markedsstrukturen, partenes markedsposisjon, påvirkningen av tredjemanns stilling og mulighetene for at nye aktører kan gjøre seg gjeldende på markedet. Etter å ha gjennomgått en rekke dommer på statsstøtteområdet sitter jeg igjen med det inntrykk at så vel EFTA-domstolen som EFTAs Overvåkningsorgan i regelen er mindre grundige i sine markedsanalyser på statsstøtteområdet enn på konkurranserettsområdet for øvrig.

Det følger av Kommisjonens praksis at presumsjonen om at støtte til enkelte foretak er konkurransevridene ikke gjelder der hvor det er klart at det innenfor en gitt geografisk omkrets ikke er noe likt produkt eller substitutt foretaket reelt eller potensielt konkurrerer mot.

I korte trekk foretas markedsanalysen ved først og definere det markedet man ønsker å undersøke støttens virkninger på. I EF-domstolens praksis, så vel som i den juridiske teori, har man benyttet begrepet “det relevante marked” som betegnelse på det definerte marked. For å avgjøre hva som er det relevante marked i det enkelte tilfellet tar Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan utgangspunkt i den praksis som finnes omkring konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54. Denne praksisen har EF-domstolen og EFTA-domstolen akseptert.

Det relevante marked beregnes ut i fra kombinasjonen av produktmarkedet og det geografiske marked.<sup>74</sup> EF-domstolens og Kommisjonen har i praksis lagt til grunn at det relevante produktmarkedet består alle varer og tjenester som forbrukerne betrakter som “like” eller som de oppfatter kan brukes som substitutt for hverandre.<sup>75</sup> Kommisjonen definerer produktmarkedet som:

“A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use”<sup>76</sup>

Det geografiske markedet betegner det området hvor produsentene av varene og tjenestene kan operere under såpass like konkurranseforhold at området kan avgrenses mot andre områder med andre konkurranseforhold. Kommisjonen legger til grunn følgende definisjon:

---

<sup>74</sup> Sesongmessige svingninger vil også ha betydning for markedsavgrensningen, m a o eksistensen av temporære markeder.

<sup>75</sup> For å komme med et svært enkelt eksempel kan man si at mange forbrukere oppfatter Mills majones og Kavlis majones av som “like”, og at et glass kan benyttes i stedet for en kopp.

<sup>76</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ 1997 C 372.



“The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighboring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas”.<sup>77</sup>

I forhold til konkurransen på markedet fokuserer EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 på konkurranserelasjonene mellom støttemottager og andre foretak. Det avgjørende er om støttemottager står i et konkurranseforhold til andre foretak. I forhold til EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 er ikke det avgjørende hvordan forstyrrelser i dette konkurranseforholdet påvirker markedsmekanismens funksjon.

Det har vært diskutert om det kan innfortolkes et bagatellunntak i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1, for de mer ubetydelige tilfellene av konkurransevriddning. EF-domstolen har imidlertid gjentatte ganger avvist en slik forståelse.<sup>78</sup> Ut over det unntak som finnes i bagatellmeddelelsen, kan man med andre ord ikke gjøre unntak fra EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 selv om støtten har en nærmest minimal konkurransevriddende virkning.<sup>79</sup>

I sitt innlegg om betydningen av fordelskriteriet kontra konkurransevriddningskriteriet, har *Rita-Maria Kirschbaum* (2004), gitt uttrykk for at konkurransebegrepet ofte blir forenklet, da EF-domstolen og Kommisjonen som regel kun skisserer en situasjon der flere produsenter

---

<sup>77</sup> Commission notice on the definition of the relevant market for the purpose of Community competition law, OJ 1997 C 372

<sup>78</sup> Se for eksempel sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen (Alfa Romeo)*, Sml. 1991 s. 1603, premiss 26 og sak C-142/87, *Belgia mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-959, premiss 43.

<sup>79</sup> I henhold til artikkel 2 nr. 1 i Kommisjonsforordning nr. 69/2001, om anvendelsen av artikkel 87 og 88 på de bagatellmessige støtte, anses ikke støtte som faller inn under forordningens anvendelsesområde “for at opfylle kriteriene i traktatens artikkel 87, stk. 1”. Herav kan man trekke den slutning at Kommisjonen som et utgangspunkt ikke anser bagatellmessig støtte omfattet av EF-traktatens artikkel 87 nr. 1. Rådsforordning nr. 994/98, som er hjemmelsgrunnlaget for bagatellmeddelelsen, synes imidlertid å bygge på et noe annet syn. Forordningen gir Kommisjonen kompetanse til å erklære at støttetildeling som ikke overstiger et visst beløp “på baggrund af det indre markeds utvikling og funktion ikke opfylder alle kriteriene i artikkel 87(1) og derfor er fritaget fra underrettelsespligten i artikkel 87(3), jfr. artikkel 87(1)”. Henviingen til at bagatellmessig støtte ikke oppfyller “alle” kriteriene tyder i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1, kan skyldes at Rådet mente at selv bagatellmessige støttebeløp i utgangspunktet måtte vurderes i forhold til statsstøttereglene. Denne forståelsen underbygges ytterligere ved at Rådet fritar bagatellmessige støttebeløp meldeplikten i EF-traktatens artikkel 87 nr. 3. En slik fritaksklausul hadde neppe vært nødvendig dersom Rådet mente at bagatellmessig støtte ikke var omfattet av forbudet i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1.

tilbyr identiske eller delvis tilsvarende tjenester, og behandles likt av staten. Under slike forhold vil konkurransen gi forbrukerne tjenesten til lavest mulig pris.

*Rita Kirschbaum* påpeker imidlertid at målet med det økonomiske system ikke konkurransen i seg selv, men å sikre best mulig fordeling av begrensede ressurser. Konkurransen er kun et middel for å nå dette målet, og markedet er kun arenaen for konkurransen. At staten yter støtte til en tjeneste av almen økonomisk betydning er uttrykk for at staten ønsker å endre den pareto-optimale fordelingen for å ivareta viktige politiske målsetninger, for eksempel å sikre alle innbyggere adgang til nødvendige helsetjenester. *Kirschbaum* har hevdet at denne formen for statlig intervensjon ikke påvirker konkurransen i seg selv, fordi konkurransen kun er et middel for fordeling. Den statlige intervensjonen balanserer bare resultatet av konkurransen. Følgelig kan ikke man ikke si at et statlig tiltak til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning innebærer statsstøtte, selv om det innebærer en fordel for det enkelte foretak som det neppe ville ha hatt uten det statlige tiltaket til fordel for en tjeneste av almen økonomisk betydning.

*Kirschbaum* viser til at det avgjørende for hvorvidt et tiltak til fordel for tjenester av almen økonomisk interesse utgjør statsstøtte, snarere er om støtten fører til konkret eller potensiell vridning av den eksisterende konkurransen. En slik konkurransevridning mener hun bare vil kunne forekomme der et foretak som får støtte for å utføre en offentlig tjenesteforpliktelse også konkurrerer på andre markeder, og får styrket sin konkurransemessige stilling på disse markedene på grunn av støtten. Denne problemstillingen vil jeg behandle nærmere under kapittel 4.

Vridning av konkurransen kan for eksempel foreligge der et tiltak ikke har noen egentlig almen økonomisk betydning, fordi tiltaket direkte eller indirekte bare er til fordel for enkelte foretak. *GEMO*-saken<sup>80</sup> kan her tjene som eksempel. Saken gjaldt franske myndigheters ordning for innsamling og destruering av døde dyr og slakteavfall som var uegnet til så vel menneskemat som dyrefor. Tjenesten var obligatorisk, og vederlagsfri for brukerne.

EF-domstolen fant at ordningen innebar en fordel for oppdretter og slakterier, da innsamling og destruksjonsordningen fritok disse fra at den økonomiske byrde som måtte betraktes som en omkostning forbundet med oppdretterenes og slakterienes ervervsmessige virksomhet. Når disse virksomhetenes aktiviteter medførte biprodukter og avfall, som er ubrukelig og skadelige for miljøet, mente EF-domstolen at de også var ansvarlige for å fjerne og destruere avfallet. Et offentlig tiltak for å fritta oppdrettere og slakterier for denne økonomiske byrden måtte derfor sees som en økonomisk fordel. Tjenesten kunne heller ikke sies å være av almen økonomisk betydning, da

---

<sup>80</sup> Sak C-126/01, *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769.

den ble finansiert av konsumentene, og kun var til glede for kjøttindustrien. EF-domstolen uttalte at ordningen kunne fordreie konkurransen.

Også i *Ferring-saken*<sup>81</sup> fant EF-domstolen at det var ytt statsstøtte som påvirket konkurransen. Saken gjaldt det franske systemet for distribusjonen av legemidler til apotek. I henhold til det franske regelverket skjedde distribusjonen dels gjennom legemiddelgrossister, dels gjennom legemiddellaboratorier. Legemiddelgrossistene var i henhold til regelverket pålagt å utføre ulike forpliktelser av almen, økonomisk interesse, blant annet å lagerføre et visst kvantum legemidler, og garantere at disse legemidlene skulle kunne leveres innen en bestemt tid, innenfor et nærmere bestemt område. Legemiddellaboratoriene hadde på sin side ingen slike forpliktelser. Franske myndigheter innførte en skatt på salg av legemidler fra legemiddellaboratorier. Legemiddelgrossistene var fritatt for den skatteplikten. Det var ingen konkurranse om å få utføre de tjenestene av almen økonomisk betydning som legemiddelgrossistene leverte. Det var derfor åpenbart at konkurransen i seg selv ikke ville avstedkomme at det franske borgeres behov for tilgang og distribusjon ikke ville kunne tilfredsstilles gjennom konkurranse, og at behovet bare kunne tilfredsstilles ved at franske myndigheter iverksatte tiltak. Da det ikke fantes konkurranse på det aktuelle området, innebar det statlige tiltaket følgelig ingen påvirkning av konkurransen. Det var imidlertid konkurranse mellom legemiddellaboratoriene og legemiddelgrossistene på andre områder, da det i Frankrike finnes to direkte konkurrerende distribusjonsnett – ett for legemiddelgrossistene og et for legemiddellaboratoriene. Spørsmålet var så om det forhold at det ikke var skatt på salg av legemidler fra legemiddelgrossistene, innebar statsstøtte til fordel legemiddelgrossistene. EF-domstolen fastslo at skattefritaket i prinsippet var i strid med EF-traktatens artikkel 87 nr.1, i det den styrket enkelte legemiddelgrossistenes konkurranseposisjon i forhold til konkurrerende foretak.

I tilfeller hvor en tjeneste ytes til alle, slik at ikke bare alminnelige forbrukere, men også til virksomheter, kan vurderingen bli noe mer komplisert. For eksempel vil renovasjonstjenester ikke bare være til glede for den enkelte borger, men også for ulike former for foretak. Dette problemet kan imidlertid løses ved at myndighetene avgjør hvilke tjenester som er av almen interesse. I den utstrekning allmennhetens interesse og foretakenes interesse overlapper hverandre, må myndighetene vurdere tiltak som for eksempel ulike priser for forbrukere og næringsliv. Slik kan staten sikre at ingen foretak får fordel av renovasjonstjenestene, til skade for sine konkurrenter.

---

<sup>81</sup> Sak C-53/00 *Ferring*, Sml. 2001 s. 2533.

Det synes klart at dersom et tiltak til fordel for en tjeneste av almen økonomisk betydning kun er til glede for borgerne, og ikke kan innebære noen fordel for en eller flere typer foretak, ikke kan påvirke konkurransen. Dette gjelder i alle tilfeller der heller ikke det foretaket som yter en tjeneste av almen økonomisk betydning får noen fordel som følge av at de oppfyller sine forpliktelser.

## 2.7 Samhandelskriteriet

### 2.7.1 Samhandelskriteriet og EØS-avtalen artikkel 59 nr. 2

I henhold til EØS artikkel 61 nr. 1 er statsstøtte kun i strid med EØS-avtalen “*i den utstrekning støtten påvirker samhandelen*”. Med andre ord rammer EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 kun støtteordninger som påvirker handelen mellom medlemsstatene, og ikke støttetiltak som kun påvirker den lokale handelen. Dette kriteriet skulle man kanskje tro hadde særlig betydning i forhold til tjenester av almen økonomisk betydning, da statlige tilskudd til slike tjenester i mange tilfeller tilsynelatende ikke har noen grenseoverskridende virkning, slik at det er nærliggende å spørre om støtten er egnet til å påvirke samhandelen. Som det fremgår i det videre kan det imidlertid synes som om tjenester av almen økonomisk betydning ikke nyter like godt av vilkåret om at støtten må påvirke samhandelen som man i utgangspunktet skulle anta.

Det er imidlertid nok at støttemottakeren har potensielle konkurrenter i andre EØS-stater, og at det ikke er nødvendig å påvise at støtten faktisk vrir konkurransen i favør av foretak i medlemsstaten. Det skal altså lite til for at vilkåret anses oppfylt.

I sak C-303/88, *Italia mot Kommisjonen*<sup>82</sup> fastslo EF-domstolen at påvirkning av samhandelen ikke uten videre er utelukket selv om støtten er av relativt beskjedent omfang. Selv om støtten er bagatellmessig, vil samhandelskriteriet likevel kunne være oppfylt dersom støttemottageren opererer i et marked preget av sterk konkurranse mellom de ulike aktørene. I sak C-42/93, *Spania mot Kommisjonen*<sup>83</sup> fant EF-domstolen at samhandelskriteriet var oppfylt da de produkter saken gjaldt var:

“[...] genstand for samhandel mellom medlemsstatene [...]”.

---

<sup>82</sup> Sak C-303/88, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1433.

Denne uttalelsen innebærer trolig at det i prinsippet<sup>84</sup> ikke engang er et krav om at påvirkningen av samhandelen er følbart for at samhandelskriteriet skal være oppfylt.

I *Altmark*-saken<sup>85</sup> måtte EF-domstolen ta stilling til hvorvidt myndighetenes dekning av underskuddet i den lokale kollektivtrafikken hadde en slik karakter at den ikke kunne sies å påvirke samhandelen mellom medlemsstatene. EF-domstolen uttalte at:

“Det bemærkes i denne forbindelse for det første, at det på ingen måde er udelukket, at et offentlig tilskud til en virksomhed, som alene leverer lokale eller regionale transportydelser, og som ikke leverer transportydelser uden for den oprindelige medlemsstat, ikke desto mindre kan have indvirkning på samhandelen mellem medlemsstater.”<sup>86</sup>

Likevel vil en rekke former for lokal tjenesteyting i praksis ikke kunne utsettes for konkurranse fra andre EØS-stater. Der er kun i de tilfeller hvor støtten påvirker samhandelen at det vil være behov for å vurdere om unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 kan komme til anvendelse. EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, siste pkt. oppstiller imidlertid krav om at utviklingen av samhandelen ikke må påvirkes i “et omfang som strider mot avtalepartenes interesser”. Det legges her opp til en proporsjonalitetsvurdering mellom EØS-statenes felles interesse av å oppfylle EØS-avtalen fullt ut, og den angjeldende EØS-stats interesse av å gjennomføre et aktuelt tiltak. Selv om det kan aksepteres noe mer påvirkning av samhandelen etter EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 enn etter EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1, er det grenser for hvor mye påvirkning av samhandelen som kan aksepteres også der det er tale om støtte til tjenester av almen økonomisk betydning.

Vilkåret om at samhandelen ikke må påvirkes i strid med avtalepartenes interesser ble behandlet av EFTA-domstolen i *Husbank*-saken.<sup>87</sup> Finansiering av private boliger har i Norge lenge vært ansett som et viktig, sosialt

---

<sup>83</sup> Sak C-43/93, *Spania mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4175.

<sup>84</sup> Her kan imidlertid bagatellunntaket komme til hjelp.

<sup>85</sup> Sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747.

<sup>86</sup> Premiss 77.

<sup>87</sup> Sak E-4/97, *Den norske bankforening mot ESA* [1998] EFTA Court Report [1998] 38.

anliggende, og Den Norske Stats Husbank har finansiert store deler av boligbyggingen etter 2. verdenskrig.

På begynnelsen av 90-tallet ledet liberaliseringen av kreditt- og rentemarkedet til økt konkurranse mellom Husbanken og private banker om å yte boliglån. Det ble i kjølvannet av denne konkurransen reist spørsmål om Husbankens finansieringsordninger var i strid med EØS-avtalens statsstøtteregler. Den norske Bankforening anla i 1997 søksmål for EFTA-domstolen for å få tilsidesatt et vedtak i EFTAs Overvåkingsorgan om at Husbankordningen ikke var i strid med EØS-avtalens statsstøttereglene i EØS.

EFTA-domstolen drøftet inngående forholdet mellom hovedregelen i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 og unntaket til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning, samt forholdet til bankdirektivene 77/780/EØF og 89/646/EØF. EFTA-domstolen kom frem til at det avgjørende for å avgjøre vedtakets gyldighet var om EFTAs Overvåkingsorgan hadde en tilstrekkelig klar begrunnelse for vurderingen av hvorvidt Husbankens finansieringsordning innvirket på samhandelen "to such an extent as would be contrary to the interests of the Contracting Parties". EFTA-domstolen fant at dette vilkåret ikke var blitt vurdert i den utstrekning som var nødvendig for å treffe avgjørelsen. EFTAs Overvåkingsorgans vedtak om ikke å forfølge Husbankordningen ble dermed tilsidesatt, og ny behandling av saken ble iverksatt. EFTAs Overvåkingsorgan kom etter ny behandling frem til samme konklusjon som sist.<sup>88</sup>

Av EFTA-domstolens konklusjon i *Husbank*-saken kan man trekke den slutning at spørsmålet om hvorvidt støtten påvirker samhandelen i strid med medlemsstatenes felles interesser må vurderes i det enkelte tilfellet. Skjønt det er tale om støttetiltak som er nødvendige for å sikre gjennomføringen av en tjeneste av almen økonomisk betydning, finnes det likevel en øvre, fellesskapsrettslig grense for hvilke påvirkninger av samhandelen som kan aksepteres.

Selv om det fremgår av så vel ordlyden i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 siste pkt. som rettspraksis at det skal foretas en avveining mellom EØS-statenes felles interesse og den angjeldende EØS-stats egen interesse gjennomføre et aktuelt tiltak, finnes det lite veiledning i forhold til hvordan denne avveiningen skal gjennomføres. EFTA-domstolen la i *Husbank*-saken vekt på at det skulle gjennomføres en proporsjonalitetsvurdering, men la ingen føringer på *hvordan* denne vurderingen skulle foretas. Jeg har heller ikke funnet annen relevant rettspraksis i forhold til dette spørsmålet. Enkelte retningslinjer kan man

---

<sup>88</sup> ESA's Annual Report 2000.

kanskje trekke via en analogi fra Kommisjonens og EFTAs Overvåkningsorgans praksis i forhold til reglene om tillatt statsstøtte i EF-traktatens artikkel 87 nr. 3 og EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3.<sup>89</sup> Ved vurderingen av unntak fra forbudet mot statsstøtte etter denne bestemmelsen må Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan<sup>90</sup> foreta en skjønnsmessig vurdering. Kommisjonen har i sin praksis generelt vektlagt om støtten er av almen interesse for medlemsstaten, og om støtten er nødvendig for å skape en positiv utvikling for vedkommende stat. Videre har Kommisjonen vurdert hvorvidt støtten har en form og et omfang som ikke har større skadevirkninger for andre medlemsstater enn det som kan forsvares i lys av de positive virkningene, og at støtten er i tråd med de grunnleggende rettsprinsippene i EØS-avtalen<sup>91</sup>. Kommisjonen har også tatt i betraktning om støtten er nødvendig fordi markedskreftene ikke gir nødvendig insitament til virksomheten.

Det er etter dette heller ikke utelukket at selv støtte til helt lokale aktiviteter kan påvirke samhandelen. Imidlertid må enkelte former for lokal virksomhet anses for å være av en slik art at støttetiltak til fordel for disse som utgangspunkt ikke kan påvirke samhandelen. For eksempel kan man vanskelig tenke seg at tiltak til fordel for driften av en lokal, ubemannet turisthytte kan påvirke samhandelen.<sup>92</sup>

I henhold til Kommisjonens praksis skal det imidlertid lite til før også en lokal virksomhet må anses å påvirke handelen innenfor et større område. I saken om *Marina de Stabia*,<sup>93</sup> som gjaldt støtte til en marina i Sør-Italia fant Kommisjonen at marinaen kunne tiltrekke seg en etterspørsel helt opp til den

---

<sup>89</sup> Ordlyden i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 3:

Som forenlig med denne avtales funksjon kan anses:

- a) støtte som har til formål å fremme den økonomiske utvikling i områder der levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse,
- b) støtte som har til formål å sikre at et viktig prosjekt av felles europeisk betydning kan realiseres, eller å bøte på en alvorlig forstyrrelse av økonomien i en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat,
- c) 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,
- d) andre former for støtte angitt av EØS-komiteen i samsvar med del VII.

<sup>90</sup> EFTAs Overvåkningsorgans retningslinjer fastsetter nærmere hvordan Overvåkningsorganet skal utøve sin skjønnsfrihet.

<sup>91</sup> For eksempel kan EFTAs Overvåkningsorgan og Kommisjonen vurdere hvorvidt støtten er i overensstemmelse med ikke-diskrimineringsprinsippet.

<sup>92</sup> Annerledes vil det kunne stilles dersom det dreier seg om støtte til en bemannet turisthytte.

<sup>93</sup> Sak N-582/99, Kommisjonens XXIX beretning om konkurrencepolitikken 1999 s. 93, avsnitt 242.

sydfranske kyst. Selv om denne etterspørselen trolig ville ha et meget beskjedent omfang, fant Kommissjonen at samhandelskriteriet måtte anses oppfylt. Når foretak som driver sin virksomhet rent lokal i ganske mange tilfeller anses for å kunne påvirke samhandelen, må man kunne slutte at det skal svært lite til før samhandelskriteriet il være oppfylt i forhold til foretak som driver innenfor et område større omfang, som for eksempel et fylke.

Ut i fra dette kan man trekke den konklusjon at der det kan stadfestes, for eksempel ved hjelp av anbudsrunder, at ingen foretak fra andre EØS-stater ønsker å tilby sine varer eller tjenester innenfor det aktuelle området, vil støtten til det foretaket som faktisk tilbyr sine tjenester der ikke rammes av EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. Det forutsetter imidlertid at det heller ikke er trolig at borgere fra andre EØS-stater vil etterspørre varene eller tjenestene, jf. saken om *Marina de Stabia*. I *Freizeitbad Dorsten*-saken,<sup>94</sup> som gjaldt kommunal støtte til en lokal et lokalt svømmeanlegg, fant Kommissjonen at samhandelskriteriet ikke var oppfylt da virksomheten ble drevet innenfor at svært begrensede område. Resultatet kan dog bli annerledes dersom svømmeanlegget er attraktivt for personer fra andre EØS-stater. Man kan for eksempel tenke seg at ligger så nærme svømmeanlegg i andre EØS-stater at det kan tenkes at kundene ville reise over grensen dersom de ikke er fornøyde med det lokale badeanleggets tilbud.

Samhandelskriteriet vil være oppfylt også dersom støttemottakeren konkurrerer med tilbydere fra andre EØS-stater. Et eksempel kan illustrere. Hvis man tenker seg at en norsk kommune etablerer et foretak som skal behandle fysisk handikappede vil samhandelskriteriet anses oppfylt for eksempel der de samme tjenestene tilbys i Norge av et foretak som er etablert i Sverige. Det er med andre ord intet krav at foretaket fra at annet land i EØS faktisk driver virksomhet i Norge. Det er tilstrekkelig at det svenske foretaket reelt eller potensielt kan tilby tjenestene sine der. Utenlandske foretak som driver virksomhet i Norge må i utgangspunktet betraktes som tilbydere av sine tjenester over hele landet. Unntak kan tenkes der helt konkrete omstendigheter viser at foretakene ikke ønsker eller ikke er i stand til å tilby sine tjenester innen enkelte geografiske områder. Hvis vi bruker eksempelet overfor kan vi tenke oss at det svenske foretaket som er etablert i Norge kun ønsker eller kun er i stand til å tilby sine tjenester i østlandsområdet. Da kan det at et norsk foretak driver samme virksomhet, men som kun tilbyr sine tjenester i Honningsvåg, neppe sies å være egnet til å påvirke samhandelen.

---

<sup>94</sup> Avgjørelse 258/00,  
[http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n258-00.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n258-00.pdf)



Domstolen fremholdt at medlemsstaten ved å yte støtte til en transportvirksomhet styrker dennes stilling på transportmarkedet, og med det gjøre det vanskeligere for virksomheter fra andre medlemsstater å levere transporttjenester på dette markedet.<sup>95</sup> Når stadig flere medlemsstater har åpnet sine transportmarkeder for konkurranse fra virksomheter fra andre medlemsstater, og det allerede er enkelte virksomheter som tilbyr transporttjenester i byer og regioner i andre medlemsstater enn sin hjemstat, er det en reell mulighet for at støtten vil kunne påvirke samhandelen.

Dette er imidlertid gammelt nytt, og fremgår også av EF-domstolens tidligere praksis om EF-traktatens artikkel 87 nr. 1, at det skal svært lite til før samhandelskriteriet anses oppfylt. I sak C-730/79, Philip Morris, uttalte EF-domstolen:

“Når en finansiell støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for fællesskabet, må det antages, at denne støtten påvirker samhandelen”.

En slik tolkning ligger til grunn også for EF-domstolens senere avgjørelse i sak C-126/01, GEMO, uttalte EF-domstolen at:

“[...] den omstændighed, at destruktionsomkostningerne i Frankrig hverken afholdes af kvægavlerne eller slagterierne, [vil] nødvendigvis have en positiv indvirkning på kødpriserne, hvorfor dette produkt bliver mere konkurrencedygtigt på medlemsstaternes markeder, hvor disse omkostninger normalt belaster de konkurrerende erhvervsvirksomheders budgetter”.

EF-domstolen oppstilte her en presumsjon for at samhandelskriteriet er oppfylt dersom støtten gir støttemottageren en konkurransefordel overfor tilsvarende virksomheter i andre medlemsstater, forutsatt at virksomheten enten driver grenseoverskridende handel, eller er i konkurranse med virksomheter fra andre medlemsstater. Det kreves ikke faktisk konkurranse – det er tilstrekkelig at det potensielt foreligger en konkurransesituasjon.

Man kan på grunnlag av Kommisjonens praksis slutte at samhandelskriteriet ofte vil være oppfylt selv om et foretak operer innenfor et lokalt, geografisk

---

<sup>95</sup> En slik forståelse synes å være lagt til grunn også i sak C-102/87, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 4067, premiss 19, og sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1603, premiss 26.

område. Det er først og fremst tilfeller der virksomheten er avhengig av lokale produksjonsanlegg, og hvor det er usannsynlig at borgere bosatt i andre EØS-stater vil etterspørre tjenesten i Norge, at tjenester som kan tilbys uavhengig av en lokal infrastruktur stort sett omfattes av statsstøttereglene. Begrunnelsen er åpenbart at slike tjenester stort sett kan tilbys av tilbydere fra andre EØS-stater. Man kan vanskelig tenke seg at utenlandske aktører ønsker å etablere seg med et nytt jernbanetilbud i Norge i form av nye banestrekninger, mens det er lett å se for seg at foretak fra andre EØS-stater kan ønske å tilby sine helsetjenester her.

I tråd med sin avvisende holdning i forhold til unntak der støtten har minimal påvirkning av konkurransen, har EF-domstolen avvist å innfortolke et de bagatellunntak i samhandelskriteriet. I *Tubemeuse*-saken<sup>96</sup> uttalte EF-domstolen at:

“Ifølge domme af 17. september 1980, Philip Morris (730/79, Sml. s. 2671), og af 11. november 1987, Frankrig mod Kommissionen (259/85, Sml. s. 4393), udelukker den omstændighed, at en støtte er forholdsvis ubetydelig, eller den støttemodtagende virksomhed er af beskeden størrelse, ikke på forhånd, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan være påvirket”.<sup>97</sup>

Selv om foretakets virksomhet kun medfører en ubetydelig påvirkning av samhandelen, vil støtten likevel omfattes av EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1.

Man kan stille spørsmål om samhandelskriteriet kan anses oppfylt dersom det kun er en hypotetisk mulighet for at støtten kan påvirke samhandelen. I sak T-447/93, *AITEC*<sup>98</sup> uttalte Førsteinstansretten at selv om det er klart at støttetiltaket ikke påvirker samhandelen per i dag, må det likevel undersøkes om støtten vil kunne påvirke samhandelen i fremtiden. Det er med andre ord mulig at samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 må anses oppfylt selv der det kun er en teoretisk mulighet for at samhandelen mellom medlemsstatene kan bli påvirket. Man kan imidlertid stille spørsmål om hvor fjerntliggende muligheten for påvirkning av samhandelen må være før man kan utelukke at samhandelskriteriet er oppfylt.

---

<sup>96</sup> Sak C-142/87, *Belgia mot Kommisjonen* Sml. 1990 s. I-959, premiss 43.

<sup>97</sup> Premiss 43.

<sup>98</sup> Forente saker T-447–449/93, *AITEC m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-1971, premiss 139-141.

## 3 Støtte eller kompensasjon

### 3.1 Bakgrunn og problemstilling

Spørsmålet om hvorvidt statlige overføringer til foretak som er pålagt å utføre tjenester av almen økonomisk betydning skal anses som statsstøtte når overføringene kun dekker merutgiftene med en pålagt tjeneste har lenge vært omstridt. Som jeg kommer tilbake til i punkt 3.2.3 har enkelte hevdet at EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 ikke kommer til anvendelse dersom kompensasjonen må anses som statsstøtte fordi den overstiger det som er nødvendig for å gjennomføre tjenesten. Begrunnelsen for dette synspunktet har vært at EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 kun gir hjemmel for unntak fra statsstøttereglene i den utstrekning det er *nødvendig* for å gjennomføre en tjeneste av almen økonomisk betydning. Men i så fall kan man også se det offentlige tilskuddet under synspunktet kompensasjon av merutgifter – det vil si som et tilfelle av betaling for en tjeneste, og dermed ikke som statsstøtte i det hele tatt.

Det har vært delte meninger om hvorvidt tiltak som omfattes av EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 skal betraktes som statsstøtte eller ikke. Noen har hevdet at støtte til tiltak av almen økonomisk betydning hjemlet i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 ikke er statsstøtte, og således faller utenfor statsstøttereglene. Andre har ment at støtte til tjenester av almen økonomisk betydning i prinsippet er statsstøtte, men at denne statsstøtten likevel er lovlig dersom vilkårene i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 er oppfylt. Den siste synsmåten innebærer at vet 59 nr. 2 betraktes som et unntak fra statsstøttereglene, på linje med EØS-avtalens artikkel 61 nr. 2 og 3.

Hvilken innfallsvinkel som velges er ikke bare av teoretisk interesse, men har stor betydning i forhold til anmeldelses- og stillstandsplikten. Dersom man sier at tiltak til fordel for tjenester av almen økonomisk interesse etter EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 ikke er statsstøtte, betyr det at tiltaket ikke behøver å anmeldes til EFTAs Overvåkningsorgan. Det er følgelig heller ikke nødvendig å avvende Overvåkningsorganets vedtak før støtten iverksettes. Innfallsvinkelens forkjempere har hevdet at dette er et viktig poeng – behovet for tiltak til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning kan ofte være så presserende at det ville virke urimelig å avvende Overvåkningsorganets vedtak.

Utviklingen mellom de to ulike synsmåtene kan best beskrives ved hjelp av eksempler fra EF og EU-organenes praksis.

## 3.2 De ulike tilnæringsmåtene til støtte til tjenester av almen økonomisk betydning

### 3.2.1 Innledning

Gjennom tidene har det vært ulike teorier om hvilken plass unntaksbestemmelsen til fordel for tjenester av almen økonomisk betydning har i forhold til de øvrige fellesskapsreglene. Denne debatten har i liten grad vært synlig i EFTA-domstolens praksis, da denne domstolen har langt kortere fartstid enn EF-domstolen. I tillegg til EF-domstolen i egentlig forstand, har de ulike generaladvokatene, så vel som Kommisjonen, hatt god mulighet til å fremme sine synspunkter på hvordan unntaket bør betraktes. Jeg vil i det følgende redegjøre kort for de viktigste synsmåtene som har vært fremmet, før jeg går over på rettssituasjonen etter *Altmark*-saken.<sup>99</sup>

### 3.2.2 Statsstøtteteorien

Statsstøtteteorien ble utviklet av Førsteinstansretten i *FFSA*-<sup>100</sup> og *SIC*-saken.<sup>101</sup> Den går ut på at statlige overføringer til virksomheter som er pålagt tjenester av almen økonomisk betydning utgjør statsstøtte i artikkel 61 nr. 1, men at denne statsstøtten likevel er tillatt dersom vilkårene i artikkel 59 nr. 2 er oppfylt. Som et argument for denne teorien ble det anført at "støtte" ikke defineres ut i fra statens *hensikt* med en ytelse, men snarere ut i fra ytelsens *virksomheter*. Selv om staten iverksetter et tiltak med den hensikt å få utført tjenester av almen økonomisk betydning, er det ikke gitt at tiltaket virker i tråd med statens intensjon. Følgelig måtte statlige bidrag til utførelsen av viktige tjenester objektivt sett betraktes som støtte i fellesskapsrettslig forstand.

På den annen side har støtteteorien lite grunnlag i ordlyden i EF-traktatens artikkel 87 nr.1, og i EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. Som tidligere nevnt under pkt. 2.4 foreligger det støtte kun i de tilfeller hvor mottageren får en økonomisk fordel. Dersom det kun er tale om ulike former for betaling til tjenesteytere som leverer tjenester av almen økonomisk betydning, er det lite forenlig med dette fordelskriteriet. I tillegg er det som omtalt i pkt. 2.6 et krav at denne støtten vrir eller truer med å vri konkurransen. Dersom mottakeren

---

<sup>99</sup> Sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747.

<sup>100</sup> Sak C-174/94 P, *FFSA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-1303.

<sup>101</sup> Sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2125.

av en ytelse fra det offentlige ikke gis fordel, kan man vanskelig si at dette konkurransevridningsvilkåret er oppfylt.

Forkjemperne for statsstøtteteorien hadde imidlertid en løsning på dette tilsynelatende uoverkommelige hinderet. De tok til orde for at man ikke skulle vurdere støtten likt på giveren og mottakerens hånd. Statens og tjenesteyterens ytelser måtte beregnes separat. Selv om det ikke forelå noen "nettofordel" på mottakerens hånd, måtte "bruttoytelsen" fra staten betraktes som statsstøtte i fellesskapsrettslig forstand.<sup>102</sup> Denne oppkonstruerte løsningen fikk lite gehør, og det er ikke vanskelig se hvorfor. Den ville jo innebære at vurderingen av "økonomisk fordel" bli forskjellig ut i fra om det dreide seg om støtte til tjenester av almen økonomisk betydning eller støtte til andre formål.

Det siste, og det kanskje mest avgjørende, argumentet mot statsstøtteteorien er at den ville føre til at nær sagt alle tiltak til fordel for tjenester av almen økonomisk interesse ble rammet av notifiseringsreglene og stillstandsplikten. Når det gjelder tjenester av almen økonomisk betydning vil det ofte være vanskelig, eller rett ut sagt umulig, å avvente EFTAs overvåkningsorgans eller Kommisjonens godkjenning før et tiltak kan iverksettes. Et eksempel kan illustrere. Dersom renovasjonstjenestene i Norge av en eller annen grunn brøt sammen, og de tiltak som måtte iverksettes for å få renovasjonstjenestene i gang igjen krevde en eller annen form for økonomisk overføring til leverandøren av renovasjonstjenester ville svært få nordmenn ha særlig forståelse for at staten måtte avvente EFTAs Overvåkningsorgans vedtak før den kunne iverksette tiltak

### 3.2.3 Kompensasjonsteorien

Kompensasjonsteorien går ut på at det ikke foreligger statsstøtte i fellesskapsrettslig forstand dersom offentlige tiltak overfor en virksomhet kun er en godtgjørelse for virksomhetens levering av tjenester av almen økonomisk betydning. Denne kompensasjonstanken var ledende i Kommisjonen i tiden forut for Førsteinstansretten dom i *FFSA*-saken.

EF-domstolens avgjørelse i *Ferring*-saken<sup>103</sup> synes å bygge på kompensasjonsteorien. EF-domstolen uttalte der at statlig kompensasjon som ikke overstiger det som er nødvendig for at en virksomhet skal kunne oppfylle sin offentlige tjenesteforpliktelse, ikke kan anses som statsstøtte. Domstolen

---

<sup>102</sup> Se for eksempel Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, premiss 79 flg.

<sup>103</sup> Sak C-53/00, *Ferring mot Kommisjonen*, Sml. 2001 s. I-2533.

påpekte imidlertid at kompensasjon som oversteg det nødvendige måtte betraktes som statsstøtte i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1' forstand.

Kompensasjonsteoriens problem er, ironisk nok, det samme som statsstøtteteoriens – nemlig at unntaksbestemmelsen blir dels overflødig. Hvis kompensasjon for tjenester av almen økonomisk betydning ikke utgjør statsstøtte i forhold til artikkel 61 nr. 1, kommer ikke unntaket i artikkel 59 nr. 2 til anvendelse. Artikkel 59 nr. 2 kommer heller ikke til anvendelse dersom kompensasjonen må anses som statsstøtte fordi den overstiger det som er nødvendig for å gjennomføre tjenesten, da artikkel 59 nr. 2 kun gir hjemmel for unntak fra statsstøttereglene i den utstrekning det er *nødvendig* for å gjennomføre en tjeneste av almen økonomisk betydning. I sitt forslag til avgjørelse i *Altmark-saken*<sup>104</sup> uttalte generaladvokat Léger at kompensasjonsteorien ville medføre at støtte til fordel for tjenester av almen økonomisk interesse ble unndratt Kommisjonens kontroll. Légers hovedargument var at dersom støtte til tjenester av almen økonomisk interesse ikke skulle anses som statsstøtte, ville medlemsstatene ikke ha plikt til å melde slike tiltak til Kommisjonen. Léger påpekte videre at kompensasjonsteorien var i strid med EF-traktatens artikkel 73 om støtte til transportvirksomhet.

I henhold til EF-traktatens artikkel 73, som tilsvare EØS-avtalens artikkel 49, skal:

“Støtte som motsvarer behovet for en samordning av transportvirksomheten eller utgjør godtgjøring for visse forpliktelser som har sammenheng med begrepet offentlig tjeneste, være forenlig med denne traktat.”

Det er antatt at bestemmelsen i en viss utstrekning åpner for at nasjonale myndigheter kan yte støtte til veitransport, jernbane og fergetrafikk, der det er nødvendig av hensyn til samordningen av transportsystemet. Bestemmelsen kan derfor betraktes som en særregel som tilsvare EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 på transportområdet. Léger hevdet at når bestemmelsen om transportvirksomhet etter sin ordlyd gjelder “støtte” til transportvirksomhet, hadde man ved utformingen av EF-traktaten i prinsippet betraktet ytelse til finansiering av offentlige tjenester som statsstøtte.

---

<sup>104</sup> Sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747.

### 3.2.4 Quid pro quo-teorien

Generaladvokat Jacobs mente at det var åpenbart at verken støtte- eller kompensasjonsteorien var egnet i alle tilfeller, og foreslo at man i stedet skulle legge til grunn et *quid pro quo*-prinsipp.<sup>105</sup> Ideen gikk i hovedtrekk ut på at statsstøtteteorien skulle benyttes i de tilfeller hvor det ikke var noen klar forbindelse mellom en virksomhets tjenesteforpliktelse og den støtte virksomheten mottar fra det offentlige. Statsstøtteteorien skulle også komme til anvendelse også i tilfeller hvor virksomhetens tjenesteforpliktelse ikke var klart definert.

På den annen side skulle kompensasjonsteorien benyttes der det var en åpenbar forbindelse mellom en virksomhets tjenesteforpliktelse og de tiltak en medlemsstat hadde iverksatt til fordel for virksomheten. En forutsetning for å anvende kompensasjonsteorien var at virksomhetens forpliktelse var entydig definert, enten gjennom en anbudsrunde eller en annen åpen og oversiktlig måte.

Jacobs forslag ble imidlertid utsatt for kritikk. I sitt forslag til avgjørelse i Altmark-saken<sup>106</sup> uttalte generaladvokat Léger at *quid pro quo*-metoden var i strid med EF-domstolens praksis i statsstøttesaker fordi metoden innebærer at støttens virkninger ikke er avgjørende i forhold til støttebegrepet. Etter *quid pro quo*-metoden beror vurderingen av om det foreligger støtte eller ikke på hvorvidt en virksomhet er tillagt en plikt til å levere en tjeneste av almen økonomisk interesse. Léger fastslo at *quid pro quo* metoden innebærer at selv om to offentlige tiltak har lik effekt på konkurransen, er det ikke gitt at begge omfattes av støttebegrepet.

### 3.2.5 Altmarkprinsippene

Dommen i *Altmark*-saken falt 24. juli 2004. Bakgrunnen for saken var at det tyske busselskapet Altmark Trans ble tildelt konsesjon og økonomisk støtte for å drive rutebiltrafikk i Landkreis Stendal i Tyskland. Nahverkehrsgesellschaft, som også hadde søkt om denne konsesjon, hevdet at tyske myndigheter ved å tildele Altmark konsesjon så vel som økonomiske støtte til oppfyllelse av konsesjonsforpliktelsene hadde handlet i strid med fellesskapsretten. Nahverkehrsgesellschaft klaget derfor vedtaket inn for tyske domstoler.

---

<sup>105</sup> Generaladvokat Jacobs utviklet denne metoden, og framla den i sitt forslag til avgjørelse i sak C-126/01, *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769.

<sup>106</sup> Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747, premiss 84.

Saken omhandlet EF-traktatens artikkel 73, og kompensasjon for rutebiltransport i byer, forsteder og regioner. Selv om saken først og fremst gjaldt unntaket for transportsektoren, oppstiller dommen enkelte klare prinsipper for alle tjenester av almen økonomisk betydning.

EF-domstolen slo først og fremst fast at godtgjørelse som bare kompenserer for en tjeneste av almen økonomisk betydning, ikke er å anse som statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikkel 87 nr. 1, da støttemottager ikke gis noen økonomisk fordel i forhold til andre foretak.<sup>107</sup> EF-domstolen gikk ikke nærmere inn på de ulike teorien som generaladvokat Léger fremstilte i sitt forslag til avgjørelse.

EF-domstolen oppstilte fire vilkår som alle måtte være oppfylt for at medlemsstatenes tiltak overfor et foretak som er pålagt en offentlig tjenesteforpliktelse ikke skal anses som statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikkel 87 nr.1.

For det første må foretaket:

“faktisk være pålagt at opfylde forpliktelse til offentlig tjeneste, og disse forpliktelse skal være klart definert. I hovedsagen bør den forelæggende ret derfor undersøge, om de forpliktelse til offentlig tjeneste, som er pålagt Altmark Trans, klart fremgår af den nationale lovgivning og/eller af de i hovedsagen omhandlede tilladelser.”<sup>108</sup>

For det andre må:

“de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen, være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsiktig måde for at undgå, at kompensationen indebærer en økonomisk fordel, der kan begunstige den pågældende virksomhed i forhold til de konkurrerende virksomheder.”<sup>109</sup>

Dette Altmark-vilkåret må betraktes som en innstramming av den tidligere rettstilstand, i og med at kriteriene for beregningen av kompensasjonen må

---

<sup>107</sup> EF-domstolen uttalte i premiss 87 at: “for så vidt som en statslig foranstaltning må betragtes som en kompensation, der er et vederlag for de af de begunstigede virksomheder leverede ydelser til opfyldelse af forpliktelse til offentlig tjeneste, således at disse virksomheder reelt ikke har en økonomisk fordel, og denne foranstaltning således ikke har den virkning at sætte disse virksomheder i en konkurrencemæssigt fordelagtig position i forhold til de virksomheder, der konkurrerer med dem, falder en sådan støtte ikke ind under traktatens artikel 92, stk. 1 [nå artikkel 87 nr. 1].”

<sup>108</sup> Premiss 89.

<sup>109</sup> Premissene 90.



være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomiktig måte.<sup>110</sup> Det innebærer at det tjenesteytende foretak må sørge for å identifisere og budsjettere alle de kostnader de ønsker kompensasjon for, før de faktisk påtar seg oppgaven. Ved å oppstille et slikt vilkår synes det som om EF-domstolen går bort fra sin tidligere praksis, hvor Domstolen i stor utstrekning har akseptert justeringer av kompensasjonen i etterkant. I *Ferring*-saken var det ingen klar sammenheng mellom den skattefordelen virksomheten ble gitt og de utgiftene virksomheten hadde budsjettert til oppfyllelse av tjenesteforpliktelsen. EF-domstolen fant det imidlertid tilstrekkelig at skattelettelsene til fordel for *Ferring* ikke oversteg *Ferrings* faktiske utgifter ved å levere tjenesten. Det synes etter *Altmark* usikkert om dette ville være tilstrekkelig i dag.

For det tredje uttalte EF-domstolen at kompensasjonen ikke må overstige:

“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. Overholdelsen af denne betingelse er ufravigelig med henblik på at sikre, at den begunstigede virksomhed ikke opnår en fordel, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at styrke virksomhedens konkurrencemæssige stilling.”<sup>111</sup>

Dette tredje vilkåret, om at kompensasjonen ikke må overstige virksomhetens utgifter til å oppfyllelse av de forpliktelser den er pålagt, er kjent fra EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. I *Altmark*-saken presiserte EF-domstolen at dette vilkåret innebærer at det ved beregningen av kompensasjonen må gjøres fradrag for eventuelle inntekter virksomheten har ved å utføre tjenesten. På den annens side må det også være rom for at kompensasjonen også dekker en rimelig fortjeneste for virksomheten.

Den fjerde betingelsen EF-domstolen oppstilte var at dersom:

---

<sup>110</sup> I premiss 91 uttaler EF-domstolen at: “Følgelig udgør en medlemsstats kompensation af de af en virksomhed lidte tab i den situation, hvor det efterfølgende viser sig, at en virksomhed med udførelse af visse tjenesteydelser i forbindelse med opfyldelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste ikke er økonomisk levedygtig, uden at kriterierne for en sådan kompensation er fastlagt på forhånd, en økonomisk foranstaltning, som henhører under begrebet statsstøtte i traktatens artikel 92, stk. 1's [nå artikkel 87 nr. 1] forstand.”

<sup>111</sup> Premiss 92.

“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, som giver mulighed for at udvælge den ansøger, der kan levere de pågældende ydelser til de laveste omkostninger for samfundet, skal størrelsen af den nødvendige kompensasjon for det fjerde fastlægges på grundlag af en analyse af de omkostninger, som en gennemsnitsvirksomhed, der er veldrevet og tilstrækkelig utstyret med transportmidler til at kunne opfylde de stillede krav til den offentlige tjeneste, ville have ved at opfylde forpligtelserne, idet der skal tages hensyn til de hermed forbundne inntægter og til en rimelig fortjeneste ved opfyldelsen af forpligtelserne.”<sup>112</sup>

Også det fjerde vilkåret må betraktes som nytt. Ut i fra tidligere praksis kan man vanskelig lese noe vilkår om at kompensasjonens størrelse må bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene som et gjennomsnittlig foretak vil ha, under hensyn til foretakets inntekter og til en rimelig fortjeneste ved oppfyllelsen forpliktelsene.

Konklusjonen etter Altmark-saken må kompensasjonens størrelse bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse omkostningene som et gjennossnittlig, velutstyrt og veldrevet foretak vil ha. I denne sammenhengen må det tas hensyn til de inntekter og en timelig fortjeneste ved oppfyllelse av forpliktelsene.

### **3.3 Kompensasjon som ikke er støtte**

#### **3.3.1 Innledning**

Som nevnt tidligere har enkelte tjenester så stor betydning for medlemsstatenes økonomi og for produksjonen av andre varer og tjenester. Fordi kvaliteten på disse tjenestene utgjør en viktig faktor for konkurranse og utjevning, særlig i forhold til vanskeligstilte områders mulighet til å tiltrekke seg investeringer, oppstiller EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 en generell unntaksregel for foretak som er blitt “tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning” eller har karakter av et fiskalt monopol.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Premiss 93.

EF-domstolen avsa 24. juli 2003 dom i den sak 280/00 *Altmark*. Saken gjaldt som nevnt kompensasjon for rutetransport i byer, forsteder og regioner. EF-domstolen slo der fast at godtgjørelse som bare kompenserer for en tjeneste av allmenn økonomisk betydning ikke er å anse som statsstøtte etter artikkel 87 i EF-traktaten tilsvarende artikkel 61 i EØS-avtalen. EF-domstolens hovedsynspunkt var at dersom visse vilkår er oppfylt får ikke støttemottaker noen økonomisk fordel i forhold til andre foretak. EF-domstolen oppstilte fire vilkår for at kompensasjon til foretak som utfører tjenester av almen økonomisk betydning ikke skal anses som støtte.

For det første må foretaket være *pålagt en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, og disse forpliktelsene må være klart definert*. For det annet må *kriteriene for beregningen av kompensasjonen være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomsiktig måte*. For det tredje *må kompensasjonen ikke overstige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene*. Her må det dog tas hensyn til eventuelle inntekter ved tjenesten, samt en rimelig fortjeneste. For det fjerde *må kompensasjonens størrelse bestemmes enten etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene som et gjennomsnittlig foretak vil ha*. Også her må det tas hensyn til eventuelle inntekter ved tjenesten og til en rimelig fortjeneste ved oppfyllelsen forpliktelsene. Det er bare når disse vilkårene er oppfylt at en kan gå ut fra at et foretak ikke får noen økonomisk fordel som vil kunne utgjøre statsstøtte i EF-traktatens og EØS-avtalens forstand.

Det følger av EF-domstolens praksis at unntaksbestemmelsen må tolkes restriktivt og at de virksomheter som påberoper seg dette unntaket selv vil ha bevisbyrden for at foretaket oppfyller vilkårene for å falle innenfor unntakets virkeområde.

I *Altmark*-saken legger EF-domstolen klare føringer på i hvilken utstrekning virksomheter som leverer tjenester til det offentlige av allmenn økonomisk interesse, omfattes av traktatens statsstøtteregler. Dommen søker også å presisere det nærmere innholdet i det til dels innfløkte statsstøtteregelverket.

### **3.3.2 Vilkåret om at tjenestene er av allmenn økonomisk betydning, og forpliktelsene må være klart definert**

Som nevnt innledningsvis under pkt. 1.2 er det et vilkår for at EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 skal komme til anvendelse at foretaket er tillagt oppgaven med å utføre en tjeneste av almen økonomisk betydning. Som påpekt er det sentrale i dette vilkåret at foretaket er pålagt en forpliktelse gjennom en offentlig rettsakt. Dette kriteriet ble presisert i det første vilkåret i *Altmark*-

dommen. At det aktuelle foretaket må være *tillagt* å utføre en tjeneste av almen økonomisk betydning innebærer at foretaket må være pålagt oppgaven gjennom en offisiell rettsakt, som lov, forskrift, offentlig vedtak eller avtale. Det framgår ikke klart av ordlyden i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 at avtale er et tilstrekkelig grunnlag for å fastslå at et foretak er tillagt en forpliktelse av almen økonomisk interesse. Det må imidlertid understrekes at ordlyden “tillagt” ikke utelukker en slik tolkning. EF-domstolens uttalte i Altmark-saken at den foreleggende rett måtte undersøke hvorvidt Altmark Trans forpliktelser til å yte offentlig transport fremgikk klart av den nasjonale lovgivning eller av de tillatelser foretaket hadde fått av det offentlige. I og med at også tillatelsene ble nevnt som et mulig grunnlag for Altmark-Trans forpliktelser ovenfor det offentlige synes det nå fastslått at også avtale kan tjene som grunnlag for å konkludere med at et foretak er tillagt en forpliktelse.

Foretakets forpliktelse til å utføre en tjeneste av allmenn økonomisk betydning, som for eksempel posttjeneste, renovasjonstjeneste eller offentlig transporttjeneste, må være klart definert. Dette vilkåret kan ikke uten videre leses ut av ordlyden i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, men fremgikk klart av EF-domstolens første betingelse i Altmark-saken. Det fremgår imidlertid ikke av EF-domstolens uttalelser hvor strengt definert forpliktelsen må være. Dette er et av de spørsmål som fremdeles står ubesvart. Man må dog anta at forpliktelsenes innhold etter Altmark-saken må klarlegges i langt større grad i dag enn det som var tilfellet etter rettstilstanden før Altmark. I dag må man trolig kreve at det må være klare retningslinjer om tilgang, levering, distribusjon, kvalitet, pris og effektivitet i den offentlige rettsakt som pålegger et foretak å yte tjenester av almen økonomisk betydning.

### **3.3.3 Vilkåret om at beregningen av kompensasjonen må være fastlagt på forhånd på en objektiv og gjennomsiiktig måte**

Dette andre vilkåret innebærer at kriteriene for kompensasjon må være fastlagt på forhånd – altså før et foretaket oppfyller en tillagt tjeneste av almen økonomisk betydning. Dersom kriteriene ikke er fastsatt på forhånd vil en etterfølgende kompensasjon – for eksempel der det viser seg at levering av en tjeneste av almen økonomisk går med økonomisk tap – må kompensasjonen betraktes som statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 og EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1. Bakgrunnen for dette vilkåret er trolig å skape en viss forutberegnelighet for hvilke utgifter staten pådrar seg ved den enkelte tjeneste av almen økonomisk betydning. Videre ville det være svært vanskelig

for Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) å undersøke om kompensasjonen ikke overstiger utgiftene ved oppfyllelsen av en forpliktelse til å yte tjenester av almen økonomisk interesse.

### **3.3.4 Kompensasjonen må ikke overstige utgiftene til oppfyllelsen av forpliktelsene**

Det tredje Altmark-vilkåret er at kompensasjonen ikke må overstige det som er nødvendig for – helt eller delvis - å dekke de utgifter som oppstår ved forpliktelsen til å yte en tjeneste av almen økonomisk interesse. Det må imidlertid tas hensyn til at det foretak som er tillagt en tjeneste av almen økonomisk betydning må kunne kreve en viss fortjeneste for å oppfylle sine forpliktelser. På den annen side må eventuelle inntekter foretaket har ved å yte en tjeneste av almen økonomisk betydning trekkes fra.

### **3.3.5 Kompensasjonens størrelse bestemmes ved offentlig anskaffelsesprosedyre eller analyse av omkostningene**

Det fjerde Altmark-vilkåret er at dersom størrelsen på den nødvendige kompensasjonen som skal ytes til et foretak som er tillagt en tjeneste av almen økonomisk betydning skal avgjøres ved hjelp av en offentlig anskaffelsesprosedyre. Dersom det ikke er mulig å gjennomføres offentlig anskaffelsesprosedyre skal kompensasjonen fastsettes på grunnlag av en analyse av de faktiske omkostninger et gjennomsnittsforetak vil ha ved å oppfylle forpliktelsen til å yte en tjeneste av almen økonomisk. Med et “gjennomsnittsforetak” menes et foretak som er veldrevet og har tilstrekkelig utstyr til å oppfylle den aktuelle forpliktelse. Dersom foretaket vil ha inntekter ved å oppfylle forpliktelsen skal disse trekkes fra. Det skal også beregnes en rimelig profitt til det foretak som påtar seg å oppfylle forpliktelsen.

Kravene til kompensasjonens størrelse må sees i sammenheng med EF-domstolens uttalelser i Altmark-saken om at det offentlige skal tillegge en tjeneste av almen økonomisk betydning til det foretak som kan gjennomføre forpliktelsen med lavest mulig kostnader for samfunnet. EF-domstolens mening syn er at dette målet først og fremst oppnås innenfor rammene for prosedyren for tildeling av offentlige kontrakter.

Der det finnes en markedspris for det aktuelle godet byr verdsettingen ikke på noen problemer, for eksempel ved kjøp av aksjer i et børsnotert foretak. Der en markedspris for ytelsen ikke umiddelbart lar seg fastslå, har Kommisjonen i den nylig framlagt “Community framework for state aid in the form of public service compensation” (DG D(2004)) stilt krav til fremgangsmåten for

fastsettelsen av størrelsen på det offentliges ytelse. Det kan her skilles mellom to fremgangsmåter: Den markedsbaserte og den kostnadsbaserte.

Har ikke ytelsen en faktisk referansepris, må verdien fastsettes på en formålstjenlig måte. Det klare referansepunkt er den reelle markedsprisen eller en hypotetisk “objektivt fastsatt” markedspris. I fastsettelsen av markedsprisen kan en benytte seg av markedsmekanismen selv, eller gjøre prognoser om hvilken verdi det aktuelle godet ville ha hatt på markedet. Et eksempel på det første er at man benytter seg av åpne budrunder, slik man gjør i forbindelse med salg av fast eiendom. Prognoser om hva markedspriser er, anerkjennes dersom de er foretatt av uavhengige eksperter.

I Kommisjonens XXIX Beretning om Konkurrencepolitikken 1999 ga Kommisjonen uttrykk for at den foretrekker at markedsprisen fastlegges på bakgrunn av en anbudsrunde. Om forholdet mellom en åpen budrunde og ekspertprognoser uttalte Kommisjonen følgende (med utgangspunkt i en åpen budrunde):

“Efter Kommissionens opfattelse er en sådan procedure den bedste mulighed for at sikre, at den offentlige støtte svarer til det minimum, der er nødvendig for at få gennemført projektet, og som derfor afspejler markedsprisen for projektets gennemførelse. I tilfælde, hvor der ikke er noget udbud, kan Kommissionen i exceptionelle tilfælde fastslå, at den offentlige sektors finansiering repræsenterer markedsprisen, hvis statsstøtten er blevet vurderet af en uafhængig ekspert på grundlag af generelt accepterede markedsindikatorer og værdifastsettelsesnormer og, hvis det er fastslået, at støtten repræsenterer den mindstepris, der skal betales for en tjenesteydelse eller et gode”.<sup>114</sup>

En slik minstepris kan også fastsettes på bakgrunn av de kostnader som påløper i forbindelse med fremskaffelsen av et gode. I et marked vil de reelle kostnader med et påslag for “normal” profitt gi et godt bilde av markedsprisen. Verdien kan da settes til summen av de kostnader som er påløpt i forbindelse med fremstillingen av godet. Det kreves i denne forbindelse at det kan gis en nøyaktig redegjørelse for kostnadene.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> Avsnitt 235.

<sup>115</sup> Se til illustrasjon Kommisjonens pressemeddelelse IP/96/882 av 10.02.1998 i en sak som gjaldt finansieringen av den portugisiske allmennkringkasteren. Kommisjonen la i saken

## 3.4 Kompensasjon som er støtte

### 3.4.1 Innledning

Det må også vurderes om EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 åpner for statsstøtte til selskaper som ivaretar allmenne økonomiske interesser. Denne unntakshjemmelen var mye brukt før Altmark-dommen.

Altmark-dommen medfører at rettstilstanden i forhold til artikkel 59 nr. 2 er noe usikker. EU-kommisjonen har imidlertid også i tiden *etter* Altmark-dommen godkjent støtte etter 59 nr. 2 i saker hvor Altmark-vilkårene *ikke* var oppfylt.

Artikkel 59 nr. 2 oppstiller en generell unntaksregel for foretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning». Selv om et foretak er pålagt slike oppgaver, vil i utgangspunktet statsstøttereglene gjelde, med mindre anvendelsen av artikkel 61 nr.1er til hinder for oppfyllelsen av en tjeneste av almen økonomisk betydning. At unntaksregelen også gjelder for statsstøttereglene går klart frem av rettspraksis før Altmark-dommen.

### 3.4.2 Hva er “støtte” – verdsetting av det offentlige ytelse

En ytelse representerer “støtte” i artikkel 61’s forstand bare dersom den ikke motsvares av en på bakgrunn av markedsf forholdene likeverdig ytelse. Dersom det offentlige mottar en motytelse når et foretak tilføres en verdi, men motytelsen ikke tilsvarer tiltakets verdi, representerer differansen et støtteelement.<sup>116</sup> Ved vurderingen av ytelsens verdi må man ta utgangspunkt i markedsf forholdene på tiden den ble avgitt. Som et første ledd i en vurdering av om det foreligger statsstøtte eller kompensasjon for en forpliktelse til å yte tjenester av almen økonomisk betydning som omfattes av EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2, må verdien av ytelsen fra det offentlige bestemmes. Ytelsens

---

til grunn at det ikke forelå statsstøtte da finansieringen av kringkasterens virksomhet ble basert på de kostnader som påløp i forbindelse med produksjonen av ulike typer programmer. Vedrørende kostnadsanalysen uttalte Kommisjonen følgende: “In order to ensure that the financing received does not exceed the cost of those activities, analytical accounting is carried out. The RTP is required to indicate in its annual budget the specific cost of each activity. Financing is granted on the basis of those forecasts and documentary evidence of expenditure incurred has to be presented before the State makes any payments.”

<sup>116</sup> Se i denne sammenheng Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-14/96, Sml. 1999 s. II-139, *BAI mot Kommisjonen*, premiss 71 flg.

verdi er utgangspunktet for identifiseringen av om det foreligger noe støtteelement, og eventuelt for beregningen av størrelsen på dette.

I en konkret transaksjon må forholdet mellom det offentliges ytelse og motytelse vurderes på bakgrunn av de konkrete verdier som skal utveksles i transaksjonen.

Der det offentlige eier foretak som driver ervervsvirksomhet vil det offentlige, som andre eiere, tilføre foretakene egenkapital og andre tilskudd for å sette foretakene i stand til å konkurrere på markedene. Tilføringen av midler tilsvarer de investeringer private investorer foretar i foretak de håper skal gi profitt. Kommisjonen har utviklet det såkalte markedsøkonomiske investorprinsipp for å vurdere forholdet mellom ytelse og motytelse, og dermed om det foreligger statsstøtte, i tilfelle der det offentlige har en kommersiell interesse i form av en eierinteresse i en virksomhet det tilfører midler.

### **3.4.3 Støtte til tjenester av almen økonomisk betydning – kravet til nødvendighet**

Som drøftet under pkt. 1.2 vil en tjeneste anses for å være av almen økonomisk betydning hvis det dreier seg om politisk fastsatte målsetninger, slik som for eksempel at et lands innbyggere skal kunne motta visse ytelser til like vilkår, uavhengig av hvor man er bosatt. Typiske eksempler på slike tjenester vil være jernbanedrift, postvesen, strømforsyning, telekommunikasjon og fjernsynsvirksomhet. Slike oppgaver må være pålagt foretakene gjennom en myndighetshandling og fravik fra statsstøttereglene kan kun godtas dersom dette er nødvendig for å kunne oppfylle de aktuelle forpliktelser. Støtten kan i slike tilfeller bare godtas i den grad den bidrar til å kompensere for merutgifter som følge av slike oppgaver.

EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 oppstiller som vilkår at unntaket fra traktatreglene, i vårt tilfelle statsstøtten, at statsstøttereglene rettslig eller faktisk er til hinder for at foretaket kan få gjennomført den oppgaven den er tillagt på akseptable økonomiske vilkår. Dette vilkåret kan også betegnes som et vilkår om at tilskuddet er *nødvendig* for at foretaket skal kunne oppfylle sine forpliktelser til å yte tjenester av almen økonomisk betydning. betegnes ofte som *nødvendighetskriteriet*. Dette kriteriet ble presisert i den tredje betingelsen i Altmark-saken. Et eksempel på at unntak fra statsstøttereglene er nødvendig er at foretaket ikke er i stand til å få brukerne av tjenesten til å betale en pris som er tilstrekkelig høy til å sikre en akseptabel fortjeneste. Ut fra nødvendighetskriteriet må man også avgjøre hvor mye tilskudd som kan gis i



det enkelte tilfellet, idet tilskuddet betraktes som vederlag for å utføre oppgaven.

Det påhviler den stat som påberoper seg unntaket i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 å godtgjøre at støtten er nødvendig for at foretaket skal kunne fylle sin særlige oppgave, jf. sak C-155/73, *Sacchi*.<sup>117</sup> I begrepet “nødvendig” ligger ikke et krav om at det er umulig for foretaket å gjennomføre sine oppgaver uten støtte. I sak C-127/73, *Belgische Radio en Televisie*<sup>118</sup>, uttalte EF-domstolen at hvilke foretak som omfattes av art. 59 nr. 2 må fastlegges ut fra en snever fortolkning, men at det ikke er påkrevd at foretakets økonomiske overlevelsessevne står og faller med unntaket fra avtalens regler, så lenge det er hevet over tvil at å anvende avtalens regler vil hindre foretaket rettslig eller faktisk i å utføre sine særlige oppgaver.<sup>119</sup>

Nødvendighetskriteriet kan betraktes som et utslag av det alminnelige proporsjonalitetsprinsipp hvoretter et tiltak som er i strid med EØS-avtalens bestemmelser, men som beskytter interesser av allmenn økonomisk betydning, ikke må gå lenger enn det som er nødvendig for å ivareta disse interessene.

EFTAs Overvåkningsorgan vil i det enkelte tilfellet søke etter andre tiltak som vil utgjøre mindre omfattende unntak fra EØS-avtalen, og i den forbindelse vurdere om foretaket blir overkompensert. For å sikre seg mot klager om overkompensasjon, kan det ofte være nødvendig å benytte en anbudskonkurranse som grunnlag for tildeling.

I forhold til i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 er spørsmålet om bestemmelsen overhodet kan komme til anvendelse i overkompensasjonstilfellene. Overkompensasjon vil jo først foreligge der den offentlige godtgjørelsen er større enn de merutgifter virksomheten har ved å gjennomføre tjenesten. Kort sagt: Kan overkompensasjon være nødvendig? Dette spørsmålet vil jeg komme nærmere tilbake til i kapittel 4, hvor jeg vil behandle krysssubsidieringsproblematikken. Imidlertid kan det allerede har være greit å bemerke at for at krysssubsidiering i det hele tatt skal kunne forekomme, må foretaket motta en kompensasjon som er noe i overkant av de utgifter det har til å utføre de tjenester de er pålagt. Det er ikke dermed sagt at kompensasjonen ikke er nødvendig, sett fra offentlige myndigheters side. Det kan for eksempel være slik at ingen foretak er villige til å utføre tjenesten på en tilfredsstillende måte dersom de ikke får en kompensasjon som tilfredsstill

---

<sup>117</sup> Sak C-155/73, *Sacchi*, Sml. 1974 s. 409.

<sup>118</sup> Sak C-127/73, *Belgische Radio en Televisie*, Sml. 1974 s. 51.

<sup>119</sup> Tilsvarende uttalelser finnes også i sak C-157/94, *Kommisjonen mot Nederland*, Sml. 1997 s. I-5699, premiss 37-43.

foretakets krav. Det er imidlertid uklart hvorvidt overkompensasjon som anses som nødvendig fra det offentliges side vil aksepteres av EF-domstolen og EFTA-domstolen.

#### **3.4.4 EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 etter Altmark-dommen**

Artikkel 59 nr. 2 gir muligens et større rom for handling enn det som følger av vilkårene som oppstilles i Altmark-dommen. En viktig forskjell er at kriteriene for kompensasjonen skal være avklart på forhånd, det fremkommer ikke klart om det er noen muligheter for etterfølgende kompensasjon. Dette vil i særlig grad være aktuelt der tjenesten viser seg å koste vesentlig mer å utføre, og feil således kan medføre alvorlige problemer for selskapet. Når kompensasjonens størrelse skal bestemmes etter en offentlig anskaffelsesprosedyre eller på grunnlag av en analyse av omkostningene som et gjennomsnittelig foretak vil ha (her må det tas hensyn til inntekter og til en rimelig fortjeneste ved oppfyllelsen forpliktelsene), kan det heller ikke tas hensyn til andre særtrekk ved et statlig selskap ved utarbeidelsen av kompensasjonen. Rettstilstanden er her under utvikling og det forventes flere avklarende dommer fra EF-domstolen den nærmeste tiden. EU-kommisjonen vil trolig også komme tilbake med retningslinjer og muligens også gruppefritak på området.

## 4 Krysssubsidiering

### 4.1 Problemstilling

Med krysssubsidiering menes at et foretak helt eller delvis dekker kostnadene ved sin virksomhet i forbindelse med et produkt eller ett geografisk marked med inntekter fra virksomhet det utøver med hensyn til ett annet produkt eller ett annet geografisk marked.

I henhold til SNF-rapport nr. 19/00<sup>120</sup> kan det tenkes fire former for krysssubsidiering. For det første kan det skje subsidiering fra ett regulert marked til et annet regulert marked. I NOU 1999:3 har Finansdepartementet definert et "regulert marked" som

"et marked karakteriseres ved at det finnes bestemmelser som vedkommende myndigheter har gitt eller godkjent og som fastlegger vilkårene for hvordan markedet skal virke"

Det dreier seg da som oftest om subsidiering som er politisk bestemt, for eksempel at inntektene fra posttjenester i tett befolkede strøk skal subsidiere postombæringen i mer grisorgrindte strøk. I slike tilfeller kan man vanskelig si at krysssubsidieringen påvirker konkurransen på det regulerte markedet, da det snarere er det faktum at markedet er regulert som er påvirkningskraften. Subsidiering fra ett regulert marked til et annet regulert marked kan likevel ha visse skadevirkninger. Man kan for eksempel tenke seg at subsidieringen kan skjule ineffektivitet innenfor ett av markedene ved at foretaket benytter midler fra ett annet marked til å subsidiere sin lite kostnadseffektive drift. Et slikt effektivitetstap er lite ønskelig sett fra en samfunnsøkonomisk synsvinkel, til tross for at man vanskelig kan si at slik krysssubsidiering påvirker konkurransen på det regulerte markedet.

For det annet kan det dreie seg om subsidiering fra et uregulert til et regulert marked. Slik subsidiering er lite praktisk, og om det skulle forekomme er det lite sannsynlig at det ville få skadevirkninger i form av påvirkning på konkurransen.

Mer praktisk er subsidiering fra et uregulert marked til ett annet uregulert marked, men her er det en forutsetning at foretaket har relativt stor markedsmakt i minst ett marked. Uten slik

---

<sup>120</sup> Rapporten er en del av Stiftelsens for Samfunns- og næringslivsforskningens prosjekt nr. 2000, "Krysssubsidiering". Rapporten er forfattet av Kenneth Fjell, Kåre P. Hagen og Geir Mo Johansen.

markedsrett vil det bli umulig for foretaket å subsidiere det mindre lønnsomme markedet, rett og slett fordi konkurrenter raskt ville trengt seg inn på det mer lønnsomme markedet. Dermed vil foretaket ikke ha stor nok profitt til å subsidiere et annet marked. Et eksempel på hvordan et foretak kan subsidiere et uregulert marked ved hjelp av midler fra et annet uregulert marked er de større flyselskapenes forsøk på å presse mindre aktører ut av markedet ved å tilby svært lave billettpriser på enkelte ruter ved hjelp av inntektene fra andre ruter og inntektene fra godstransport. I forhold til tjenester av almen økonomisk interesse er de problemstillingene som knytter seg til subsidiering fra et uregulert marked til et annet lite relevante, og vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

Den siste formen for krysssubsidiering som er subsidiering fra et regulert til et uregulert marked kan imidlertid ha stor betydning i forhold til tjenester av almen økonomisk betydning. I forhold til offentlige foretak og private foretak som det offentlige har tillagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning, og som driver virksomhet i konkurranse med andre selskaper, kan det skje krysssubsidiering mellom de selskapets ulike aktiviteter. Dette skyldes at foretak som både opererer på et område hvor de er tillagt tjenester av almen økonomisk interesse, og på andre kommersielle markeder, ofte vil ha mulighet til å overdrive de regnskapsmessige kostnadene ved gjennomføringen av den offentlige tjenesteforpliktelsen. På denne måten kan foretaket få større overføringer over offentlige budsjetter til dekning av den offentlige tjenesteforpliktelsen enn det som er strengt nødvendig. Disse inntektene kan foretaket så benytte til å subsidiere konkurranseutsatte tjenester. Subsidieringen skjer vanligvis ved at overskuddet fra leveringen av tjenester av almen interesse benyttes til å dekke underskudd i foretakets kommersielle virksomhet, eller ved at et foretak knytter mer enn de faktiske produksjonskostnadene til tjenester de er pålagt å levere og mindre av produksjonskostningene til leveringen av kommersielle tjenester.

I den videre fremstilling vil jeg konsentrere meg om i hvilken utstrekning statlig støtte skaper muligheter for krysssubsidiering fra et regulert til et uregulert marked. Det synes klart at der Altmark-vilkårene er oppfylt vil det vanskelig kunne foreligge noen overkompensasjon som kan benyttes til krysssubsidiering. Problemstillingen er imidlertid aktuell der EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 åpner for statsstøtte til tjenester av almen økonomisk betydning. Som vist under pkt. 3.4 åpner EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 for statsstøtte til tjenester av almen økonomisk betydning ut over det som aksepteres etter Altmark-dommen.

## 4.2 Ulovlig kryssubsidiering

Kryssubsidiering er en ulempe fordi prisene ikke reflekterer de reelle distribusjonskostnadene og således gir gale signaler til aktørene. Kryssubsidiering gjør det med andre ord mulig for en virksomhet å tilby enkelte tjenester til en pris som ikke dekker virksomhetens faktiske produksjonskostnader. I enkelte tilfeller kan kryssubsidiering holde kunstig liv i virksomheter som ikke oppfyller kravene til økonomisk effektivitet. Markedsfunksjonen innebærer jo at forbrukerne kjøper tjenesten av den virksomheten som tilbyr den beste kvaliteten til den beste prisen. Når virksomheten tilbyr sine produkter til en pris som ikke gjenspeiler kostnadene ved produksjonen, vil ikke forbrukerne kjøpe tjenestene til den virksomheten som reelt produserer dem mest effektivt. Det skjer med andre ord en vridning av konkurransen, og denne vridningen fører til at de reelt lite konkurransedyktige virksomhetene utkonkurrerer de virksomhetene som er mest effektive. I siste instans vil dette føre til at samfunnets ressurser ikke utnyttes så effektivt som mulig.

Både EF-domstolen og Førsteinstansretten har måttet behandle forskjellige sider av denne problemstillingen. I *FFSA*-saken<sup>121</sup> uttalte Førsteinstansretten at en virksomhet som mottar statsstøtte vil ha mulighet til å frigjøre midler til fordel for andre aktiviteter.<sup>122</sup> Førsteinstansretten konkluderte imidlertid med at kryssubsidiering er utelukket der en virksomhet kun mottar kompensasjon for sine merutgifter ved å oppfylle plikten til å levere tjenester av almen økonomisk betydning, i henhold til EF-traktatens artikkel 86 nr. 2. Førsteinstansretten la til grunn at der støttebeløpet ikke overstiger virksomhetens utgifter i forbindelse med tjenesteforpliktelsen, finnes det intet overskudd som kan benyttes til å subsidiere andre deler av virksomhetenes drift. Førsteinstansretten fant imidlertid at:

“[...]den konkrete anvendelse af konkurrencereglerne i et tilfælde som det her omhandlede nødvendigvis må indebære komplicerede vurderinger af økonomisk og retlig art, hvorved der skal tages hensyn til Fællesskabets interesser. [...] Kommissionen må følgelig indrømmes et vist skøn med hensyn til, hvilken metode der skal anses for mest korrekt til at få bekræftet, at der ikke sker nogen

---

<sup>121</sup> Sak T-106/95, *FFSA mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229.

<sup>122</sup> *FFSA*-saken, premiss 188.

krydssubsidiering af aktiviteter på områder undergivet fri konkurrence.”

I sak C-39/94, *SFEI/La Poste*<sup>123</sup>, som dreide seg om hvorvidt statsstøtte til det franske postselskapet ble overført til postvesenets kommersielle aktiviteter fastslo EF-domstolen at fellesskapsretten ikke oppstilte krav om at postvesenet utarbeidet sitt regnskap på en måte som gjorde det mulig å sondre mellom virksomhet i tilknytning til tjenesteforpliktelsen og kommersiell virksomhet. Herav kan man trekke den slutning at overkompensasjon er tilstrekkelig, og at der det foreligger overkompensasjon er det ikke nødvendig å påvise at det foreligger kryssubsidiering. Det var derfor ikke nødvendig å fremlegge noe regnskap.

I en noe annen retning synes EF-domstolens uttalelser i *Ferring-saken*<sup>124</sup>. Saken gjaldt som nevnt over i pkt 2.6, Frankrikes distribusjonen av legemidler til apotek. Som tidligere omtalt skjedde distribusjonen dels gjennom legemiddelgrossistene, dels gjennom legemiddellaboratoriene. I henhold til fransk lov var legemiddelgrossistene pålagt ulike forpliktelser av almen, økonomisk interesse, som å lagere et visst kvantum legemiddel, og å garantere at disse kan leveres innen en bestemt tid, innen et visst område. Legemiddellaboratoriene hadde på sin side ingen slike forpliktelser. Franske myndigheter innførte imidlertid skatt på salg av legemidler fra legemiddellaboratorier. Legemiddelgrossistene var fritatt for den skatteplikten. Det var ingen konkurranse om å få utføre de tjenestene av almen økonomisk betydning som legemiddelgrossistene leverte. Det var imidlertid konkurranse mellom legemiddellaboratoriene og legemiddelgrossistene på andre områder, da det i Frankrike finnes to direkte konkurrerende distribusjonsnett – ett for legemiddelgrossistene og et for legemiddellaboratoriene. I konkurransen mellom disse er kostnadene forbundet med salg en viktig faktor. Det ble bevist at legemiddelgrossistene hadde vunnet markedsandeler, på bekostning av legemiddellaboratoriene. Spørsmålet var så om det forhold at det ikke var skatt på salg av legemidler fra legemiddelgrossistene, innebar statsstøtte til fordel legemiddelgrossistene.

EF-domstolen fastslo innledningsvis at skattefritaket i prinsippet var i strid med EF-traktatens artikkel 87 nr. 1. EF-domstolen bemerket at:

---

<sup>123</sup> Sak C-39/94, *SFEI/La Poste*, Sml. 1996 s. I-3547.

<sup>124</sup> Sak C-53/00, *Ferring*, Sml. 2001, s. I-2533.

”[...]når en fordel, som ydes af en medlemsstat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af denne fordel (jf. bl.a. dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 11). Da markedet for lægemidler er kendetegnet ved tilstedeværelsen af et stort antal multinationale selskaber, der distribuerer deres produkter i medlemsstaterne, er der ingen tvivl om, at en foranstaltning som indførelsen af afgiften på direkte salg kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.”<sup>125</sup>

Dersom skattefordelen ikke havde oversteget legemiddelgrossistenes merutgifter ved å utføre sine særlige oppgaver, ville konkurransen ha forblitt upåvirket. Fordi legemiddelgrossistene mottok en kompensasjon som var større enn merutgiftene, kunne de benytte de overskytende midlene til å understøtte andre deler av virksomheten, og på den måten skaffe seg større markedsandeler.

EF-domstolen vurderte så spørsmålet om hvorvidt legemiddelgrossistenes særlige forpliktelser av almen økonomisk betydning gjorde at skattefritaket kunne aksepteres med hjemmel i EF-traktatens artikkel 86 nr. 2. EF-domstolen uttalte:

”Hvis det således viser sig, at distributør-grossisterne opnår en fordel ved ikke at være underlagt afgiften på det direkte salg af lægemidler, der overstiger de merudgifter, som de må afholde for at opfylde den forpligtelse til offentlig tjeneste, som de er pålagt ved national lovgivning, kan denne fordel for så vidt angår den del, der overstiger de nævnte merudgifter, under alle omstændigheder ikke betragtes som værende nødvendig for, at disse erhvervsdrivende kan varetage deres særlige opgave.”

EF-domstolen kom frem til at den omtvistede skatten ikke var omfattet av EF-traktatens artikkel 86 nr. 2, da den fordel skattefritaket ga

---

<sup>125</sup> Premiss 21.

legemiddelgrossistene påvirket samhandelen, og oversteg kostnadene ved å utføre den offentlige tjenesteforpliktelsen.

I sin kommentar til EF-domstolens avgjørelse i *Ferring-saken*<sup>126</sup> reiste *Rita Kirschbaum* spørsmålet om det kun er i de tilfeller hvor de fordeler et foretaket som er pålagt å utføre tjenester av almen økonomisk interesse mottar overkompensasjon som påvirker konkurransen at er et problem. Hun hevdet at det avgjørende ikke kunne være hvorvidt det forelå overkompensasjon eller ikke, men snarere hvordan denne overkompensasjonen påvirket markedet. Først når overkompensasjonen ble benyttet til å finansiere foretakets engasjement på andre områder – kryssubsidiering – var den ulovlig i henhold til fellesskapsretten.

Et slikt synspunkt har etter min mening noe for seg. Dersom man legger *Kirschbaums* tolkning av EF-domstolens dom i *Ferring-saken* til grunn kan man slutte at statsstøtte til tjenester av almen økonomisk interesse er i strid med EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 dersom det kan bevises eller sannsynliggjøres at det foreligger kryssubsidiering. Dersom det ikke kan påvises at foreligger kryssubsidiering, kan støtte med hjemmel i EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 aksepteres. Som nevnt under pkt. 3.4.3 kan overkompensasjon i enkelte tilfeller betraktes som “nødvendig” i henhold til EF-traktatens artikkel 86 nr. 2 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Hvis det er tilfellet, og overkompensasjonen ikke benyttes til kryssubsidiering, kan overkompensasjonen likevel stå seg mot statsstøtteforbudet i EF-traktatens artikkel 87 nr. 1 og EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2.

### **4.3 Nærmere om innsynsdirektivet**

De siste årene har problemet med kryssubsidiering stadig vært i EU-organenes, særlig Kommisjonens, søkelys. Spørsmål knyttet til kryssubsidiering innenfor flysektoren, telesektoren og postsektoren er oppe til vurdering og debatt innad i EU/EØS-systemet og da ikke minst innenfor ESA-systemet. EØS-komiteen vedtok 25. januar å endre EØS-avtalens vedlegg XV til også å omfatte kommisjonsdirektiv 2000/52/EF om endring av kommisjonsdirektiv 80/723/EØF om innsyn i medlemsstatenes økonomiske forbindelser med

---

<sup>126</sup> Sak C-53/00, *Ferring mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-9067.



offentlige foretak og foretak som er pålagt å utføre tjenester av almen økonomisk interesse.

Tidligere gjaldt innsynsdirektivet kun økonomiske forbindelser mellom offentlige foretak og det offentlige. Innsynsdirektivet ble senere utvidet slik at det også dekker private foretak som det offentlige gir særlige eller eksklusive rettigheter og foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning og som samtidig driver virksomhet i konkurranse med andre. Bakgrunnen for at direktivet også gjelder overfor foretak som er tillagt oppgaver av almen økonomisk interesse var ønsket om å overvåke eventuell krysssubsidiert mellom tjenester av almen økonomisk betydning og ren forretningsmessig virksomhet, for å unngå konkurransevriddning.

For å kunne kontrollere om krysssubsidiert skjer er foretak som er pålagt å utføre tjenester av almen økonomisk interesse, og som samtidig driver virksomhet på kommersielle markeder, pålagt å føre regnskap med separate regnskapstall for den drift som er tilknyttet foretakets offentlig tillagte oppgaver. Det skal fremgå av regnskapet hvorvidt foretaket har mottatt offentlige tilskudd. Innsynsdirektivet inneholder videre en rekke regler om oppbevaring og rapportering av opplysninger om finansielle forhold.

Endringen av innsynsdirektivet har medført at en rekke foretak som utfører tjenester av almen økonomisk interesse har måttet foretak innføre separate regnskaper. Innsynsdirektivets regler om regnskapsføring gjelder ikke foretak med netto omsetning over to år som er mindre enn 40 millioner EURO. For offentlige kredittinstitusjoner er grensen satt til 800 millioner EURO over en toårs periode.

## **5 Forholdet mellom EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 og notifikasjonsreglene**

### **5.1 Innledning**

Et viktig spørsmål i forhold til støtte til tjenester av almen økonomisk interesse er hvorvidt EØS-avtalens reglene om notifikasjon kommer til anvendelse også i de tilfeller hvor støttetiltak iverksettes med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2. Jeg vil i pkt. 5.2 gi en kort fremstilling av notifikasjonsreglene, før jeg i pkt.5.3 vil komme nærmere inn på de særlige spørsmål som oppstår i forholdet mellom notifikasjonsreglene og kompensasjon og støtte til foretak som yter tjenester av almen økonomisk betydning.

### **5.2 EØS-avtalens regler om notifikasjon av støttetiltak**

Saksbehandlings- og håndhevingsreglene er i mange tilfeller avgjørende for om et støttetiltak er lovlig eller ikke. For så vel foretak som offentlige myndigheter er det derfor viktig å ha oversikt over hvilke tiltak som kan innebære statsstøtte. I henhold til artikkel 1 i protokoll 3 til ODA, skal EFTAs Overvåkingsorgan:

“underrettes i tide til å kunne uttale seg om planer som går ut på å innføre eller endre støtteordninger. Dersom den finner at en slik plan ikke er forenlig med EØS-avtalen i henhold til avtalens artikkel 61, skal den straks innlede den prosedyre som er omtalt i nr. 2. Vedkommende stat kan ikke sette i verk de planlagte tiltak før prosedyren har ført til et endelig vedtak”.

Som det fremgår av ordlyden skiller artikkel 1 i Protokoll 3 mellom eksisterende støtte og planlagt støtte. Eksisterende støtte er lovlig inntil EFTAs Overvåkingsorgan vedtar at den ikke er lovlig jf. artikkel 1 nr. 2 i protokoll 3. Skillet har imidlertid liten praktisk betydning da så vel endring av eksisterende støtteordninger og ny støtte behandles etter de samme regler. Verken ny støtte eller endring i støtteordninger kan iverksettes før EFTAs Overvåkingsorgan har gitt sin godkjennelse.

Fordi statsstøttereglene er rettet mot EØS-statenes myndigheter, og ikke til det enkelte foretak som mottar statsstøtte, er det den norske stat som plikter å

melde støttetiltak til EFTAs Overvåkningsorgan. I Norge er det Nærings- og handelsdepartementet (NHD) som på vegne av staten melder støttetiltak til EFTAs Overvåkningsorgan.

I følge §2 i lov av 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte, skal alle støttetiltak som kommer inn under EØS-avtalens artikkel 61, meldes til NHD. Så vel sentrale som regionale og lokale myndigheter må melde fra til NHD før statsstøtte blir gitt. Det er så opp til NHD å vurdere hvorvidt melding til EFTAs Overvåkningsorgan er nødvendig i det enkelte tilfellet.

I følge lov om offentlig støtte § 3 kan meldepliktig støtte som er utbetalt før EFTAs Overvåkningsorgan har godkjent meldingen, kreves tilbakebetalt med renter. EF-domstolen har i praksis lagt til grunn en presumsjon for at støttemottaker er klar over risikoen for tilbakebetalingskrav når han mottar støtte som ikke er godkjent. Som et utgangspunkt kan støttemottakeren derfor i ikke påberope seg innretningshensyn som grunnlag for å slippe tilbakebetaling.<sup>127</sup>

### **5.3 Skal kompensasjon til foretak som yter tjenester av almen økonomisk betydning meldes?**

Det første spørsmålet som må reises er hvorvidt kompensasjon til foretak som er tillagt en tjeneste av almen økonomisk interesse er underlagt meldeplikten i EØS-avtalens artikkel 62 og artikkel 1 i protokoll 3 til ODA. EF-domstolen bekreftet i *Altmark-saken*<sup>128</sup> at det skulle skilles mellom *støtte* og *kompensasjon*. Som vist under pkt. 3.3 fastslo EF-domstolen at så lenge visse kriterier var oppfylt kunne kompensasjon til foretak som var pålagt en offentlig tjenesteforpliktelse ikke anses som støtte. Da det kun er tiltak som innebærer støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 nr. 1 som skal meldes til EFTAs Overvåkningsorgan, må utgangspunktet være at tiltak som kun innebærer kompensasjon ikke må meldes og forhåndsgodkjennes.

Slik jeg ser det vil en slik løsning innebære en fordel for statene, i det de ikke er pålagt å notifisere EFTAs Overvåkningsorgan eller Kommisjonen om ordningen, og slipper med det å vente på EFTAs Overvåkningsorgan eller Kommisjonens vurdering. Muligens kan dette medføre mer smidighet i systemet. På den annen side kan en slik løsning føre til at statsstøttereglene lettere kan omgås. EFTAs Overvåkningsorgan og Kommisjonen vil jo ikke ha

---

<sup>127</sup> Se sak C-24/95, *Alcan Deutschland*, Sml. 1997 s. I-1591.

<sup>128</sup> Sak C-280/00, *Trans GmbH Regierungspräsidium Magdenburg mot Nachverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, Sml. 2003 s. I-7747.

noen mulighet til å holde oversikt over omfanget av slike ordninger, og dermed vil de vanskelig kunne føre noen kontroll med at ordningene faktisk ikke medfører at det ytes avtalestridig statsstøtte.

#### **5.4 Skal støtte med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 meldes?**

Som nevnt under pkt. 1.5 kan man videre stille spørsmål om hvorvidt støtte som ytes med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 59 nr. 2 er underlagt meldeplikten. EF-domstolen tok stilling til denne problemstillingen i sak 332/98, *CELF*.<sup>129</sup> Saken gjaldt franske myndigheters støtte til det franske selskapet Coopérative d'exportation du livre français (heretter CELF). For å spre kunnskap om det franske språk og franskspråklig litteratur leverte CELF franske bøker på ordre fra bokhandlere over hele verden. Virksomheten var avhengig av økonomisk støtte, da det ikke var mulig å få virksomheten til å lønne seg uten at prisen for den enkelte forbruker ble for høy.

Franske myndigheter hevdet at CELF var pålagt en plikt til å levere en tjeneste av almen økonomisk betydning, og at unntaket i EF artikkel 86 nr. 2 kom til anvendelse, også i forhold til meldeplikten. Til støtte for sin påstand hevdet franske myndigheter:

[...]at reglen om pligt til udsættelse af foranstaltningens iværksættelse nødvendigvis uden videre er uanvendelig, når der er tale om støtte til virksomheder, der udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, jf. traktatens artikel 90, stk. 2, for at undgå ethvert brud på kontinuiteten i udførelsen af disse tjenesteydelser.”<sup>130</sup>

EF-domstolen støttet imidlertid ikke franske myndigheters syn, og uttalte at formålet med EF-traktatens artikkel 88 er å forhindre at det iverksettes traktatstridige støtteordninger. Domstolen viste til sin avgjørelse i sak C-120/73, *Gebrüder Lorenz*<sup>131</sup>, hvor den fastslo at EF-traktatens artikkel 88 nr. 3, som forbyr medlemsstatene å iverksette tiltak før disse er godkjent av Kommisjonen, var nødvendig for å beskytte Kommisjonens kontrollmekanisme, og med det fellesmarkedets funksjon. EF-domstolen

---

<sup>129</sup> C-332/98, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml.

<sup>130</sup> Premiss 27.

<sup>131</sup> Sak C-120/73, *Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland*, Sml. 1973 s. 1471.

uttalte videre at selv om en medlemsstat anser en støtteordning for forenlig med fellesmarkedet, er det kun Kommisjonen og EFTAs Overvåkningsorgan som har kompetanse til å foreta denne vurderingen. Medlemsstatens oppfatning av at støtten ikke er i strid med fellesskapsretten gir den ikke rett til å tilsidesette reglene i EF-traktatens artikkel 88 nr. 3. EF-domstolen viste til at formålet med EF-traktatens artikkel 88 nr. 3 ikke bare er å innføre en meldeplikt, men en plikt til forhåndsmelding. Den utsettende virkning som meldeplikten medfører, må betraktes både en følge av og en forutsetning for bestemmelsen.

EF-domstolen konkluderte med at EF-traktatens artikkel 88 nr. 3 kom til anvendelse også i forhold til støtte hjemlet i EF artikkel 86 nr. 2. En slik forståelse må også legges til grunn for vurderingen av forholdet mellom EØS artikkel 59 nr. 2 og EØS artikkel 62 nr. 1. Støtte hjemlet i EØS artikkel 59 nr. 2 må således notifiseres til EFTAs Overvåkningsorgan, og kan ikke iverksettes før EFTAs Overvåkningsorgan har fastslått at støtten ikke er i strid med fellesskapsretten EF artikkel 62 nr. 3. Med andre ord er støtte til tjenester av almen økonomisk betydning formelt *forbudt* før EFTAs Overvåkningsorgan har vurdert den, og har fattet vedtak om at den er forenlig EØS-avtalen.

## 6 Oppsummering

De vilkår som ble oppstilt i Ferring- og Altmark-saken gjør det vanskeligere for medlemsstatene å bli hørt med at kompensasjon for tjenester av almen økonomisk betydning faller utenfor statsstøttereglenes anvendelsesområde. Den måten EF-domstolen utviklet og utformet vilkårene på er skiller seg klart fra EF-domstolens tidligere praksis.

EF-domstolens standpunkt i Altmark-saken kan ved første øyekast se ut til å løse den usikkerheten som hersket omkring offentlig finansiering av tjenester av almen økonomisk betydning og statsstøtteforbudet. Imidlertid er det flere spørsmål som står igjen som ubesvart etter Altmark-saken. For det første vil nok den konkrete anvendelsen av Altmark-vilkårene skape atskillig debatt – så vel akademisk som politisk – da Altmark-vilkårene må anses som relativt vage prinsipper som krever vider utfylling. For eksempel ga EF-domstolen ved oppstilling av det fjerde vilkåret ikke svar på hvorvidt en sammenligning mellom et selskap som utfører en tjeneste av almen økonomisk betydning og et hypotetisk referanseselskap, bare er relevant i forhold til å avgjøre hvorvidt det foreligger statsstøtte, eller om en slik sammenligning også kan være avgjørende i forhold til om den statlige finansieringen er i tråd med fellesskapsretten der det konstateres statsstøtte. Avhengig av tolkningen av dette vilkåret vil dommen kunne begrense medlemsstatenes kompetanse til å styre finansieringen av tjenester av almen økonomisk betydning kunne gå ut over de begrensninger statsstøtteforbudet medfører.

EF-domstolens holdning i Altmark-saken, gjenspeiler en samfunnsutvikling i retning av markedsbaserte løsninger. Det aksepteres i stadig mindre grad at offentlige myndigheter skal drive økonomisk aktivitet på tvers av markedsbaserte løsninger. Det kan imidlertid reises spørsmål om hvorvidt denne utviklingen kan fortsette, slik at man til slutt ender opp med en null toleranse for at offentlige myndigheter skal kunne styre økonomiske aktiviteter.

Det som er klart er at kompensasjon som oppfyller vilkårene i Altmarkdommen ikke er støtte, og derfor kan ytes av staten uten at det kommer i konflikt med statsstøttereglene. Det er også klart at dersom Altmark-vilkårene ikke er oppfylt kan støtten aldri gis uten at den er notifisert til og godkjent av EFTAs Overvåkningsorgan (ESA) på forhånd. EFTAs Overvåkningsorgan vil trolig da godkjenne støtten dersom den er i samsvar med artikkel 59 nr. 2.

# Litteraturliste

## Bøker og artikler

- Bull, Henrik *EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett*, I LoR 1992, s. 583-601.
- Baudenbacher, Carl *A Brief Guide to European State Aid Law*. London, 1997.  
ISBN 90-411-0903-0
- Craig, Paul *EU-Law: Text, cases and materials*. 3. utgave. Oxford University Press, 2003. ISBN 0-19-924943-1
- Rita-Maria Kirschbaum, *Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in the Public Interest*, European State Aid Law Quarterly, Volume 3, nr.1, 2004. ISBN 1619-5272
- L. Hansen, K...[et al.]. *EU konkurrenceretten*
- Kaasen, Inge *Bankforsikring og konkurranse – en EØS-rettslig studie*.  
Oslo, 2000. ISBN 82-15-00026-6
- Jessen, Pernille Wegener *Forbudet mod statsstøtte i EU*. København, 2003
- Lund, Robert *Statsforetak og statsstøtte – Statsgaranti og kapitaltilførsel til Statkraft i lys av EØS-avtalen*. I IUSEF nr. 38. OSLO, 2002. ISBN 82-15-00304-4
- Molde, Jørgen ...[et al.]. *EU-Karnov 2001*. 7. utg. København, 2001.(red.)  
ISBN 87-619-0309-04
- Sejersted, Fredrik ...[et al.]. *EØS-rett*. Oslo, 1995. ISBN 82-00-22469-4
- Sinnaeve, Adinda *State Financing of Public Services: The Court's Dilemma in the Altmark Case*, European State Aid Law Quarterly, Årg. 2003 nr. 3, s. 351-363.
- SNF-rapport nr. 19/00. Rapporten er en del av Stiftelsens for Samfunns- og næringslivsforskning prosjekt nr. 2000, "Kryssubsidiering". Rapporten er forfattet av Kenneth Fjell, Kåre P. Hagen og Geir Mo Johansen.

Wiersholm, Marie                      Privates søksmålskompetanse – ugyldighetssøksmål i statsstøttesaker for EFTA-domstolen. I IUSEF nr. 37. Oslo 2001. ISBN 82-15-0222-6.

### **Lover**

1992 *Lov om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det Økonomisk samarbeidsområde mv.* av 27. november 1992 nr. 109.

1992 *Lov om offentlig støtte* av 27. november 1992 nr. 117.

1995 *Lov om gjennomføring av fellesregler om innenlands transport i EØS-avtalen* av 26. mai 1995 nr. 25

### **Forskrifter**

1992 *Forskrift om offentlig støtte* av 4. desember 1992 nr. 907

2003 *Forskrift om gjennomføringen av EØS-avtalens vedlegg til Protokoll 3 om nærmere regler for anvendelse av EF-traktatens artikkel 93.*

### **Traktater og folkerettslige avtaler**

Amsterdamtraktaten            *Amsterdamtraktaten om ændring av traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne for oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter* av 2. oktober 1997.

EF-traktaten                      *Traktat om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab* av 25. mars 1957.

EØS-avtalen                      *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*  
*av*  
*2. mai 1992.*

ODA-avtalen                      *Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol* av 2. mai 1992.

### **EF-direktiver og forordninger**

1980    Kommissjonen direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om *gennemskuelpgheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder.* Publisert i EFT 1980 L 195/35.



1999 Rådsforordning (EF) nr. 659/1999 av 22. mars 1999 *om fastsettelse av nærmere regler for anvendelse av EF-traktatens artikkel 93*. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 13, 2002.

2001 Kommisjonens forordning (EF) nr. 69/2001 av 12. januar 2001 *om anvendelse av EF-traktatens artikkel 87 og 88 på de minimis-støtte*. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 13, 2002.

### **Offentlige dokumenter, Norge:**

NOU 2004: 7 *Statens forretningsmessige eierskap. Organisering og forvaltning av eierskapet.*

St.prp. nr. 43 (1993-94)

St prp. nr. 70 (1995-96)

St.prp. nr. (2004-2005)

St.meld. nr. 24 (1998 – 1999)

### **Offentlige dokumenter, EU og EFTA**

#### Kommisjonen

Kommisjonens XXIX Beretning om Konkurrencepolitikken 1999

*Communication from the Commission on Services of general interest in Europe*, Publisert i EFT 2001 C 17/04

*Communication from the Commission on the application of State aid rules to public service broadcasting*. Publisert i EFT 2001 C 320/04

Kommisjonens grønnebok om tjenester i allmennhetens interesse, COM (2003) 270

Opinion of the Economic and Social Committee on Services of general interest  
Official Journal C 241, 07/10/2002 P. 0119 - 0127

#### EFTAs Overvåkningsorgan

*Guidelines on the application and interpretation of Articles 61 and 62 of the EEA*

*Agreement and Article 1 of Protocol 3 to the Surveillance and Court Agreement*

Adopted and issued by the EFTA Surveillance Authority on 19 January 1994 (published in OJ No L 231, 03.09.1994, EEA Supplement No 32).

**Rettspraksis**

EFTA - domstolen

Sak E-2/94, Dom av 21. mars 1995, *Scottish Salmon Growers Association Limited mot EFTA Surveillance Authority* (upublisert).

Sak E-4/97, *Den norske bankforening mot ESA, (Husbank-dommen)*, EFTA Court Report [1998] 38.

EF-domstolen

Sak C-120/73, *Gebrüder Lorenz GmbH mot Tyskland*, Sml. 1973 s. 1471.

Sak C-127/73, *BRT mot Sabam*, Sml.1974 s. 313.

Sak C-173/73, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1974 s. 709.

Sak C-82/77, *Van Tiggele*, Sml. 1978 s. 25.

Sak C-730/79, *Philip Morris Holland mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 2671.

Sak C-7/82, *GVL mot Kommisjonen*, Sml. 1983 s. 483.

Sak C-296/82 og 318/82, *Nerland og Leeuwarder Papierwarenfabriek mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 809.

Sak C-248/84, *Tyskland mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 4013.

Sak C-310/85, *Deufil mot Kommisjonen*, Sml. 1987 s. 901.

Sak C-57/86, *Hellas mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 2855.

Sak C-30/87, *Bodson mot Pompes Funébres SA*, Sml. 1988 s. 2479.

Sak C-102/87, *Frankrike mot Kommsijonen*, Sml. 1988 s. 4067.

Sak C-142/87, *Belgia mot Kommisjonen (Tubemeuse)*, Sml. 1990 s. I-959.

Sak C-18/88, *GB-INNO-BM*, Sml. 1991 s. I5941.

Sak C-202/88, *Frankrike mot Kommisjonen (Telecom)*, Sml.1991 s. I-1223.

Sak C-303/88, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1433.

Sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1991 s. I-1603.

Sak C-41/90, *Höffner & Else mot Mactroton GmbH*, Sml. 1991-I s. 1979.

Sak C-278/92 - C-280/92, *Spania mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4103.

Sak C-387/92, *Banco de Credito Industrial SA mot Ayuntamiento de Valencia*,  
Sml. 1994 s. I-877.

Sak C-43/93, *Spania mot Kommisjonen*, Sml. 1994 s. I-4175.

Sak C-56/93, *Belgia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. I-723.

Sak C-157/94, *Kommisjonen mot Nederland*, Sml. 1997 s. I-5699

Sak C-159/94, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1997 s. I-5851.

Sak C-174/94 P, *FFSA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. I-1303.

Sak C-241/94, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. I-4551.

Sak C-24/95, *Alcan Deutschland*, Sml. 1997 s. I-1591.

Sakene 52, 53 og 54/97, *Epifanio Viscido*, Sml. 1998 s. I-2629.

Sak C-256/97 *Déménagements-Manutention Transport SA ("DMT")*, Sml. 1999 s. I-3913.

Sak C-83/98P, *Ladbroke Racing mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-3271.

Sak C-332/98, *Frankrike mot Kommisjonen (CELF)*, Sml. 2000 s. I-4833.

Sak 387/98, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2002 s. I-4731.

Sak C-379/98, *Preussen Electra mot Schleswag AG*, Sml. 2001 s. I-2099.

Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen (Stardust Marine)*, Sml. 2002 s. I-4397.

Sak C-53/00, *Ferring mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-9067.

Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. I-7747.

Sak C-126/01 *GEMO*, Sml. 2003 s. I-13769.

#### Førsteinstansdomstolen

Forente saker T-447–449/93, *AITEC m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1995 s. II-1971.

Sak T-358/94, *Air France mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2109.

Sak T-46/97, *SIC mot Kommisjonen*, Sml. 2000-II s. 2125.

Sak T-298/97, *Alzetta Mauro mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2319.