

MARLUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Emil Skjelland

Konkurrentens rettsstilling
ved ulovlig statsstøtte

470

Konkurrentens rettsstilling ved ulovlig statsstøtte

Emil Skjelland



Marlus nr. 470
Sjørettsfondet
Nordisk institutt for sjørett
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2016

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet
University of Oslo
Scandinavian Institute of Maritime Law
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5
N-0130 Oslo
Norway

Phone: 22 85 96 00
E-post: sjorett-adm@jus.uio.no
Internet: www.jus.uio.no/nifs

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –
e-mail: trond.solvang@jus.uio.no

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen
– The Norwegian Booktown
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>
E-mail: kontakt@bokbyen.no

Print: 07 Media AS

Forord

Denne avhandlingen er i all hovedsak identisk med min masteroppgave som ble levert 1. juni 2016. Avhandlingen ble skrevet mens jeg var vitenskapelig assistent på Senter for europarett fra høsten 2015 til våren 2016. Avhandlingen er bedømt ved Universitetet i Oslo, Nordisk institutt for sjørett.

Jeg står i stor takknemlighetsgjeld til alle dem som bidro i forbindelse med arbeidet med avhandlingen. Jeg må først og fremst takke professor Finn Arnesen for svært god veiledning. Uten hans kunnskaper og samvittighetsfulle oppfølging er det vanskelig å se for seg at arbeidet ville blitt ferdigstilt. Jeg er også svært takknemlig for alle diskusjoner med og innspill fra professor Erling Hjelmeng. I likhet med Finn var Erling alltid åpen for å diskutere de spennende og vanskelige spørsmål emnet gir opphav til. Han ga meg også verdifulle innspill til hvordan oppgaven mest hensiktsmessig kunne disponeres. Videre går en stor takk til min gode venn Christoffer Kjelsberg for svært verdifulle innspill til språk, form og faglig innhold. En stor takk også til min onkel – Espen Skjelland – som ga meget grundige og verdifulle innspill til strukturen i oppgaven. Jeg er også svært takknemlig for de innspill jeg fikk av Hilde Ellingsen, blant annet til avhandlingens innledning og avslutning, men også til andre faglige spørsmål. Jeg vil også takke Karin Fløistad, Henrik Bull, Tarjei Bekkedal og Stian Øby, som alle tok seg tid til å diskutere ulike faglige spørsmål med meg. Endelig skylder jeg en stor takk til bibliotekar Inger Hamre, som hjalp meg med å finne frem i kilder og litteratur, samt med å ferdigstille litteraturlisten.

Til sist vil jeg takke alle ved Senter for europarett og Nordisk institutt for sjørett for en lærerik og hyggelig tid. Særlig må jeg nevne mine kollegaer Alexander Arnesen, Per Ole Svor og Aurora Orlin for stimulerende samtaler i løpet av tiden på senteret.

Jeg vil også takke venner og familie for all støtte og adspredelse underveis i arbeidet med avhandlingen. Mamma fortjener en særlig takk for hjelp i innspurtsfasen.

Til sist vil jeg takke min kjære Jenny for forståelse og omsorg i de mest slitsomme periodene. Selv om du hadde mer enn nok med egne avsluttende eksamener, fant du alltid ekstra energi til meg.

Oslo, desember 2016

Emil Moss Skjelland

Innhold

FORORD.....	3
1 INNLEDNING.....	7
1.1 Tema og problemstilling.....	7
1.2 Metode og opplegg.....	9
1.2.1 Opplegg og avgrensninger	9
1.2.2 Metode og rettskilder.....	10
2 IVERKSETTELSESFORBUDET OG STATSSTØTTEREGLENE.....	13
2.1 Bakgrunn	13
2.1.1 Forbudet mot statsstøtte.....	13
2.1.2 Iverksettelsesforbudet i EU	15
2.2 Beskyttelse av konkurrenten ved brudd på iverksettelsesforbudet ..	18
2.2.1 Innledning	18
2.2.2 Konkurrenter som rettighetshavere etter iverksettelsesforbudet	20
2.2.3 Krav om stansing av ulovlig støtte.....	21
2.2.4 Krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte	22
2.2.5 Krav om midlertidig stansing og tilbakeføring.....	25
2.2.6 Krav om erstatning ved brudd på iverksettelsesforbudet	31
2.3 Unntak fra tilbakeføring	33
2.4 Iverksettelsesforbudet – hjemmel i seg selv eller krav om hjemmel?	39
3 IVERKSETTELSESFORBUDET I EØS-RETTE	42
4 IVERKSETTELSESFORBUDET I NORSK RETT	50
4.1 Gjennomføringen av iverksettelsesforbudet i norsk rett	50
4.2 Høyesteretts avgjørelse i Hydro/Søral og iverksettelsesforbudet	55
4.3 Støttegivers plikt til ikke-iverksettelse og tilbakeføring.....	60
4.4 Rettslige disposisjoner i strid med iverksettelsesforbudet	62
4.4.1 Behovet for ugyldighet.....	62
4.4.2 Ugyldighet for enkeltvedtak	64
4.4.3 Ugyldighet for avtaler	66
4.5 Støttemottakers plikt til tilbakeføring.....	69
4.6 Iverksettelsesforbudets gjennomslag i norsk rett.....	75
4.7 Oppsummering.....	79

5	HÅNDHEVELSEN AV BRUDD PÅ IVERKSETTELSESFORBUDET FOR NORSKE DOMSTOLER.....	80
5.1	Innledning og oversikt.....	80
5.1.1	Innledning.....	80
5.1.2	Oversikt over problemstillingene	81
5.2	Rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3	84
5.2.1	Utgangspunkter	84
5.2.2	Støtte gitt ved enkeltvedtak og avtaler – særlig om partenes tilknytning til kravet.....	85
5.2.3	Generelle støtteordninger og krav til søksmålgjenstanden....	91
5.3	Midlertidig sikring	98
5.3.1	Utgangspunkter	98
5.3.2	Midlertidig stansing	100
5.3.3	Midlertidig tilbakeføring	103
5.3.4	Sikkerhetstillegg og erstatningsansvar for saksøker ved midlertidig stansing og tilbakeføring	106
5.4	Fastsattelsesdom om støttegivers plikt til å kreve tilbakeføring....	108
5.5	Oppsummering.....	109
6	ERSTATNING.....	111
6.1	Konkurrentens krav om erstatning fra staten eller andre støttegivere	111
6.1.1	Innledning.....	111
6.1.2	Kravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd	113
6.1.3	Kravet om årsakssammenheng.....	115
6.1.3.1	Forholdet mellom erstatning og tilbakeføring eller ESAs etterfølgende godkjenning	115
6.1.3.2	Særlig om bevis for årsakssammenheng.....	117
6.2	Erstatningskrav mot støttemottaker.....	118
6.3	Oppsummering.....	120
7	AVSLUTNING	122
	LITTERATURLISTE.....	126

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Ulike former for offentlige støttetiltak til økonomi og næringsliv er viktige virkemidler for å oppnå politiske målsettinger. EØS-avtalen har imidlertid regler som begrenser EØS-statenes adgang til å gi statsstøtte til foretak og statsstøttereglene er et av grunnelementene i EU- og EØS-samarbeidet. Håndhevelsen av statsstøttereglene er for EFTA-statenes vedkommende lagt til EFTAs overvåkingsorgan (ESA). Det følger av håndhevelsesreglene at støtte som omfattes av avtalen skal meldes til ESA, og ikke gis før ESA har samtykket. ESA spiller altså en sentral rolle i håndhevelsen av statsstøttereglene.¹

Det har lenge vært sikker rett i EU at forbudet mot å gi støtte før den er godkjent av Kommisjonen – som gjerne refereres til som iverksettelsesforbudet – kan håndheves av private parter. I EU-sammenheng har det også vært ansett som et problem at potensialet for effektiv håndhevelse av statsstøttereglene som ligger i privates søksmål for nasjonale domstoler, ikke er utløst. Kanskje særlig når det gjelder statsstøtte, kan privat håndhevelse på nasjonalt nivå være effektivt. Dette fordi hverken støttegiver eller støtemottaker vil ha de samme umiddelbare incentiver som en konkurrent i at iverksettelsesforbudet håndheves. Som følge av dette ble det foretatt en studie i 2006 av den nasjonale håndhevelsen av statsstøttereglene, og en oppfølgingsstudie i 2009 (Oppfølgingsstudien), begge i regi av Kommisjonen. Sistnevnte viste at tendensen til privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet ved nasjonale domstoler øker, men at det enda er uforløst potensiale.² Undersøkelsen fra 2006, og ønsket om å utløse dette potensialet, utgjorde noe av bakgrunnen for Kommisjonens

¹ Se EØS-avtalen artikkel 61 og ODA protokoll 3 Del I.

² Se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 2 og 4, som er tilgjengelig på Kommisjonens nettsider, se lenke i litteraturlisten under «Statistikk, studier og rapporter i forbindelse med statsstøtte». Også studien fra 2006 er tilgjengelig samme sted.

retningslinjer for håndhevelse av statsstøttereglene i nasjonale domstoler (Kommisjonens Enforcement Notice). Der uttales følgende:

«In spite of the fact that, as highlighted in the Enforcement Study, genuine private enforcement before national courts has played a relatively limited role in State aid to date, the Commission considers that private enforcement actions can offer considerable benefits for State aid policy. Proceedings before national courts give third parties the opportunity to address and resolve many State aid related concerns directly at national level. In addition, based on the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities ('ECJ'), national courts can offer claimants very effective remedies in the event of a breach of the State aid rules. This can in turn contribute to stronger overall State aid discipline.»³

ESA har utarbeidet retningslinjer for nasjonal håndhevelse av iverksettelsesforbudet (ESAs Enforcement Notice), som tilsvarer Kommisjonens Enforcement Notice. I disse har ESA lagt til grunn at også private – som i EU – skal kunne håndheve iverksettelsesforbudet. Retningslinjene redegjør for ESAs tolkning av EØS-retten når det gjelder nasjonale domstolars rolle og plikter ved privat håndhevelse av statsstøttereglene og legger til grunn at det gjelder betydelige EØS-rettslige føringer ved nasjonale domstolars håndtering av saker som gjelder ulovlig statsstøtte. Retningslinjene legger også til grunn at private som er beskyttet av iverksettelsesforbudet skal ha adgang til bestemte rettsfølger ved ulovlig statsstøtte. Samtidig synes det å være få saker som gjelder privat håndhevelse av statsstøttereglene i Norge.⁴ Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s.1665 (Hydro/Søral) har imidlertid aktualisert spørsmålet om iverksettelsesforbudets betydning, virkninger og håndhevelse i norsk rett.⁵ De spørsmål avgjørelsen reiser er fortsatt aktuelle.

³ Se Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 5.

⁴ Det er vanskelig å vite i hvor mange saker private påberoper seg at det foreligger ulovlig statsstøtte. Alterskjær m.fl. (2008) s. 352 har pekt på at det lave antallet saker er besynderlig, og viser til to avgjørelser. Utover dette har jeg bare funnet to avgjørelser: en upublisert beslutning fra Oslo tingrett av 5. november 2015 i saken mellom Synnøve Finden AS og staten og TOSLO-2010-45497.

⁵ Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral.

Siktemålet med denne avhandlingen er å analysere den beskyttelsen iverksettelsesforbudet gir konkurrenter til mottakere av ulovlig statsstøtte. I dette ligger en analyse av iverksettelsesforbudets virkninger i norsk rett og det rettslige rammeverket for privat håndhevelse av forbudet. Opplegget for avhandlingen skisseres i neste punkt.

1.2 Metode og opplegg

1.2.1 Opplegg og avgrensninger

På overordnet nivå faller analysen av konkurrentens rettsstilling ved ulovlig statsstøtte i to deler. For det første kreves en analyse av hvilke krav EØS-retten stiller når det gjelder private parters rettigheter ved brudd på iverksettelsesforbudet. For det andre kreves en analyse av disse beskyttelsesmekanismene etter norsk rett.

Fremstillingen er lagt opp slik at punkt 2.1 vil beskrive hovedlinjene i statsstøttereglene og koble dette opp mot iverksettelsesforbudet. Deretter vil punkt 2.2 og 2.3 beskrive iverksettelsesforbudets innhold når det gjelder beskyttelse av private i henhold til EU-retten. Bortsett fra punkt 2.1.1, vil denne delen av avhandlingen tar utgangspunkt i EU-retten, ettersom det er i EU-retten forbudets innhold er utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Koblingen mellom iverksettelsesforbudet i EU og iverksettelsesforbudet i EØS-retten foretas i kapittel 3. I kapittel 4 behandles den norske gjennomføringen av iverksettelsesforbudet, og de materielle virkninger dette har i norsk rett. Dette omfatter de rettigheter, plikter og kompetanser som iverksettelsesforbudet gir grunnlag for, samt ugyldighetsvirkninger for rettslige disposisjoner som innebærer ulovlig statsstøtte. I kapittelet gjennomgås også Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s.1665 (Hydro/Søral), og avgjørelsens betydning for tolknin-gen av iverksettelsesforbudet. I tillegg vurderes iverksettelsesforbudets gjennomslag i norsk rett. I kapittel 5 analyseres så de prosessuelle sider ved konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet for nasjonale domstoler, i lys av de krav EØS-retten stiller. Konkurrentens rett til er-

statning ved brudd på iverksettelsesforbudet behandles deretter i kapittel 6.⁶ Til sist rundes fremstillingen av i kapittel 7.

Når det gjelder avgrensninger, er avhandlingens fokus på privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet i norsk rett. Dette innebærer at de materielle statsstøttereglene bare trekkes inn i svært begrenset grad. Dermed vil heller ikke det omfattende regelverket om unntaksordninger fra meldepliktig statsstøtte og de ulike retningslinjene til ESA og Kommisjonen om ulike støtteformer trekkes inn i avhandlingen. På samme måte avgrenses det også mot ESA og Kommisjonens kontroll av statsstøttereglene. Endelig er det grunn til å understreke at avhandlingen konsentrerer seg om privat håndhevelse av statsstøttereglene fra støttemottakerens *konkurrenter*. Spørsmålet om andre private aktørers håndhevelsesmuligheter behandles derfor ikke.

1.2.2 Metode og rettskilder

Når siktemålet er å klarlegge konkurrentens muligheter til privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet etter norsk rett, krever dette først en analyse av hvilke beskyttelsesmekanismer EØS-retten gir til private som forsvar mot ulovlige støtteutdelinger. Som påpekt av Fredriksen og Mathisen, innebærer EØS-rettens homogenitetsmålsetting en tolkningsprosess i to trinn: Først må innholdet av EU-retten tolkes, og dernest må det vurderes om løsningen kan overføres til EØS-retten.⁷

Iverksettelsesforbudets innhold og rettsvirkninger er i stor grad utviklet gjennom EU-domstolens rettspraksis, og denne står derfor sentralt i avhandlingen. Noen nærmere utdypning av den EU-rettslige metoden er det ikke behov for her.⁸ Det vil fremgå underveis hvilke slutninger som trekkes fra de enkelte dommer. Det kan imidlertid påpekes at formålsbetraktninger, som ellers i EU-retten, spiller en vesentlig rolle.

⁶ Når det gjelder rett til erstatning ved brudd på iverksettelsesforbudet, reiser dette langt flere problemstillinger enn det som er mulig å behandle her. Erstatning er samtidig en sentral rettsfølge for konkurrenten. Derfor er emnet – selv om det ikke behandles i sin fulle bredde – likevel tatt med i fremstillingen.

⁷ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 217.

⁸ Se for øvrig Fredriksen og Mathisen (2014) s. 239–241 og Arnesen og Stenvik (2015) s. 40–42 om tolkningen av EU-domstolens avgjørelser.

EU-domstolen har lagt vekt på formålsbetraktninger når den har fastlagt iverksettelsesforbudets nærmere innhold og uttalt seg om hvilke formål som skal vektlegges ved anvendelsen av iverksettelsesforbudet.⁹ Disse formålene får også betydning der tolkningen av norske rettsregler er av betydning for etterlevelsen av EØS-regler.

Noen bemerkninger må knyttes til Generaladvokatens uttalelser og Kommisjonens retningslinjer, ettersom det vil bli vist til disse i avhandlingen. Disse kildene får betydning for EØS-retten fordi innholdet i iverksettelsesforbudet først og fremst må kartlegges med utgangspunkt i EU-retten. Generaladvokatens uttalelser kan være en viktig kilde til forståelse og informasjon, både når det gjelder de enkelte rettsavgjørelser og EU-retten generelt. Som rettskildefaktor kan imidlertid vekten av Generaladvokatens uttalelser variere.¹⁰ Kommisjonens Enforcement Notice er ikke bindende, men først og fremst en kilde til forståelse av iverksettelsesforbudet. Samtidig er retningslinjene et uttrykk for hvordan Kommisjonen tolker og anvender regelverket. Vekten av Kommisjonens praksis som rettskildefaktor, er vanskelig å besvare generelt.¹¹ Sejersted m.fl. påpeker at selv om EU-domstolen alene skal fortolke EU-retten, har Kommisjonen og EU-domstolen «sammenfallende interesse i et så effektivt og integrert fellesskap som mulig, og det styrker vekten» av Kommisjonens praksis.¹² Retningslinjene er videre basert på et stort tilfang av rettspraksis og utarbeidet spesifikt som ledd i den økte satsingen på privat håndhevelse av statsstøttereglene.¹³ Retningslinjene er også mye brukt i EU-rettslig litteratur.

Når det gjelder forholdet mellom Kommisjonens Enforcement Notice og ESAs Enforcement Notice, er det ingen materielle forskjeller av betydning for avhandlingen her. Det vil forøvrig henvises til begge underveis i fremstillingen.

⁹ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 231–236 for mer om dette.

¹⁰ Sejersted m.fl. (2011) s. 135.

¹¹ Sejersted m.fl. (2011) s. 58.

¹² Sejersted m.fl. (2011) s. 58.

¹³ Se Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 1–6.

I lys av oppgavens siktemål, kreves for det andre en analyse av gjennomføringen, virkninger og tilgjengeligheten av disse beskyttelsesmekanismene i norsk rett. Når det gjelder denne analysen, vil metoden naturligvis preges av avhandlingen har et EØS-rettslig tema. Også her nøyer jeg meg med å vise til at metoden vil fremgå underveis i avhandlingen.

Til sist kan det pekes på at det i dag er visse forskjeller mellom prosedyrereglene i EU-retten og EØS-retten. Inntil nylig var det forordning (EF) nr. 659/1999 (heretter Prosedyreforordningen) som gjaldt både i EU og EØS-samarbeidet.¹⁴ Prosedyreforordningen er gjennomført i norsk rett ved Forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte.¹⁵ Som ledd i arbeidet med å modernisere statsstøttereglerne, er det utformet nytt regelverk i EU. Rådets forordning (EU) Nr. 734/2013 (heretter Endringsforordningen) medfører enkelte endringer i Prosedyreforordningen når det gjelder Kommisjonens behandling av klager, Kommisjonens samarbeid med nasjonale domstoler og Kommisjonens innhenting av opplysninger.¹⁶ Senere har Endringsforordningen og Prosedyreforordningen blitt samlet i Rådets forordning (EU) 2015/1589 av 13. juli 2015 (heretter den Konsoliderte Prosedyreforordningen).¹⁷ I skrivende stund avventer man Stortingets samtykke til EØS-komiteens vedtak om å implementere Endringsforordningen i EØS-avtalen. Det er altså fortsatt Prosedyreforordningen som gjelder i Norge. De regler som er aktuelle å trekke frem i avhandlingen, er imidlertid videreført i den Konsoliderte Prosedyreforordningen, men noen steder har de fått en annen plassering.

¹⁴ Rf/659/1999/EF.

¹⁵ Forskrift om EØS-prosedyreregler § 1 gjør ODA-protokoll 3 del II til forskrift. ODA protokoll 3 del II tilsvarer Prosedyreforordningen. Se forøvrig Hjelmen (2004) s. 13 for mer om gjennomføringen.

¹⁶ Rf/734/2013/EU.

¹⁷ Rf/2015/1589/EU.

2 Iverksettelsesforbudet og statsstøttereglene

2.1 Bakgrunn

2.1.1 Forbudet mot statsstøtte

Forbudet mot statsstøtte til foretak fremgår av EØS-avtalen artikkel 61, som speiler TEUV artikkel 107.¹⁸ EØS-avtalen artikkel 61 første ledd setter forbud mot å utdele statsstøtte, samtidig som andre og tredje ledd gir henholdsvis unntak fra og hjemmel til å fritta fra forbudet.¹⁹

I bestemmelsen ligger det fem vilkår som samlet sett innebærer at statsstøttereglene får et svært vidt nedslagsfelt. For det første må det dreie seg om «støtte» i form av en økonomisk fordel som støttemottakeren ikke ville mottatt på normale markedsvilkår.²⁰ Støttebegrepet tolkes svært vidt, og omfatter blant annet direkte subsidier, overkompensasjon ved kjøp av offentlige tjenester, salg av eiendom til underpris og reduksjoner av et foretaks normale byrder i form av skatte- og avgiftslettelser.²¹ Med andre ord kan «støtte» komme i svært mange former.

Det andre vilkåret er at støtten må være gitt av en «EFTA-stat» eller gjennom «statsmidler i enhver form». Som støttebegrepet tolkes også statsbegrepet vidt, og foruten statsorganer omfatter det også regionale og lokale myndigheter, og andre offentlige organer.²² For at det skal dreie seg om statsmidler er det ikke nødvendig med en faktisk overføring av midler eller en belastning av offentlige budsjetter, det er tilstrekkelig at støtten

¹⁸ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 592–594 og Alterskjær m.fl. (2008) s. 46–51 om foretaksbegrepet.

¹⁹ Det kan pekes på at statsstøttereglenes formål har utviklet seg over tid, se Bacon (2013) s. 4–5. Et opprinnelig hovedformål med statsstøttereglene var å sikre det indre markedes funksjon ved å unngå at medlemsstater konkurrerte gjennom subsidier og slik hindret økonomisk integrasjon. Dette formålet har over tid utviklet seg, slik at statsstøttereglene i dag har et blandet formål, som blant annet effektiv statlig intervensjon i markedet og effektiv bruk av offentlige midler.

²⁰ Bacon (2013) s. 12.

²¹ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 574, med videre henvisninger.

²² Bacon (2013) s. 63 og Sejersted m.fl. (2011) s. 583.

direkte eller indirekte overføres fra statsmidler.²³ Til tross for hva ordlyden «eller» indikerer, skal dette leses som kumulative vilkår.²⁴ Formålet med sontringen er å markere at også støtte gitt indirekte gjennom offentlige og private organer omfattes.²⁵ Med andre ord må støtten både være gitt av staten og av statsmidler. Der støtten kan «tilregnes» staten vil dermed også støtte fra offentlige foretak være statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61 (1).²⁶ Her kan det imidlertid nevnes at EU-domstolen i C-482/99 Stardust Marine fant at det ikke er tilstrekkelig at staten kan kontrollere et selskap for at bestemte disposisjoner fra et offentlig foretak skal tilregnes staten.²⁷ Det kreves at staten har vært involvert i selve den disposisjonen som er hevdet å innebære statsstøtte.²⁸

Det tredje vilkåret er at støtten er selektiv, ved å begunstige «enkelte» foretak eller produksjonen av enkelte «varer». Dette vil være situasjonen hvor et bestemt foretak mottar statsstøtte. Også generelle støtteordninger omfattes, slik at selektivitetskriteriet også fanger opp generelle regler som innebærer fordeler for enkelte foretak eller bransjer.²⁹

Det fjerde vilkåret er at støtten «vri eller truer med å vri konkurransen». Det er tilstrekkelig at støtten begunstiger et foretak på en måte som truer med å vri konkurransen.³⁰ Dette innebærer at det ikke er nødvendig å påvise at konkurransen på markedet rent faktisk er påvirket. Dermed kreves det heller ikke mye før vilkåret er oppfylt dersom de øvrige vilkårene først er tilfredsstilt.³¹

Det femte vilkåret er at statsstøtten påvirker samhandelen mellom medlemsstatene. Heller ikke her er det nødvendig å påvise at statsstøtten

²³ Bacon (2013) s. 66 og Sejersted m.fl. (2011) s. 589–590.

²⁴ Bacon (2013) s. 63.

²⁵ Se C-379/98 PreussenElektra premiss 63.

²⁶ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 585–588 om vurderingen av om et tiltak kan tilregnes staten.

²⁷ C-482/99 Stardust Marine premiss 51–54.

²⁸ C-482/99 Stardust Marine premiss 55.

²⁹ Se Bacon (2013) s. 70 og Alterskjær m.fl. (2008) s. 38–40.

³⁰ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 596.

³¹ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 52–54.

faktisk påvirker samhandelen.³² Det er tilstrekkelig å påvise at en støtte-mottaker konkurrerer med bedrifter på det indre marked.³³

Samlet sett innebærer disse vilkårene at forbudet mot statsstøtte har et svært vidt nedslagsfelt. Støtten kan komme i flere former, både gjennom offentlige utøvelse av privat autonomi og offentlige myndighetsutøvelse. Støtten kan dessuten komme fra andre rettssubjekter enn staten. Samtidig følger det av EØS-avtalen artikkel 61 (3) at ESA kan – og etter EØS-avtalen artikkel 61 (2) skal – godkjenne visse former for støtte.³⁴ I denne sammenheng kommer iverksettelsesforbudet inn.

2.1.2 Iverksettelsesforbudet i EU

I EU følger iverksettelsesforbudet i dag av TEUV artikkel 108 (3) og artikkel 3 i den Konsoliderte Prosedyreforordningen.³⁵ I TEUV artikkel 108 (3) er iverksettelsesforbudet formulert slik:

«The Member State concerned shall not put its proposed measures into effect until this procedure has resulted in a final decision»

Forbudet innebærer i korthet at tiltak som innebærer støtte ikke kan iverksettes før tiltaket er godkjent av Kommisjonen.³⁶ Dette innebærer også at forbudet gjelder uavhengig av om Kommisjonen har plikt til å godkjenne støtten etter TEUV artikkel 107 (2) eller om Kommisjonen har en skjønnsmessig adgang til å godkjenne støtten etter TEUV artikkel 107 (3).³⁷

Kommisjonen har eksklusiv kompetanse til å avgjøre om statsstøtte er forenelig med det indre marked, men likevel slik at Kommisjonens vedtak

³² Se Sejersted m.fl. (2011) s. 599.

³³ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 599.

³⁴ Jf. tilsvarende TEUV 107 (3) og (2).

³⁵ Tidligere fulgte iverksettelsesforbudet av Romatraktaten artikkel 93 og EF-traktaten artikkel 88 (3).

³⁶ Ordlyden kan strengt tatt tyde på at ethvert endelig vedtak fra Kommisjonen er tilstrekkelig, også negative. I lys av systemet og sikker praksis, er det imidlertid klart at det må dreie seg om et positivt vedtak.

³⁷ Bacon (2013) s. 437.

kan prøves for EU-domstolene.³⁸ I tillegg kommer det særlige unntaket etter TEUV artikkel 108 (2) tredje og fjerde ledd, som foreskriver at Rådet enstemmig kan avgjøre at et støttetiltak er forenelig med det indre marked. Formålet med iverksettelsesforbudet er å sikre Kommisjonens forutgående kontroll og godkjennelse av støttetiltak, slik at støtte som er uforenelig med det indre marked aldri iverksettes.³⁹ Hvis støtte utdeles i strid med iverksettelsesforbudet, er støtten ulovlig.⁴⁰

Iverksettelsesforbudet retter seg i utgangspunktet mot medlemsstatene. EU-domstolen fastslo imidlertid tidlig at iverksettelsesforbudet har direkte virkning, og dermed at private kunne utlede rettigheter av bestemmelsen.⁴¹ EU-domstolen har i denne sammenheng påpekt at Kommisjonen og nasjonale domstoler «*fulfil complementary and separate roles*»: Kommisjonens primære rolle er å avgjøre hvorvidt støtten er forenelig med det indre marked, mens nasjonale domstoler skal sikre privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet.⁴² Kommisjonens mulighet til å sikre privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet er – som for ESA – begrenset. Kommisjonen har ikke mulighet til å fatte endelig vedtak om tilbakeføring før den har fastslått at støtten er uforenelig med det indre marked, og bare en begrenset adgang til å gi pålegg til medlemsstaten om midlertidig stans og midlertidig tilbakeføring.⁴³

EU-domstolens praksis viser altså at iverksettelsesforbudet gir private rettigheter som nasjonale domstoler skal beskytte. Dette er også grunn-

³⁸ Se f.eks. C-284/12 Lufthansa premiss 28.

³⁹ Se f.eks. C-199/06 CELF I premiss 36–37 og 47–48 og C-284/12 Lufthansa premiss 26.

⁴⁰ Se C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 40 med videre henvisninger. Se for øvrig også den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 1 f om ulovlig støtte og definisjonen av dette som «new aid put into effect in contravention of Article 108(3) TFEU». Begrepet «new aid» omfatter alle generelle støtteordninger og individuelle støttetiltak som ikke faller inn under definisjonen av eksisterende støtte eller innebærer endringer av en eksisterende støtteordning, jf. den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 1 c. Begrepene individuell støtte, generelle støtteordninger og eksisterende støtteordninger er nærmere definert i den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 1 og Prosedyreforordningen artikkel 1. Se Quigley (2015) s. 501 for en oversikt.

⁴¹ Se Hjelmeng (2004) s. 147 med videre henvisninger.

⁴² Se f.eks. C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 37–38.

⁴³ Se den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 13 og Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 25.

laget for nasjonale domstolars kompetanse på statsstøtterettens område og for deres rolle som voktere av privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet.⁴⁴ Om denne rollen uttalte EU-domstolen i C-354/90 FNCE:

«Whilst the Commission must examine the compatibility of the proposed aid with the common market, even where the Member State has acted in breach of the prohibition on giving effect to aid, national courts do no more than preserve, until the final decision of the Commission, the rights of individuals faced with a possible breach by State authorities of the prohibition laid down by Article 93(3) of the Treaty.»⁴⁵

EU-domstolen har videre understreket at det nasjonale domstoler i sin endelige avgjørelse skal beskytte konkurrenten mot er «...the consequences of unlawful implementation of aid».⁴⁶ Dette krever at nasjonale domstoler vurderer om iverksettelsesforbudet er brutt, altså om et tiltak innebærer statsstøtte slik dette følger av TEUV artikkel 107 (1), og om tiltaket skulle vært godkjent av Kommisjonen.⁴⁷ Dette innebærer videre at nasjonale domstoler må prøve om den påståtte støtten er unntatt fra meldeplikten gjennom et gruppeunntak, og eventuelt om vilkårene for eksisterende støttetiltak er overholdt.⁴⁸

Konkurrenten har altså krav på beskyttelse helt frem til Kommisjonens endelige vedtak. Der Kommisjonens godkjennelse av ulovlig støtte angripes innen søksmålsfristen og deretter oppheves, er situasjonen den samme som der det ikke foreligger noen godkjennelse fra Kommisjonen.⁴⁹ Det synes heller ikke å være grunn til at nasjonale domstolars plikt til å beskytte private ved brudd på iverksettelsesforbudet ikke gjelder når Kommisjonen pålegger medlemsstaten å tilbakeføre ulovlig statsstøtte.

⁴⁴ Bacon (2013) s. 539.

⁴⁵ C-354/90 FNCE premiss 14.

⁴⁶ C-39/94 SFEI premiss 67. Se også tilsvarende i C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 46.

⁴⁷ Se C-354/90 FNCE premiss 10 og C-39/94 SFEI premiss 49.

⁴⁸ Se Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 15–16 med videre henvisninger. Se også den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 2 nr. 1.

⁴⁹ Se C-1/09 CELF II premiss 24–25.

Den nasjonale domstolens håndhevelse må på dette punkt være uavhengige av Kommisjonens håndhevelse. En annen sak er at private ikke kan reise traktatbruddssøksmål mot medlemsstaten.⁵⁰

2.2 Beskyttelse av konkurrenten ved brudd på iverksettelsesforbudet

2.2.1 Innledning

I C-158/80 Rewe Handelsgesellschaft uttalte EU-domstolen at ved fravær av EU-regler om det motsatte, var traktaten ikke ment å skape nye rettsmidler utover de som allerede fantes i nasjonal rett.⁵¹ Utgangspunktet er altså at beskyttelsen av de rettigheter som private utleder av EU-retten må skje i henhold til medlemsstatenes interne rett, såfremt ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet etterleves.⁵²

Samtidig har EU-domstolen på visse rettsområder gått lenger enn dette, ved å stille krav om at private som utleder rettigheter av EU-retten skal kunne oppnå visse rettsfølger gjennom å håndheve rettighetene for de nasjonale domstoler.⁵³ I EU-domstolens avgjørelse i C-368/04 Transalpine Ölleitung understreket EU-domstolen også at beskyttelsen av privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet må skje i samsvar med effektivitets- og ekvivalensprinsippet.⁵⁴ EU-domstolen har imidlertid gått langt i å fastlegge *hvordan* nasjonale domstoler skal beskytte privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet. EU-domstolens praksis viser at konkurrenten må gis adgang til å oppnå bestemte rettsfølger ved nasjonale domstoler. Det er dermed dekkende når Heidenhain uttaler:

«Neither article 88 (3) last sentence EC nor the parallel provision in Article 3 Reg 659/1999 specify which consequences national law has to attach to non-compliance. It is therefore in principle for na-

⁵⁰ Hancher mfl. (2012) s. 1003.

⁵¹ Se C-158/80 Rewe Handelsgesellschaft premiss 44.

⁵² Craig og De Búrca (2015) s. 226–229.

⁵³ Craig og De Búrca (2015) s. 237.

⁵⁴ Se C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 45.

tional law to determine both the applicable procedural rules and the remedies available on condition that they are not less favorable than those attached to rights which originate in domestic law (principle of equivalence) and do not render impossible or excessively difficult in practice the exercise of rights conferred by Article 88 (3) last sentence EC (principle of effectiveness). *Yet the case law on the remedies that national law must provide has in large part superseded the so-called national procedural autonomy of the Member States* [min utheving]. »⁵⁵

I Kommisjonens Enforcement Notice er det lagt til grunn at iverksettelsesforbudets direkte virkning medfører at private både skal kunne hindre ulovlig utbetaling av støtte og oppnå tilbakeføring av ulovlig støtte, eventuelt av renter på støttebeløpet der støtten godkjennes.⁵⁶ Videre legger Kommisjonens Enforcement Notice til grunn at private må ha adgang til erstatning og midlertidige tiltak mot ulovlig statsstøtte.⁵⁷ I punkt 2.2.2 skal vi se nærmere på hvem som er å anse som rettighetshavere etter iverksettelsesforbudet, og deretter hvilke krav EU-retten krever at posisjonen som rettighetshaver skal gi grunnlag for, jf. punkt 2.2.3 til 2.2.6.

I engelskspråklig litteratur brukes gjerne begrepet «remedy» når håndhevelsen av EU-rettslige rettigheter omtales. Begrepet er ikke uten videre lett å oversette til norsk, og det anvendes også på ulike måter i litteraturen: begrepet kan forstås både som en betegnelse på hele den rettslige prosessen håndhevelsen av rettigheten innebærer, og som betegnelse på de rettsfølger en person kan oppnå gjennom håndhevelsen av rettigheten.⁵⁸ Begrepet brukes i sammenheng med privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet, men heller ikke her konsekvent. Noen ganger omtales stansing og tilbakeføring som rettigheter som gir grunnlag for «remedies»,

⁵⁵ Heidenhain (2010) s. 774.

⁵⁶ Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 26.

⁵⁷ Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 26.

⁵⁸ Se her Prechal (2005) s. 145 fotnote 99 som peker på dette: «The term 'remedies' can basically mean two things. Firstly, the means provided by the law to recover rights or to obtain redress, relief, etc. [...] Secondly, it may denote the (form of) relief or redress given by a court.».

mens andre ganger omtales stansing og tilbakeføring som «remedies». ⁵⁹ I avhandlingen er fokuset på hvilke rettsfølger konkurrenten kan oppnå for nasjonale domstoler, men det kan altså være vanskelig å skille mellom rettsfølger og rettighet i denne sammenheng. For avhandlingens formål er det etter min mening ikke nødvendig å trekke et skarpt skille, fordi punkt 2.2. vil gi tilstrekkelig bakgrunn til at det vil være klart hva som omtales.

2.2.2 Konkurrenter som rettighetshavere etter iverksettelsesforbudet

Et sentralt spørsmål er *hvem* som har krav på beskyttelse under iverksettelsesforbudet. EU-domstolens praksis angir ikke presist hvilke individer som utleder rettigheter av iverksettelsesforbudet, og det er visse variasjoner i domstolenes formulering når den omtaler de parter som skal beskyttes ved brudd på iverksettelsesforbudet. ⁶⁰ I C-174/02 Streekgewest ble imidlertid EU-domstolen forelagt spørsmålet om hvilke individer som måtte gis adgang til å håndheve iverksettelsesforbudet for nasjonale domstoler. ⁶¹ Domstolen slo her fast at personer som kan utlede rettigheter av EU-retten, også skal ha rettslig interesse etter nasjonal rett, slik at rettigheten kan håndheves for nasjonale domstoler:

«As regards the national rules relating to the determination of an individual's standing and legal interest in bringing proceedings, the Court has held that Community law requires that such rules do not undermine the right to effective judicial protection when exercising the rights conferred by Community law [...] An individual may have an interest in relying before the national court on the direct effect of the prohibition on implementation referred to in the last sentence of Article 93(3) of the Treaty not only in order to erase the negative effects of the distortion of competition created by the grant of unlawful aid, but also in order to obtain a refund of a tax levied in breach of that provision. In the latter case, the question

⁵⁹ Sammenlign for eksempel Köhler (2012) s. 373 og Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 26.

⁶⁰ Se Metselaar (2014) s. 252–253. Også Heidenhain (2010) s. 780 peker på at det ikke i rettspraksis er gitt noen uttømmende definisjon av den beskyttede personkretsen etter iverksettelsesforbudet.

⁶¹ C-174/02 Streekgewest premiss 14.

whether an individual has been affected by the distortion of competition arising from the aid measure is irrelevant to the assessment of his interest in bringing proceedings. The only fact to be taken into consideration is that the individual is subject to a tax which is an integral part of a measure implemented in breach of the prohibition referred to in that provision».⁶²

Uttalelsen synes å innebære at personkretsen som utleder rettigheter av iverksettelsesforbudet i det minste omfatter to grupper.⁶³ For det første er personer som er berørt av konkurransevridningen den ulovlige statsstøtten medfører, beskyttet av iverksettelsesforbudet. For det andre må personer som betaler avgifter som utgjør en integrert del av en støtteordning – altså der finansieringen av støtten skjer ved en bestemt avgift – ha adgang til å håndheve iverksettelsesforbudet for de nasjonale domstoler. Det siste var tilfelle i *Streekgewest*. For formålet her er det tilstrekkelig å konstatere at i hvert fall støttemottakeres konkurrenter hører til kjernen av private som utleder rettigheter av iverksettelsesforbudet og dermed må ha adgang til å reise søksmål for nasjonale domstoler.

2.2.3 Krav om stansing av ulovlig støtte

EU-domstolen har uttalt at iverksettelsesforbudets formål er å sikre at statsstøtte som er uforenlig med det indre marked ikke gjennomføres.⁶⁴ Det er dermed naturlig at EU-retten stiller krav om at konkurrenter må ha adgang til å stanse utdeling av støtte i strid med iverksettelsesforbudet. En nærliggende måte å oppnå dette på er ved at rettslige disposisjoner som innebærer ulovlig støtte kjennes ugyldige.⁶⁵ Konkurrenten må også ha adgang til å kreve stansing av fremtidige utbetalinger av ulovlig støtte, altså før den faktisk er utbetalt.⁶⁶ Videre må adgangen til å stanse støttetiltak også gjelde uavhengig av i hvilken form støtten er gitt, altså uavhengig

⁶² C-174/02 *Streekgewest* premiss 18–19.

⁶³ Metslaar (2014) s. 253 og Heidenhain (2010) s. 780.

⁶⁴ Se C-199/06 *CELF I* premiss 47 og C-1/09 *CELF II* 29.

⁶⁵ Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 29.

⁶⁶ Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 28.

av om støtten for eksempel gis gjennom en kontrakt, myndighetsvedtak eller en generell støtteordning.⁶⁷

Et krav om stansing kan i prinsippet oppnås gjennom en dom. Ettersom stansingen gjerne skjer i påvente av Kommisjonens endelige avgjørelse, er det imidlertid nærliggende å anvende midlertidige tiltak. Dette behandles nedenfor i punkt 2.2.5.

2.2.4 Krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte

I EU-retten er tilbakeføring en sentral virkning ved ulovlig støtte, hva enten det er Kommisjonen eller nasjonale domstoler som finner at støtten er ulovlig. Dersom Kommisjonen fatter et negativt vedtak i forbindelse med ulovlig støtte, «skal» Kommisjonen også fatte vedtak om tilbakeføring etter den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 16. Tilbakeføring ble tidlig i EU-samarbeidet beskrevet av EU-domstolen som den «logiske» følgen av at Kommisjonen fant at støtte var ulovlig utbetalt.⁶⁸ Tanken bak tilbakeføringen er at den innebærer en gjenoppretting av situasjonen til slik den var før den ulovlige støtten, samt at støttemottakeren oppgir den fordel han har hatt som følge av støtten.⁶⁹ Når konkurrentene er rettighetshavere etter iverksettelsesforbudet, er den tilsvarende logiske følgen at tilbakeføring også skal kunne oppnås gjennom konkurrentens søksmål for nasjonale domstoler.

EU-domstolens avgjørelse i C-39/94 SFEI er sentral i denne sammenhengen. Domstolen ble her forelagt spørsmålet om hvorvidt en nasjonal domstol var forpliktet til å ta en påstand om tilbakeføring til følge dersom den fant at det forelå brudd på iverksettelsesforbudet. Domstolen uttalte:

⁶⁷ I Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 28 skilles det ikke mellom ulike støtteformer. I rettspraksis angående brudd på iverksettelsesforbudet, har ulike former for støtte vært oppe uten at det synes å være påpekt noe skille. Se for eksempel C-354/90 FNCE for myndighetsvedtak, C-275/10 Residex for kontrakter og C-368/04 Transalpine Ölleitung for generelle støtteordninger. Se likevel om C-368/04 Transalpine Ölleitung i punkt 2.2.5.

⁶⁸ Se Hjelmeng (2004) s. 35 med videre henvisninger. Av nyere praksis, se for eksempel C-275/10 Residex premiss 33–34. Se også Hjelmeng (2004), s. 35–37 med videre henvisninger, som påpeker at – til tross for at tilbakeføring kan få store konsekvenser for de berørte foretak – ligger det altså ingen pønål funksjon i tilbakeføringen.

⁶⁹ Se for eksempel C-275/10 Residex premiss 33–34.

«[...] a national court requested to order the repayment of aid must grant that application if it finds that the aid was not notified to the Commission, unless by reason of exceptional circumstances repayment is inappropriate.»⁷⁰

Uavhengig av om Kommisjonen har fattet vedtak om tilbakeføring, må altså nasjonale domstoler gi dom for tilbakeføring der iverksettelsesforbudet er brutt og det ikke foreligger «exceptional circumstances» (heretter «ekstraordinære omstendigheter»). I C-199/06 CELF I ble det gjentatt at en nasjonal domstol i prinsippet må ta til følge en påstand om tilbakeføring av støtte utdelt i strid med iverksettelsesforbudet. I avgjørelsen fastslo EU-domstolen at der Kommisjonen senere finner at den ulovlige støtten er forenelig med det indre marked, må støttemottakeren betale rente på støtten i den perioden støtten var ulovlig.⁷¹

Som EU-domstolen, legger Kommisjonen til grunn at der en nasjonal domstol finner at det foreligger ulovlig statsstøtte, må den i prinsippet gi dom for tilbakeføring av det fulle støttebeløpet.⁷² Søksmål for nasjonale domstoler kan innebære at tilbakeføringen skjer raskere enn ved klage til Kommisjonen, fordi Kommisjonen ikke kan fatte vedtak om tilbakeføring før den har vurdert støtten og funnet den uforenelig med det indre marked.⁷³ Nasjonale domstoler prøver derimot bare om det foreligger statsstøtte som dekkes av iverksettelsesforbudet.⁷⁴ Tilbakeføringen av ulovlig statsstøtte har til formål å gjenopprette konkurransesituasjonen, og noen vurdering av i hvilken grad den ulovlige statsstøtten har vært skadelig for markedet er ikke nødvendig.⁷⁵

Et spørsmål er likevel hva det innebærer at nasjonale domstoler skal gi dom for tilbakeføring. Dette fremgår ikke uttrykkelig av EU-domstolens praksis. Umiddelbart synes det kanskje mest nærliggende at konkurrenten

⁷⁰ Se C-39/94 SFEI premiss 71.

⁷¹ I C-199/06 CELF I premiss 39 og 52. Hele støttebeløpet må altså ikke tilbakeføres i slike tilfeller.

⁷² Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 30.

⁷³ Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 31.

⁷⁴ Jf. punkt 2.1.2 og Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 31.

⁷⁵ Da bortsett fra vurderingen som ligger i støttebegrepet selv ved at støtten må vri eller true med å vri konkurransen, jf. punkt 2.1.1.

saksøker støttemottaker, eventuelt også støttegiver, og krever dom for at støttemottakeren er forpliktet til å tilbakeføre ulovlig støtte. Man kan imidlertid tenke seg ulike løsninger. For eksempel kan konkurrenten saksøke støttegiver med påstand om at støttegiver skal kreve tilbake støtten. Man kunne også se for seg at domstolene bare konstaterte brudd på iverksettelsesforbudet, såfremt staten tok følgene av dette og sørget for tilbakeføring av ulovlig statsstøtte. Den sistnevnte løsningen harmonerer imidlertid dårlig med EU-domstolens formuleringer i *SFEI*.

Mange forfattere sonderer ikke mellom søksmål rettet mot støttegiver og søksmål rettet mot støttemottaker når de behandler nasjonale domstolers plikt til å gi dom for tilbakeføring.⁷⁶ I forbindelse med konkurrentens krav om tilbakeføring ved brudd på iverksettelsesforbudet, uttaler imidlertid Heidenhain:

«A direct remedy against the beneficiary is not required for the practical effectiveness of Article 88 (3) last sentence EC, but may be the consequence of the principle of equivalence.»⁷⁷

Alterskjær m.fl. har en lignende tilnærming, og legger til grunn at *SFEI* krever «at det er adgang for nasjonale domstoler til å avsi dom på reversering av støtte», og at det «synes prinsipielt ikke å være noe til hinder for» at det også kan nedlegges påstand om at støttemottakeren forpliktes til å tilbakebetale støtte såfremt denne er part i saken.⁷⁸ Det kan også vises til SOU 2011:69, som synes å snu på spørsmålet:

«En fråga som uppkommer är om medlemsstaterna måste tillhandahålla en möjlighet att föra en talan om förpliktande för den som

⁷⁶ Se Hancher, Slot og Ottervanger (2012) s. 1061 som uttaler: « Moreover, a court may be required to declare prematurely granted aid unlawful and order recovery without ruling on its compability with the internal market». Se også Bacon (2013), s. 543, med henvisning til C-1/09 CELF II, som uttaler at domstolen «[...] must order recovery if it is in no doubt that the measure amounts to State Aid, the measure does not benefit from a block exemption, the measure has been implemented, and no exceptional circumstances make recovery inappropriate». Lignende uttalelser finnes også i Mederer mfl. (2008) s. 632–634.

⁷⁷ Heidenhain (2010) s. 775.

⁷⁸ Alterskjær m.fl. (2008) s. 357–358. Se tilsvarende i Hjelmeng (2004), s. 164–165.

lämnat olagligt stöd att kräva tillbaka detta från mottagaren eller om det är tillräckligt att taleberättigade kan väcka talan mot stöd-mottagaren och få denne förpliktad att betala tillbaka stödet.»⁷⁹

Det kan altså være uklart hva dom for tilbakeføring mer presist innebærer. Det avgjørende synes imidlertid å være det resultatet EU-retten krever, og hvilken fremgangsmåte som er nødvendig for å tilbakeføre støtten på en effektiv måte. Her kan det også vises til EU-domstolens uttalelser i C-1/09 CELF II om når nasjonale domstoler plikter å beslutte midlertidige tiltak. EU-domstolen fant her at:

«The objective of the national courts' tasks is therefore to pronounce measures appropriate to remedy the unlawfulness of the implementation of the aid, in order that the aid does not remain at the free disposal of the recipient during the period remaining until the Commission makes its decision.»⁸⁰

Dommen behandles nærmere i neste avsnitt. En regel om at bare støt-tegiveren kan saksøkes, vil i så fall kreve at det nasjonale regelverket er utformet slik at dette formålet kan oppnås på en effektiv måte.⁸¹

2.2.5 Krav om midlertidig stansing og tilbakeføring

I *CELF II* fastslo EU-domstolen at nasjonale domstoler ikke nødvendigvis kan nøye seg med å stanse forhandlingene og avvente Kommisjonens beslutning om støttens forenelighet med det indre marked.⁸² Etter om-stendighetene kan nasjonale domstoler ha en plikt til å gi konkurrenten medhold i et krav om midlertidig beskyttelse. EU-domstolen viste til at dersom den nasjonale domstolen nøyde seg med å stanse saken i påvente av Kommisjonens avgjørelse, ville dette ha samme virkning som en *de facto* avvisning av krav om midlertidig beskyttelse av privates rettighe-

⁷⁹ Se SOU 2011:69 s. 107.

⁸⁰ C-1/09 CELF II premiss 30. Dette er gjentatt i C-284/12 Lufthansa premiss 31.

⁸¹ Se nærmere om dette i punkt 2.2.5 og 4.2.

⁸² Se C-1/09 CELF II 23 om spørsmålet fra den nasjonale domstolen.

ter etter iverksettelsesforbudet.⁸³ Om plikten til å sørge for midlertidig beskyttelse uttalte EU-domstolen at det var tre vilkår:

«The obligation to give a ruling without delay on the application for safeguard measures does not require the court before which that application is brought actually to adopt such measures [...] There is an obligation to adopt safeguard measures only if the conditions justifying such measures are satisfied, namely, that there is no doubt regarding the classification as State aid, that the aid is about to be, or has been, implemented, and that no exceptional circumstances have been found which would make recovery inappropriate. If those conditions are not satisfied, the national court must dismiss the application.»⁸⁴

Konkurrenten har følgelig rett til midlertidig beskyttelse der disse tre vilkårene er oppfylt. Dermed gir *CELF II* ikke rom for å anvende ytterligere vilkår i nasjonal rett.⁸⁵ Det stilles for eksempel ikke krav om at konkurrenten må påvise et særlig behov eller at markedet er spesielt skadelidende. Plikten til midlertidige tiltak er slik sett parallell med plikten til å gi dom for tilbakeføring, jf. punkt 2.2.4. *CELF II* innebærer imidlertid ingen ubetinget plikt for nasjonale domstoler til å gi medhold i et krav om midlertidige sikringstiltak.⁸⁶

Et særlig spørsmål er om siste setning i formuleringen over innebærer at *CELF II* fraviker uttalelser i *SFEI* om at den nasjonale domstolen må vurdere om midlertidig sikring er nødvendig.⁸⁷ Ordlyden innledningsvis

⁸³ C-1/09 *CELF II* premiss 31. I dommens premiss 33–34 fremhever EU-domstolen at det ikke på forhånd kan antas at Kommisjonens vedtak vil være positivt.

⁸⁴ C-1/09 *CELF II* premiss 36.

⁸⁵ Til sammenligning har Kommisjonen etter den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 13 (2) ikke kompetanse til midlertidige tiltak med mindre det er alvorlig risiko for betydelig og uopprettelig skade for en konkurrent. Adgangen er for øvrig lite brukt i praksis, se Bacon (2013) s. 467–468. Kommisjonen har heller ikke mulighet til å fatte bindende vedtak overfor støttemottakeren.

⁸⁶ Se C-1/09 *CELF II* premiss 39. Det må imidlertid være nødvendig å ta stilling til om vilkårene i *CELF II* er oppfylt, og dermed om det foreligger plikt til å anvende midlertidige tiltak.

⁸⁷ Se C-39/94 *SFEI* premiss 52–53. I premiss 53 uttales det at det er sannsynlig at det vil gå en viss tid før den nasjonale domstolen fatter en endelig avgjørelse – først og

i formuleringen slår fast at nasjonale domstoler ikke har plikt til midlertidig sikring der vilkårene ikke er oppfylt. Samtidig tyder siste setning på at nasjonale domstoler også må avvise begjæringer om midlertidig sikring der vilkårene nevnt i avgjørelsen ikke er oppfylt. I litteraturen er det imidlertid lagt til grunn at avgjørelsen ikke kan tolkes slik.⁸⁸

På en side er formuleringen «must dismiss» relativt klar. Samtidig synes en plikt til avvisning å åpne for at *CELF II* kan pålegge nasjonale domstoler en tilsidesettelse av ekvivalensprinsippet: man kan tenke seg at det var mulig å oppnå midlertidig sikring etter nasjonal rett, selv om vilkårene i *CELF II* ikke var oppfylt. Etter min mening har det formodningen mot seg at EU-domstolen mente å avskjære en slik mulighet. Det er også vanskelig å se behovet for en slik avskjæring av ekvivalensprinsippet. Jeg mener derfor rettssetningen i *SFEI* fortsatt gjelder. *CELF II* utelukker altså ikke at midlertidige tiltak kan være aktuelt etter nasjonal rett der vilkårene i *CELF II* ikke er oppfylt. Uttalelsene i *SFEI* gir imidlertid ikke veiledning om når det i så fall er nødvendig å anvende midlertidige tiltak etter EU-retten. Utgangspunktet synes dermed å være at dette må følge de alminnelige nasjonale regler.

Tilsynelatende sondres det i *CELF II* heller ikke mellom ulike former for ulovlig støtte. Det kan her likevel vises til *Transalpine Ölleitung*, som gjaldt en generell støtteordning i Østerrike, og som gikk ut på tilbakebetaling av innbetalt energiavgift. EU-domstolen viste til ekvivalensprinsippet og effektivitetsprinsippet, og uttalte deretter:

«Depending on the legal remedies provided for under domestic law, a national court may thus be seised of an application for

fremst der den nasjonale domstolen konsulterer Kommissjonen eller ber EU-domstolen om en tolkningsuttalelse – må den nasjonale domstolen avgjøre « [...] whether it is necessary to order interim measures in order to safeguard the interests of the parties pending final judgment».

⁸⁸ Se SOU 2011:69 s. 115 som blant annet peker på at EU-domstolen i C-1/09 *CELF II* innleder med å vise til uttalelsen om midlertidig sikring i C-39/94 *SFEI*. Vajda QC og Stuart (2010) s. 633–634 mener det ikke er holdepunkter i *CELF II* for at domstolen mente å avskjære midlertidig sikringstiltak etter nasjonal rett der vilkårene som oppstilles i *CELF II* ikke er oppfylt. Quigley (2015) s. 626 synes også å forutsette at uttalelsene i *SFEI* fortsatt gjelder.

interim relief such as the suspension of the measures at issue, in order to safeguard the interests of individuals and, in particular, to protect parties affected by the distortion of competition caused by the grant of the unlawful aid.»⁸⁹

I lys av formuleringen «depending» kan det kanskje spørres om den retten til midlertidige tiltak som senere oppstilles i *CELF II*, gjelder like ubetinget ved generelle støtteordninger. I lys av de klare uttalelsene i *CELF II*, er det imidlertid neppe grunn til å legge avgjørende vekt på formuleringen i *Transalpine Ölleitung*. Det er heller ikke holdepunkter i Kommisjonens Enforcement Notice eller i litteraturen for at generelle støtteordninger og individuelle støttetiltak behandles forskjellig på dette punkt. Til dette kommer at formen på statsstøtten klart er uten betydning når det gjelder iverksettelsesforbudet: forbudet gjelder så vel individuelle som generelle støtteordninger. På denne bakgrunn mener jeg at plikten til å beslutte midlertidige tiltak som oppstilles i *CELF II*, i det minste må omfatte stansing av generelle støtteordninger.⁹⁰

Det kan også spørres hvor tidlig man kan si at støtten er i ferd med å gjennomføres. Så vidt jeg kan se, er spørsmålet ikke behandlet i litteraturen. Vilkåret om at «aid is about to be [...] implemented», sikter til *støtten*. Ved individuelle støttetiltak synes det nærliggende å slutte at plikten til midlertidige tiltak i hvert fall ikke inntreder *før* det foreligger en rettslig disposisjon som gir støttemottakeren rett til støtten.⁹¹ Det vil være vanskelig å fastslå om en kontrakt eller avtale inneholder en fordel før

⁸⁹ C-368/04 *Transalpine Ölleitung* premiss 45.

⁹⁰ Midlertidig tilbakeføring kan kanskje stille seg annerledes, fordi dette kan reise praktiske problemer i forhold til mange støttemottakere ved generelle støtteordninger. Jeg går ikke nærmere inn på dette her. Se imidlertid punkt 5.4. om problemet knyttet til mange støttemottakere.

⁹¹ Kanskje kan dette stille seg annerledes ved generelle støtteordninger, ettersom støtteelementet her kan konstateres ved å analysere de generelle trekk ved støtteordningen, uten at de individuelle støttetildelingen etter ordningen må vurderes, se Bacon (2013) s. 437. Se i denne sammenheng også TOSLO-2010-45497. I dommen er det en inngående drøftelse av rettskildene når det gjelder spørsmålet om når støtten må anses iverksatt, *altså når iverksettelsesforbudet brytes*. Det var uomtvistet mellom partene at støtten i hvert fall var iverksatt der støttemottakerens rett til støtten har oppstått etter nasjonal rett.

et vedtak faktisk er fattet eller en kontrakt er inngått. Der for eksempel Kommisjonens retningslinjer for salg av offentlig eiendom ikke er fulgt, vil dette kunne skape tvil om hvorvidt det forestående salget faktisk skjer til markedspris. Samtidig betyr ikke manglende overholdelse av retningslinjene for salg av offentlig eiendom at iverksettelsesforbudet er brutt. Spørsmålet om hvorvidt kontrakten faktisk innebærer statsstøtte krever en vurdering av eiendommens markedsverdi sammenholdt med salgssummen og kontraktsvilkårene for å se om kontrakten innebærer en økonomisk fordel, jf. punkt 2.1.1. Dette vil være vanskelig å fastslå før vedtaket er fattet eller kontrakten er inngått.

Et mulig eksempel kan være Oslo kommunes salg av 1744 sykehusboliger i forbindelse med statens sykehusreform. I saken fant ESA at retningslinjene for salg av offentlig eiendom ikke var fulgt, noe som også var erkjent fra kommunens side. Etter en nærmere vurdering av avtalen, fant ESA likevel at eiendommen ikke var solgt til underpris og altså ikke innebar ulovlig statsstøtte.

Konkurrenten synes også tilstrekkelig beskyttet ved at han for eksempel kan anlegge ugyldighetssøksmål etter at vedtak er truffet eller kontrakt er inngått, kombinert med krav om midlertidige sikringstiltak som hindrer utbetalingen av støtten.

Det andre vilkåret EU-domstolen oppstiller, er at det ikke må foreligge ekstraordinære omstendigheter. Selv om EU-domstolen oppstiller dette som et generelt vilkår – som får anvendelse både der støtten er i ferd med å deles ut og der den er delt ut – synes vilkåret å måtte begrenses til midlertidig tilbakeføring. I EU-domstolens rettspraksis er vilkåret oppstilt som en skranke mot tilbakeføring, og innholdet i læren er tilpasset dette spørsmålet, se nedenfor i punkt 2.3. Det er ingen holdepunkter i EU-domstolens rettspraksis for å anta at medlemsstatenes forpliktelse til ikke å iverksette statsstøtte uten godkjenning fra Kommisjonen, kan lempes. Det er altså lite trolig at ekstraordinære omstendigheter kan påberopes for å rettfærdiggjøre brudd på iverksettelsesforbudet.

Et sentralt spørsmål er videre hva som ligger i vilkåret om at det ikke må være tvil om klassifiseringen av et bestemt tiltak som statsstøtte. Også dette spørsmålet synes bare i begrenset grad berørt i litteraturen.⁹²

Det kan spørres om vilkåret retter seg mot nasjonale domstoler s bevisvurdering, rettsanvendelse eller begge deler. Det er ingen uttalelser i *CELF II* som antyder at vilkåret gjelder bevisvurderingen, og selve formuleringen «*classification*» tyder heller ikke på at vilkåret retter seg mot bevisspørsmål.⁹³ En parallell kan også trekkes til den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 13 (2), hvor Kommissjonens adgang til å pålegge staten midlertidig tilbakeføring er betinget av at det «*according to an established practice there are no doubts about the aid character of the measure concerned*». Henvisningen til «*established practice*» tyder på at dette vilkåret gjelder den juridiske vurderingen, ikke den faktiske. Når det gjelder *CELF II*, synes også et så vidt strengt beviskrav som «ingen tvil» strengt når det gjelder spørsmål om midlertidige tiltak. I en norsk kontekst ville dette innebære at beviskravet ved midlertidig sikring ble løftet fra det alminnelige kravet om sannsynlighetsovervekt, se nærmere om dette i punkt 5.3.

Etter mitt syn er det mest nærliggende å forstå vilkåret slik at det sikter til rettsanvendelsen. I det følgende legges det altså til grunn at de forhold den nasjonale domstolen finner bevist etter nasjonale regler, uten tvil må kunne klassifiseres som statsstøtte dersom plikten til å innvilge midlertidige tiltak skal inntre. Dersom den nasjonale domstolen er i tvil om et tiltak kan klassifiseres som statsstøtte, utløses ikke plikten til å beslutte midlertidige tiltak etter *CELF II*.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt et tiltak uten tvil kan klassifiseres som statsstøtte, er EU-domstolens avgjørelse i C-284/12

⁹² Se f.eks. Bacon (2013) s. 543, som kun konstaterer at nasjonale domstoler må gi dom for tilbakeføring «[...] if it is in no doubt that measure amounts to state aid» og de øvrige vilkårene er oppfylt. Heller ikke Hancher, Slot og Ottervanger (2012) s. 949 drøfter hva som ligger i vilkåret. Vajda QC og Stuart (2010) s. 633 utdyper ikke hva som ligger i vilkåret, men peker på at det kan være vanskelig å fastslå om et tiltak innebærer statsstøtte.

⁹³ Se SOU 2011:69 s. 112–113, som forutsetter at C-1/09 *CELF II* ikke griper inn i nasjonale regler om bevisbyrde og beviskrav og legger til grunn at vilkåret sikter til rettsanvendelsen.

Lufthansa sentral. EU-domstolen fastslo her at en nasjonal domstol ikke kan fatte avgjørelser i strid med Kommisjonens vedtak om å åpne formell undersøkelse av det samme tiltaket. Dette innebærer at den nasjonale domstolen enten må legge til grunn at det aktuelle tiltaket er statsstøtte etter TEUV artikkel 107 (1) eller legge spørsmålet frem for EU-domstolen. Dommen, og hvorvidt den kan få anvendelse i EØS-retten, behandles nærmere i kapittel 3.

2.2.6 Krav om erstatning ved brudd på iverksettelsesforbudet

EU-domstolen har ikke uttalt seg utførlig om eller behandlet direkte spørsmålet om erstatning for brudd på iverksettelsesforbudet. EU-domstolen har imidlertid i flere saker påpekt at konkurrenten kan ha et erstatningskrav som følge av brudd på iverksettelsesforbudet. I *CELF I* uttalte EU-domstolen:

«Within the framework of its domestic law, it may, if appropriate, also order the recovery of the unlawful aid, without prejudice to the Member State's right to re-implement it, subsequently. It may also be required to uphold claims for compensation for damage caused by reason of the unlawful nature of the aid [...].»⁹⁴

I Kommisjonens Enforcement Notice er det videre lagt til grunn at private parter kan ha et erstatningskrav mot støttegiveren etter det EU-rettslige erstatningsansvaret.⁹⁵ I motsetning til konkurrentens andre krav ved brudd på iverksettelsesforbudet, er det klart at det EU-rettslige erstatningsansvaret kan forankres i nasjonal rett gjennom selve traktaten.⁹⁶ I punkt 2.1.2 ble det nevnt at iverksettelsesforbudet må gjelde også der Kommisjonen har fattet et negativt vedtak. Når det gjelder erstatning,

⁹⁴ C-199/06 *CELF I* premiss 53 med videre henvisninger.

⁹⁵ Se Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 43: «As part of their role under Article 88 (3) of the Treaty, national courts may also be required to uphold claims for compensation for damage caused to competitors of the beneficiary and to other third parties by the unlawful State aid. Such damages actions are usually directed at the State aid granting authority».

⁹⁶ Se nærmere punkt 2.4.

kan det vises til at Kommisjonen's Enforcement Notice legger til grunn at en medlemsstat kan bli erstatningsansvarlig ved manglende etterlevelse av Kommisjonen's tilbakeføringsvedtak.⁹⁷

Utover statens eller støttegivers mulige ansvar, ble det i *SFEI* fastslått at støttemottakerne ikke kan bli erstatningsansvarlig på EU-rettslig ansvarsgrunnlag:

«The machinery for reviewing and examining State aids established by Article 93 of the Treaty does not impose any specific obligation on the recipient of aid. First, the notification requirement and the prior prohibition on implementing planned aid laid down in Article 93(3) are directed to the Member State. Second, the Member State is also the addressee of the decision by which the Commission finds that aid is incompatible with the common market and requests the Member State to abolish the aid within the period determined by the Commission.»⁹⁸

Fordi iverksettelsesforbudet ikke pålegger private plikter, er det heller ikke et EU-rettslig grunnlag for erstatning eller krav om at støttemottaker kan holdes erstatningsansvarlig for brudd på iverksettelsesforbudet.⁹⁹ Samtidig pekte EU-domstolen på at erstatningsansvar kan tenkes etter nasjonal rett:

«That does not, however, prejudice the possible application of national law concerning non-contractual liability. If, according to national law, the acceptance by an economic operator of unlawful assistance of a nature such as to occasion damage to other economic operators may in certain circumstances cause him to incur liability, the principle of non-discrimination may lead the national court to

⁹⁷ Se Kommisjonen's Enforcement Notice avsnitt 69: «In the Commission's view, the treatment of such damages claims mirrors the principles as regards violations of the standstill obligation. This is because, (i) the Member State's recovery obligation is aimed at protecting the same individual rights as the standstill obligation, and (ii) the Commission's recovery decisions do not leave national authorities any discretion; breaches of the recovery obligation are thus, in principle, to be regarded as sufficiently serious.».

⁹⁸ C-39/94 *SFEI* premiss 73.

⁹⁹ Bacon (2013) s. 550.

find the recipient of aid paid in breach of Article 93(3) of the Treaty liable.»¹⁰⁰

Hvorvidt støttemottakeren kan holdes erstatningsansvarlig avhenger altså av hvilke grunnlag som er tilgjengelige etter nasjonal rett.

2.3 Unntak fra tilbakeføring

Både *SFEI* og *CELF II* omtaler unntak fra tilbakeføring dersom det foreligger ekstraordinære omstendigheter. Dersom slike ekstraordinære omstendigheter foreligger, er nasjonale domstoler ikke forpliktet til å gi dom for tilbakeføring eller pålegge midlertidig tilbakeføring av støtten. Dette har betydning for konkurrentens stilling etter statsstøtterettens egen logikk: den ulovlige støtten virker konkurransevridende inntil den er tilbakeført. Reglene har også betydning for tolkningen av nasjonale regler som ellers kan tenkes å verne støttemottakeren i større utstrekning enn EU-retten gir grunnlag for. Disse reglene skal derfor belyses nærmere nedenfor.

Vilkåret om ekstraordinære omstendigheter som skranke mot tilbakeføring, må tolkes i lys av EU-domstolens praksis om unntak fra plikten til tilbakeføring der Kommisjonen finner at det foreligger ulovlig statsstøtte. Som det legges til grunn i Kommisjonens Enforcement Notice synes det i det minste klart at nasjonale domstoler ikke kan gjøre unntak fra utgangspunktet om tilbakeføring i større grad enn det Kommisjonen kan.¹⁰¹

Selv om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte kan være dramatisk for støttemottakeren, gir EU-retten bare snevre unntak fra hovedregelen om tilbakeføring. Det er ikke rom for noen konkret rimelighetsvurdering av hvorvidt tilbakeføring rammer støttemottakeren hardt. Det for eksempel klart at tilbakeføring normalt skal gjennomføres selv om dette innebærer støttemottakerens konkurs.¹⁰²

¹⁰⁰ Se C-39/94 *SFEI* premiss 75.

¹⁰¹ Se Kommisjonens Enforcement Notice avsnitt 32.

¹⁰² Se Kommisjonens retningslinjer om håndhevelsen av Kommisjonens vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte, avsnitt 60–68.

Når det gjelder unntakene fra plikten til tilbakeføring varierer terminologi og kategorisering noe i litteraturen.¹⁰³ Unntakene synes likevel å kunne sorteres i to hovedgrupper. For det første kan medlemsstatene forsvare seg mot et pålegg fra Kommisjonen om tilbakeføring der det foreligger absolutt umulighet eller tilbakeføring vil være i strid med et EU-rettslig prinsipp. For det andre kan støttemottakeren – men ikke staten eller støttegiver – påberope seg at tilbakeføring er utelukket på grunnlag av læren om berettigede forventninger.¹⁰⁴ Bakgrunnen for skillet er at staten ikke selv skal kunne bygge rett på sin egen ulovlighet ved å skyve støttemottaker foran seg.¹⁰⁵

Den absolutte umuligheten kan være av både rettslig og faktisk art.¹⁰⁶ Eksempler på faktisk umulighet, kan typisk være der støttemottakeren er konkurs og det ikke lenger eksisterer noe rettssubjekt å kreve tilbakeføring fra.¹⁰⁷ En forutsetning er likevel at det ikke finnes et foretak som faktisk eller rettslig har etterfulgt støttemottakeren.¹⁰⁸ Det vil heller ikke utgjøre absolutt umulighet at støtten må tilbakeføres fra svært mange støttemottakere.¹⁰⁹

Læren om absolutt umulighet er først og fremst utviklet i tilknytning til medlemsstatens forsvar mot Kommisjonens pålegg om tilbakeføring. Samtidig må læren også ha betydning for hvilke skranke en støttemottaker kan påberope for nasjonale domstoler når iverksettelsesforbudet håndheves der.¹¹⁰ Dersom regelen ikke kan påberopes av medlemsstaten som skranke mot Kommisjonens vedtak om tilbakeføring, kan den heller

¹⁰³ Se for eksempel Bacon (2013) s. 477 flg. og Mederer, Pesaresi og Hoof (2008) s. 667 flg.

¹⁰⁴ Se for eksempel C-5/89 BUG-Alutechnik premiss 17.

¹⁰⁵ Se C-5/89 BUG-Alutechnik premiss 17 og Mederer, Pesaresi og Hoof (2008) s. 672.

¹⁰⁶ Se C-527/12 Kommisjonen mot Tyskland premiss 49 og Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i saken, avsnitt 51–52. Regelen om rettslig umulighet kan sies å komme til uttrykk i den Konsoliderte prosedyreforordningen artikkel 16 (1) om at tilbakeføring ikke skal skje dersom dette er i strid med et generelt prinsipp i EU-retten.

¹⁰⁷ Se Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i C-527/12 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 51, med henvisninger.

¹⁰⁸ Se Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i C-527/12 Kommisjonen mot Tyskland avsnitt 51, med henvisninger.

¹⁰⁹ Bacon (2013) s. 478 med henvisninger til rettspraksis.

¹¹⁰ Bacon (2013) s. 545.

ikke påberopes av en støttemottaker som skranke mot en konkurrents håndhevelse av iverksettelsesforbudet. Særlig to innsigelser av rettslig art kan fremheves i denne sammenheng. For det første har EU-domstolen anerkjent at det ikke alltid vil være nødvendig å sette til side regler som hindrer tilbakeføring, fordi reglene må sees som uttrykk for prinsippet om «legal certainty». For det andre viser EU-domstolens praksis at regler om avgjørelers rettskraft ikke nødvendigvis må settes til side.¹¹¹

Når det gjelder rettskraftsregler, synes imidlertid EU-domstolen å gå langt i å overprøve hvorvidt medlemsstaten kunne valgt alternative fremgangsmåter og slik unngått at rettskraftsregler utgjør en hindring mot tilbakeføring. Et ferskt eksempel er EU-domstolens avgjørelse i C-505/14 Klausner Holz Niedersachsen GmbH v Land Nordrhein-Westfalen. I denne saken hadde en tysk domstol fastslått at nærmere angitte kontrakter var gyldige uten at statsstøttereglene var aktualisert i saken.¹¹² Da statsstøttereglene kom opp i en ny sak, mente den nasjonale domstolen at kontraktens gyldighet var endelig fastsatt i den forrige dommen. EU-domstolen mente at en rettskraftsregel som under slike forhold førte til at statsstøttereglene ikke kunne påberopes, var i strid med effektivitetsprinsippet. Avslutningsvis uttalte EU-domstolen:

«A significant obstacle to the effective application of EU law and, in particular, a principle as fundamental as that of the control of State aid cannot be justified either by the principle of *res judicata* or by the principle of legal certainty».¹¹³

Når det gjelder retten til effektiv domstolsprøving av nasjonale tilbakeføringsvedtak, er dette anerkjent av EU-domstolen i blant annet C-210/09 Scott & Kimberly Clark.¹¹⁴ I saken ble et nasjonalt vedtak om tilbakeføring

¹¹¹ Se Bacon (2013) s. 479 med henvisninger.

¹¹² C-505/14 Klausner Holz Niedersachsen GmbH v Land Nordrhein-Westfalen premiss 4–15.

¹¹³ C-505/14 Klausner Holz Niedersachsen GmbH v Land Nordrhein-Westfalen premiss 45.

¹¹⁴ C-210/09 Scott & Kimberly Clark premiss 25.

kjent ugyldig på grunn av formelle mangler.¹¹⁵ Domstolen uttalte at selve prøvingen av slike formelle krav var i overenstemmelse med, og utslag av, et generelt EU-rettslig prinsipp.¹¹⁶ Derimot ville det være i strid med fellesskapsretten om en eventuell ugyldighet som følge av den formelle mangelen medførte at den ulovlige støtten igjen – selv bare midlertidig – ble utbetalt til støttemottakeren.

Der det ikke foreligger absolutt umulighet av rettslig art, vil unnlatsen av å etterkomme Kommisjonens vedtak om tilbakeføring innebære traktatbrudd. Samtidig vil støttemottaker til syvende og sist kunne slippe unna tilbakeføring dersom nasjonale regler som hindrer tilbakeføring ikke kan tilsesettes etter nasjonal rett. Dette kan eksempelvis være situasjonen der konstitusjonelle skranker er hinder for tilbakeføring.¹¹⁷ Der en konkurrent forsøker å håndheve et tilbakeføringspålegg fra Kommisjonen vil dette innebære at konkurrenten ikke oppnår den gjenopprettelsen som ligger i tilbakeføring av ulovlig statsstøtte.

Den andre hovedgruppen av unntak fra plikten til tilbakeføring foreligger der prinsippet om berettigede forventninger får anvendelse. Prinsippet kan som nevnt bare påberopes av støttemottaker. At prinsippet kan være til hinder for tilbakeføring er fastslått i blant annet EU-domstolens avgjørelse i C-5/89 BUG-Alutechnik. EU-domstolen la her en streng norm til grunn når det gjaldt hvilke krav som stilles til støttemottaker når det gjelder spørsmålet om støtten er forskriftsmessig meldt til Kommisjonen: «*A diligent businessman should normally be able to determine whether that procedure has been followed*».¹¹⁸

Formuleringen i *BUG-Alutechnik* viser til prosedyren for notifisering av statsstøtte. Et annet spørsmål er hvilken betydning det har at ESAs retningslinjer for stats-

¹¹⁵ Oppkrevingene var signert av viseborgermesteren etter fullmakt, men verken rammene for fullmakten eller fullmektigens (viseborgermesterens) for- eller etternavn fremgikk av dokumentet, se dommens premiss 9.

¹¹⁶ At tilbakeføring ikke kan skje der det vil være i strid med et generelt prinsipp i EU-retten er også uttrykt i den Konsoliderte Prosedyreforordningen artikkel 16 (1).

¹¹⁷ Manglende tilbakeføringshjemmel i nasjonal rett er ikke et gyldig forsvar mot manglende tilbakeføring, se for eksempel Generaladvokat Wahls forslag til avgjørelse i C-527/12 Kommisjonen mot Tyskland, avsnitt 74 med henvisninger.

¹¹⁸ Se C-5/89 BUG-Alutechnik GmbH premiss 14–16.

støtte ikke er fulgt. Her kan saken om Oslo Kommunes salg av sykehusboliger tjene som illustrasjon. Når det gjaldt den manglende etterlevelsen av ESAs retningslinjer for salg av eiendom, viste Kommunen til tidspresset med å få solgt eiendommene som følge av den forestående sykehusreformen hvor staten ville overta sykehusboligene.¹¹⁹ I et slikt tilfelle synes neppe kjøperen av boligene (Fredensborg Boligutleie ANS) å kunne påberope seg berettigede forventninger når ESAs retningslinjer om salg av offentlig eiendom ikke var fulgt, se rett nedenfor om hvem som må være opphav til de berettigede forventningene.

Iverksettelsesforbudets funksjon er dels er å sikre at Kommisjonen får undersøkt eventuelle støttetiltak på forhånd, og dels å hindre at uforenelig støtte gjennomføres, se punkt 2.1.2. Dette taler for at tvil om hvorvidt et tiltak utgjør statsstøtte eller ikke, normalt ikke vil gi opphav til berettigede forventninger til hinder for tilbakeføring.¹²⁰ I de forente saker C-182/03 og C-217/03 Forum 187 er det videre uttalt at:

«The Court has repeatedly held that the right to rely on the principle of the protection of legitimate expectations extends to any person in a situation where a Community authority has caused him to entertain expectations which are justified. However, a person may not plead infringement of the principle unless he has been given precise assurances by the administration».¹²¹

Vi ser at grunnlaget for de berettigede forventningene må skrive seg fra en EU-institusjon.¹²² Dette innebærer at medlemsstatens eller støttegivers egne forsikringer om at et tiltak ikke er støtte aldri kan være tilstrekkelig til å skape berettigede forventninger hos støttemottakeren. For det andre viser formuleringen at ikke enhver uttalelse eller handling fra en EU-institusjon kan gi opphav til berettigede forventninger. I teorien er det lagt til grunn at det må dreie seg om informasjon som er «*precise*,

¹¹⁹ Se ESAs avgjørelse av 11. mars 2005 nr. 55/05 COL s. 2.

¹²⁰ Se Bacon (2013) s. 483 og 545. Mederer, Pesaresi og Hoof (2008) s. 676–677 mener at heller ikke ved uvanlige former for støtte er det rom for prinsippet om berettigede forventninger.

¹²¹ Se de forente saker C-182/03 og C-217/03 Forum 187 premiss 147.

¹²² Se Mederer, Pesaresi og Hoof (2008) s. 674–675.

*unconditional and consistent and comes from an authorised and reliable source».*¹²³

Dersom Kommisjonens etterfølgende godkjennelse av ulovlig statsstøtte angripes for EU-domstolen innen søksmålsfristen, viser EU-domstolens praksis at støttemottaker normalt heller ikke kan påberope seg berettigede forventninger dersom Kommisjonens godkjennelse oppheves.¹²⁴ Når det gjaldt betydningen av at Kommisjonens godkjennelse tre ganger hadde blitt annullert av EU-domstolene, ble det som svar på den nasjonale domstolens spørsmål uttalt i *CELF II* at dette heller enn å styrke støttemottakerens berettigede forventninger, måtte anses å svekke disse.¹²⁵

Dette innebærer at også støtten utbetalt mellom Kommisjonens etterfølgende godkjennelse og EU-domstolens opphevelse av godkjennelsen, må tilbakeføres.¹²⁶ Dersom man vrir noe på sakens faktum, kan det her vises til den ferske avgjørelsen fra EFTA-domstolen i E-23/14 Kimek Offshore til illustrasjon. Saken omhandlet det norske systemet med differensiert arbeidsgiveravgift hvor det ble gjort unntak for ambulerende virksomhet.¹²⁷ Systemet med differensiert arbeidsgiveravgift ble godkjent av ESA, herunder unntaket for ambulerende virksomhet. Kimek Offshore fikk imidlertid medhold av EFTA-domstolen i at ESA burde vært i tvil om ordningens forenelighet med det indre marked, og at manglende åpning av formell undersøkelse dermed krenket Kimeks prosessuelle rettigheter, jf. Prosedyrefordringsartikkelen 4 nr. 4 og artikkel 6 (1). Om man tenker seg at systemet med differensiert arbeidsgiveravgift ble innført i strid med iverksettelsesforbudet, og at en etterfølgende godkjennelse fra ESA ble opphevet, måtte også støtte gitt i henhold til unntaksregelen for ambulerende virksomhet etter ESAs godkjennelse ha blitt tilbakeført.

¹²³ Se Quigley (2015) s. 582 og Bacon (2013) s. 480 med henvisninger.

¹²⁴ Se for eksempel C-1/09 CELF II premiss 52–54. Se også Bacon (2013) s. 544–545.

¹²⁵ Se C-1/09 CELF II premiss 48–51.

¹²⁶ Se C-199/06 CELF I premiss 69.

¹²⁷ Se E-23/14 Kimek Offshore premiss 5–14.

2.4 Iverksettelsesforbudet – hjemmel i seg selv eller krav om hjemmel?

En problemstilling er om ugyldighet og tilbakeføring må ses som en direkte følge av selve iverksettelsesforbudet, altså at virkningene er forankret på EU-nivå, eller om EU-retten stiller krav om at disse virkningene skal være tilgjengelige i nasjonal rett.¹²⁸ Det kan her vises til EU-domstolens formulering i sak 120/73 Lorenz. EU-domstolen uttalte om iverksettelsesforbudet at:

«...while the direct effect of the prohibition in question requires national courts to apply it without any possibility of its being excluded by rules of national law of any kind whatsoever, it is for the internal legal system of every Member State to determine the legal procedure leading to this result.»¹²⁹

Kohler viser til at en mulig tolkning av utsagnet er at medlemsstatene ved iverksettelsesforbudets direkte virkning er pålagt en resultatforpliktelse, men at EU-domstolen likevel aksepterer at det kan være ulikheter mellom de ulike medlemsstaters rettssystemer når det gjelder hvordan dette resultatet oppnås.¹³⁰

Andre av EU-domstolens formuleringer i saker om ulovlig støtte, antyder samtidig en flytende grense mellom nasjonal rett og EU-retten på dette punkt.¹³¹ Disse formuleringene kan gi inntrykk av at rettslige disposisjoner som innebærer støtte i strid med iverksettelsesforbudet, blir ugyldige som følge av iverksettelsesforbudet selv. Det kan også vises til

¹²⁸ Hjelmeng (2014) s. 216 peker på problemstillingen.

¹²⁹ Se Sak 120/73 Lorenz premiss 9.

¹³⁰ Se Köhler (2012) s. 374.

¹³¹ For eksempel uttales det i C-354/90 FNCE premiss 12 at «[...] the validity of measures giving effect to aid is affected» ved brudd på iverksettelsesforbudet. Se også lignende uttalelser i C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 41 og i C-199/06 CELF I premiss 40 om at Kommisjonens godkjennelsesvedtak ikke med tilbakevirkende krav gjør lovlige støttetiltak «[...] which were invalid» fordi de ble gjennomført i strid med iverksettelsesforbudet. Avgjørelsen i C-275/10 Residex trekker kanskje i motsatt retning, se formuleringen som er gjengitt i punkt 4.5.3.

Lufthansa, hvor man finner en formulering som går igjen i rettspraksis som gjelder ulovlig støtte:

«National courts must offer to individuals the certain prospect that all the appropriate conclusions will be drawn from an infringement of the last sentence of Article 108(3) TFEU, in accordance with their national law, as regards the validity of measures giving effect to the aid, the recovery of financial support granted in disregard of that provision and possible interim measures [...]».¹³²

Hva formuleringen «in accordance with national law» innebærer, er ikke uten videre entydig.¹³³ Formuleringen kan forstås som bakteppe for de krav EU-domstolen gjennom rettspraksis har utpenslet når det gjelder iverksettelsesforbudet som grunnlag for rett til stansing og tilbakeføring ved ulovlig støtte.

SOU 2011:69 legger derimot til grunn at det følger direkte av EU-retten at ulovlige støttetiltak er ugyldige i forhold til mottakeren, og at støtte-mottakeren også har tilbakeføringsplikt som følger direkte av EU-retten.¹³⁴ Som argument for at støttemottakerens plikt til tilbakeføring følger direkte av iverksettelsesforbudet, synes SOU 2011:69 å trekke parallellen til medlemsstatenes plikt til å tilbakeføre skatter og avgifter innkrevet i strid med EU-retten.¹³⁵ I teorien er denne plikten tolket slik at tilbakebetalingsplikten er forankret på EU-nivå.¹³⁶ EU-domstolens uttalelser om at

¹³² Se C-284/12 *Lufthansa* premiss 30. Se tilsvarende formuleringer i for eksempel C-354/90 *FNCE* premiss 12, C-199/06 *CELF I* premiss 41 og C-368/04 *Transalpine Ölleitung* premiss 47.

¹³³ Slik også SOU 2011:69 s. 94. Köhler (2012) s. 372 påpeker at formuleringen er «in accordance with» i motsetning til «in accordance to». Sistnevnte ville i større grad antydde at konsekvensene av brudd på iverksettelsesforbudet var opp til nasjonal rett.

¹³⁴ SOU 2011:69 s. 94–99.

¹³⁵ SOU 2011:69 s. 71–73 og 97–99.

¹³⁶ Se Craig og De Búrca (2015) s. 228, som henviser til C-199/82 *San Giorgio* premiss 12 og uttalelsen der om at tilbakebetaling av avgifter innkrevet i strid med EU-retten er en «consequence of and an adjunct to, the rights conferred on individuals [...]». Videre uttaler forfatterne om praksis på dette punkt at «a right to repayment flows directly from the substantive provisions of EU-law in question».

tilbakeføring er den logiske følgen ved ulovlig støtte, kan tale for at det samme er tilfelle for tilbakeføring ved brudd på iverksettelsesforbudet.

Tilbakebetaling av avgifter innkrevet i strid med EU-retten gjelder imidlertid privates rettigheter *overfor staten*.¹³⁷ Det kan hevdes at saken stiller seg annerledes ved private parter krav overfor andre private parter. En viss støtte for dette gir også avgjørelsen i SFEI, hvor et EU-rettslig erstatningsansvar for støttemottaker ble avvist, jf. punkt 2.2.6.¹³⁸

I realiteten er det imidlertid ikke særlig forskjell på om iverksettelsesforbudet stiller krav om ugyldighet og tilbakeføring der forbudet brytes – kombinert med EU-rettens krav om forrang – på en side, og at iverksettelsesforbudet selv anses å være grunnlag for ugyldighet og tilbakeføring på den andre.¹³⁹ Selv om beskyttelsen av konkurrenten må forankres i nasjonal rett, innebærer EU-domstolens praksis uansett en resultatforpliktelse når det gjelder beskyttelse av konkurrenten etter iverksettelsesforbudet.¹⁴⁰ Uavhengig av om iverksettelsesforbudet selv er grunnlag for konkurrentens ulike krav eller ikke, vil en manglende beskyttelse av konkurrenten være i strid med EU-retten.

¹³⁷ Hjelmeng (2014) s. 216 peker på denne forskjellen.

¹³⁸ C-39/94 SFEI premiss 73–74.

¹³⁹ Se Hjelmeng (2003) s. 54 om dette for konkurranseretten.

¹⁴⁰ Se punkt 2.2. Slik også Hjelmeng (2014) s. 216.

3 Iverksettelsesforbudet i EØS-retten

I det foregående kapittelet er det redegjort for kravene som følger av EU-retten når det gjelder beskyttelse av konkurrenten ved brudd på iverksettelsesforbudet. Spørsmålet er etter dette om iverksettelsesforbudet etter EØS-retten gir konkurrenten rett på tilsvarende beskyttelse.

Ordlyden i ODA protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 siste punktum (ODA protokoll 3 del I) tilsvarer dagens TEUV artikkel 108 og det er klart tale om samme materielle bestemmelse. På tidspunktet for inngåelsen av EØS-avtalen og ODA-avtalen, hadde det i lang tid vært fastlagt i EF-domstolens praksis at iverksettelsesforbudet hadde direkte virkning og ga individene rettigheter som nasjonale domstoler måtte beskytte.¹⁴¹ Allerede etter ODA-avtalen artikkel 3 nr. 1 må iverksettelsesforbudet i ODA protokoll 3 del I innholdsmessig svare til iverksettelsesforbudet i EU, slik det var fastlagt på skjæringspunktet for inngåelsen av ODA-avtalen. Den regelen Norge sluttet seg til med ODA protokoll 3 del I, var altså en regel som i henhold til rettspraksis stilte krav om beskyttelse av privates rettigheter etter bestemmelsen.

Homogenitetsmålsettingen slik den er kommet til uttrykk i ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2 innebærer at dersom iverksettelsesforbudet i ODA protokoll 3 del 1 skal tolkes *annerledes* enn det er tolket av EU-domstolen i tiden etter inngåelsen av ODA- og EØS-avtalen, må det påvises holdepunkter for dette.¹⁴² Slike holdepunkter kan for eksempel være EØS-rettens snevrere anvendelsesområde eller den ulike graden av overnasjonalitet i EU-retten og EØS-retten.¹⁴³

Jeg har ikke funnet slike holdepunkter, og heller ikke avgjørelser fra EFTA-domstolen som antyder en annen tolkning av iverksettelsesforbudet. Det kan også pekes på at de materielle statsstøttereguleringene i

¹⁴¹ For eksempel kan det vises til den omtalte C-354/90 FNCE.

¹⁴² Se de forente saker E-9 og 10/07 L'Oreal premiss 31 om vurderingstemaet «[...] whether differences in scope and purpose between Community law and EEA law nevertheless constitute compelling grounds for divergent interpretations of Article 7(1) of the Directive in EEA law and EC law».

¹⁴³ Sejersted m.fl. (2011) s. 224.

EØS-avtalen artikkel 61 (1) tilsvarer TEUV artikkel 107 (1), og at disse tolkes likt i EU og EØS. Statsstøttereglene er en sentral del av EU-retten, og det er liten grunn til at reguleringen på dette punkt skulle være vesentlig annerledes under EØS-retten. Det er heller ikke spor av slike forskjeller i litteraturen.¹⁴⁴ Den beskyttelsen iverksettelsesforbudet gir støttemottakerens konkurrenter innebærer ikke spesielle overnasjonale elementer eller fraskrivelse av myndighet utover den innskrenkning av statens autonomi som allerede ligger i forbudet mot statsstøtte. Selve begrensningen av statens autonomi synes det imidlertid klart forutsatt at EØS-avtalen er ment å innebære.

Det er imidlertid ikke helt utelukket at enkelte sider ved iverksettelsesforbudet i EU-retten avviker fra iverksettelsesforbudet i EØS-retten. Særlig kan det i denne sammenheng spørres om EU-domstolens avgjørelse i *Lufthansa* kan legges til grunn i EØS-retten. Avgjørelsen gjelder ikke direkte iverksettelsesforbudet innhold som rettighetsbestemmelse, men avgjørelsen har likevel indirekte betydning for konkurrentens rettsstilling ved ulovlig statsstøtte.

I motsetning til artikkel 16 i Rådsforordning 1/2003 i konkurranseretten, inneholder Prosedyreforordningen ingen regler med sikte på å inngå motstridende beslutninger mellom Kommisjonen og nasjonale domstoler.¹⁴⁵ Likevel la EU-domstolen til grunn i *Lufthansa* at de nasjonale domstoler «*must, in particular, refrain from taking decisions which conflict with a decision of the Commission, even if it is provisional*».¹⁴⁶ Når det gjelder hvordan slik motstrid kan unngås, fastslo EU-domstolen at den nasjonale domstolen måtte legge til grunn at et tiltak utgjorde statsstøtte og dermed ta til følge en konkurrents krav om stansing og tilbakeføring.¹⁴⁷ EU-domstolen påpekte videre at den nasjonale domstolen eventuelt kunne anmode Kommisjonen om å klargjøre sine synspunkter eller be

¹⁴⁴ Også i ESAs Enforcement Notice avsnitt 21 og 23 synes det å legges til grunn at innholdet er identisk.

¹⁴⁵ Quigley (2015) s. 627.

¹⁴⁶ C-284/12 *Lufthansa* premiss 41.

¹⁴⁷ C-284/12 *Lufthansa* premiss 45.

EU-domstolen om en tolkningsuttalelse angående klassifiseringen som statsstøtte.¹⁴⁸

Dette synes å innebære en særlig gunstig situasjon for konkurrenten. Dette kan eksemplifiseres med ESAs ferske beslutning om å åpne formell undersøkelsesprosedyre knyttet til mulig overkompensasjon for Hurtigrutens fergetjenester.¹⁴⁹ ESA konkluderte her med at det var tvil om Hurtigruten hadde mottatt statsstøtte i form av overkompensasjon for tjenester av allmenn økonomisk betydning, altså hvorvidt de fire Altmark-kriteriene var oppfylt. Dersom *Lufthansa* også får anvendelse i EØS-samarbeidet, synes dette å innebære at en konkurrent kan vende seg til nasjonale domstoler med en begjæring om midlertidig tilbakeføring eller krav om tilbakeføring, som domstolen så plikter å ta til følge. Dette ville være ganske eksepsjonelt for en kontrakt om offentlige tjenester i en slik størrelsesorden, men det er vanskelig å forstå *Lufthansa* annerledes. I EU-rettslig litteratur er også *Lufthansa* kritisert nettopp fordi den ikke tar tilstrekkelig hensyn til den påståtte støttemottakeren, og det nettopp hender at Kommisjonen etter den formelle undersøkelsesprosedyren finner at det aktuelle tiltaket likevel ikke innebærer statsstøtte.¹⁵⁰ Dessuten kan statsstøttesaker ofte reise komplekse spørsmål, slik at den formelle undersøkelsesprosedyren også kan bli relativt langvarig.

Fredriksen og Mathisen mener at det «neppe er opplagt» at *Lufthansa* gjelder i EØS-rettslig sammenheng.¹⁵¹ Av sammenhengen fremgår det at tvilen skyldes elementet av overnasjonalitet som ligger i at nasjonale domstoler bindes av ESAs beslutning om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren.¹⁵²

Når det gjelder temaet motstridende avgjørelser, har dette også en side til spørsmålet om hvorvidt C-188/92 Deggendorf kan legges til grunn i EØS-retten. I *Deggendorf*slo EU-domstolen fast at en støttemottaker ikke kan angripe gyldigheten av Kommisjonens vedtak om tilbakeføring av statsstøtte for nasjonale domstoler dersom han har oversittet søksmålsfristen for EU-domstolen og han kunne angrepet Kommisjonens avgjørelse for EU-domstolen.¹⁵³ Fredriksen viser til tidli-

¹⁴⁸ Se C-284/12 *Lufthansa* premiss 45.

¹⁴⁹ ESAs avgjørelse 490/15/COL av 9. desember 2015.

¹⁵⁰ Nicolaidis (2014) s. 411.

¹⁵¹ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 176.

¹⁵² Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 175–176.

¹⁵³ Se C-188/92 *Deggendorf* premiss 17 og 18.

gere standpunkter i litteraturen som avviser at ODA artikkel 36 må tolkes i samsvar med *Deggendorf*, men hevder at disse standpunktene ikke lenger kan opprettholdes. Han viser til EØS-rettsens «...utvikling i overnasjonal retning i de nesten ti år som er gått siden dette ble skrevet», og at behovet for samordning av søksmålsgangen på europeisk og nasjonalt nivå «synes like stort innen EFTA-pilaren av EØS-samarbeidet som i EU». ¹⁵⁴ Fredriksen og Mathisen kan imidlertid synes noe mer forbeholdne, ettersom forfatterne kun konstaterer at spørsmålet er vanskelig «[...] både med hensyn til EØS-rettsens krav og norsk retts etterlevelse av disse». ¹⁵⁵ ESA forutsetter at *Deggendorf* gjelder tilsvarende for EØS-avtalen på dette punkt. ¹⁵⁶ Ettersom avgjørelsen først og fremst er av betydning når det gjelder støttemottakers adgang til å angripe ESAs vedtak om tilbakeføring, går jeg ikke nærmere inn på avgjørelsen her.

I *Lufthansa* fremhevet EU-domstolen på den ene siden at iverksettelsesforbudets effektivitet ville svekkes dersom nasjonale domstoler konstaterte at det ikke foreligger statsstøtte, mens Kommisjonens beslutning om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren nettopp forutsetter at tiltaket kan innebære statsstøtte. ¹⁵⁷ EU-domstolen pekte på at dersom Kommisjonen i sin endelige avgjørelse fastslo at det forelå statsstøtte, ville iverksettelsesforbudet være tilsidesatt. ¹⁵⁸ Om Kommisjonen derimot kom til at det ikke forelå statsstøtte, vil utsettelsen av iverksettelse være i samsvar med den forutgående kontroll av støttetiltak som iverksettelsesforbudet legger opp til. ¹⁵⁹ Videre pekte EU-domstolen på lojalitetsprinsippet i TEU artikkel 4 (3), og sluttet av dette at nasjonale domstoler ikke kunne treffe avgjørelser i strid med Kommisjonens beslutning om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren. ¹⁶⁰

Iverksettelsesforbudet er som vist en del av EØS-retten. Det er også vanskelig å se at hensynet til konsistens mellom nasjonale domstolars avgjørelser og Kommisjonens avgjørelser i EU-retten som fremheves i

¹⁵⁴ Se Fredriksen (2008) s. 319–321 med videre henvisninger.

¹⁵⁵ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 175.

¹⁵⁶ Se ESAs Enforcement Notice avsnitt 14 og 63.

¹⁵⁷ C-284/12 *Lufthansa* premiss 38.

¹⁵⁸ C-284/12 *Lufthansa* premiss 39.

¹⁵⁹ C-284/12 *Lufthansa* premiss 40.

¹⁶⁰ C-284/12 *Lufthansa* premiss 41.

Lufthansa, er mindre viktig når det gjelder forholdet mellom nasjonale domstolars avgjørelser og ESAs avgjørelser i EØS-retten. I utgangspunkt må homogenitetsmålsettingen – som blant annet er uttrykt i EØS-avtalen artikkel 1, fortalen til EØS-avtalen avsnitt 16, ODA artikkel 3 nr. 2 og ODA-avtalens fortale avsnitt 5 – innebære en presumsjon for at *Lufthansa* får anvendelse også for EØS-retten. Samtidig har EFTA-domstolen anerkjent at ulikheter i formål og virkeområde mellom EØS-retten og EU-retten innebærer at homogenitetsmålsettingen har en grense, selv om terskelen er høy.¹⁶¹

Når det gjelder EU-domstolens henvisningen til lojalitetsplikten i *Lufthansa*, kan det vises til lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3. I teorien er det imidlertid hevdet at lojalitetsprinsippet ikke uten videre kan anvendes som argument for tilsvarende løsninger i EØS-retten, der EU-domstolen har anvendt prinsippet for å styrke EU-rettens overnasjonale karakter.¹⁶² På samme måte som for homogenitetsprinsippet, kan lojalitetsplikten etter EØS-avtalen ikke gå like langt som i EU på visse punkter, selv om det i teorien er pekt på at den dynamiske utviklingen av EØS-avtalen synes å innebære en utvikling i «overnasjonal» retning.¹⁶³ Spørsmålet er om regelen som oppstilles i *Lufthansa* går lenger enn EØS-avtalens forutsetninger, og at ulikheter i formål og virkeområde mellom EU og EØS-avtalen innebærer at *Lufthansa* ikke får anvendelse i EØS-retten.

Spørsmålet kan deles i to elementer. For det første om nasjonale domstoler i EØS-landene plikter å legge til grunn at et tiltak innebærer statsstøtte dersom ESA har åpnet den formelle undersøkelsesprosedyren.

Etter mitt syn kan det her pekes på at EU-domstolen i *Lufthansa* fremhevet at den nasjonale domstolen kunne – eventuelt etter å ha konsultert Kommisjonen om tolkningen av vedtaket – legge spørsmålet

¹⁶¹ Se fotnote 142 om E-9 og 10/07 L'Oreal premiss 31 og Fredriksen og Mathisen (2014) s. 254.

¹⁶² Se Sejersted m.fl. (2011) s. 104–105 som peker på at «lojaliteten til en folkerettslig avtale kan ikke være like vidtrekkende som til et overnasjonalt system». Samtidig peker Sejersted m.fl. (2011) på at det er «overnasjonale trekk også ved EØS-avtalen, og når disse skal fastsettes nærmere, kan artikkel 3 være et støtteargument».

¹⁶³ Se Sejersted m.fl. (2011) s. 109.

frem for EU-domstolen dersom den var i tvil om det aktuelle tiltaket utgjorde statsstøtte eller om gyldigheten av Kommisjonens vedtak. EFTA-domstolens rådgivende uttalelser etter ODA-avtalen artikkel 34 er ikke formelt bindende, selv om disse må tillegges vesentlig vekt og det i praksis er liten sannsynlighet for at en nasjonal domstol vil legge en annen tolkning til grunn.¹⁶⁴ Poenget i denne sammenheng er imidlertid at en nasjonal domstol står formelt fritt til å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse selv om denne konstaterer at ESAs vedtak er gyldig eller at det aktuelle tiltaket innebærer statsstøtte. Dette taler etter mitt syn for at den nasjonale domstolen heller ikke kan være *formelt* bundet av ESAs vedtak om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren.

For det andre kan det stilles spørsmål ved hvorvidt det strider mot EØS-retten dersom en nasjonal domstol legger til grunn at det aktuelle tiltaket ikke utgjør statsstøtte, uten å konsultere ESA om tolkningen av vedtaket om å åpne formell undersøkelsesprosedyre eller benytter muligheten til å stille spørsmål til EFTA-domstolen.

Spørsmålet kan særlig drøftes i lys av muligheten for å stille spørsmål til EFTA-domstolen. ODA artikkel 34 slår fast at en EFTA-stat *kan* stille spørsmål til EU-domstolen. I litteraturen synes det imidlertid å være forholdsvis bred enighet om at EFTA-statenes domstoler aldri har plikt til å be EFTA-domstolen om tolkningsuttalelse.¹⁶⁵ Samtidig synes ikke den konkrete situasjonen som gjelder forholdet mellom nasjonale domstolers avgjørelser og ESAs åpning av formell undersøkelse i statsstøttesaker, å være behandlet i litteraturen. Det kan hevdes at spørsmålet om foreleggelsesplikt, i lys av lojalitetsplikten, likevel stiller seg annerledes der en EFTA-stats nasjonale domstol vurderer å legge til grunn et resultat som strider mot ESAs beslutning om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren. I lys av at litteraturen er så vidt avvisende til dette, er det likevel vanskelig å besvare dette bekreftende.

¹⁶⁴ Se Rt. 2005 s. 1365 Finanger II premiss 51 og Rt. 2000 s. 1811 Finanger I på side 1820 om at rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen må ha «vesentlig vekt».

¹⁶⁵ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 198–199, med videre henvisninger til rettspraksis og litteratur. Drøftelsen knytter seg først og fremst til en eventuell foreleggelsesplikt for de øverste nasjonale domstoler på lignende måte som TEUV artikkel 267 tredje ledd i EU. Se også Sejersted m.fl. (2011) s. 165–166.

Både spørsmålet om foreleggelsesplikt og om nasjonale domstoler plikter å legge til grunn ESAs beslutning om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren er vanskelig, men etter min mening er det tvilsomt om *Lufthansa* kan få anvendelse i EØS-retten. Det er imidlertid viktig å være oppmerksom på at spørsmålet først kommer på spissen der en nasjonal domstol mener at det ikke foreligger statsstøtte, til tross for at ESA har åpnet den formelle undersøkelsesprosedyren.

Det kan også pekes på at ESAs vedtak om å åpne den formelle undersøkelsesprosedyren i praksis vil få betydning. I et slikt tilfelle er det sannsynlig at en nasjonal domstol vil stille spørsmål til EFTA-domstolen dersom den mener at det ikke foreligger statsstøtte. Dersom ESAs endelige vedtak konkluderer med at tiltaket utgjorde statsstøtte, vil nasjonale domstolars unnlattelse av å legge dette til grunn kunne innebære både at det foreligger brudd på iverksettelsesforbudet og manglende beskyttelse av konkurrentens rettigheter. Sistnevnte vil i seg selv innebære brudd på EØS-retten.

For å oppsummere, kan det fastslås at iverksettelsesforbudet klart er en del av EØS-retten. Videre er det heller ikke holdepunkter for at iverksettelsesforbudet har et annet innhold i EØS-retten enn i EU-retten, med et mulig unntak for EU-domstolens avgjørelse i *Lufthansa*.¹⁶⁶ Iverksettelsesforbudets direkte virkning i EU-retten, innebærer at private kan utlede rettigheter av bestemmelsen overfor staten.¹⁶⁷ Dette må innebære at iverksettelsesforbudets som folkerettslig forpliktelse etter ODA-avtalen protokoll 3 del I inneholder de samme rettigheter for private som iverksettelsesforbudet i EU-retten.¹⁶⁸

Hvorvidt slik beskyttelse faktisk er tilgjengelig for konkurrenter, skal analyseres i de følgende kapitler. Dette avhenger for det første av

¹⁶⁶ I den grad homogenitetsmålingene skulle ha mindre gjennomslag ved tolkingen av ODA-avtalen enn EØS-avtalen, synes ikke dette å være tilfellet for iverksettelsesforbudet, se Sejersted m.fl. (2011) s. 229. Det er heller ikke holdepunkter for noen intensjon om ulik regulering i EU og EØS på dette punkt, selv om iverksettelsesforbudet ble inntatt i ODA-avtalens protokoll 3, ikke EØS-avtalen hoveddel.

¹⁶⁷ Arnesen og Stenvik (2015) s. 140.

¹⁶⁸ Når det gjelder iverksettelsesforbudets gjennomføring i norsk rett, og hvorvidt bestemmelsen er *anvendelig i seg selv*, behandles dette i punkt 4.2. Se for øvrig Arnesen og Stenvik (2015) s. 139–140 om begrepet «anvendelig i seg selv».

iverksettelsesforbudets gjennomføring og virkninger i norsk rett (kapittel 4) og for det andre av det rettslige rammeverket i Norge for konkurrenters håndhevelse av iverksettelsesforbudet (kapittel 5 og kapittel 6).

4 Iverksettelsesforbudet i norsk rett

4.1 Gjennomføringen av iverksettelsesforbudet i norsk rett

I kapittel 3 er det konstatert at iverksettelsesforbudets innhold i all hovedsak er det samme i EU-retten og EØS-retten. I dette kapittelet skal iverksettelsesforbudets gjennomføring og virkninger i norsk rett undersøkes nærmere.

Det er ikke tvil om at iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett ved inkorporeringen av Prosedyreforordningen i forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte, gjennom Prosedyreforordningens artikkel 3.¹⁶⁹ Samtidig fremstår gjennomføringen av iverksettelsesforbudet som uklar, antakelig fordi lovgiver ikke har vært oppmerksom på forbudet.¹⁷⁰ Dette bidrar til å forklare hvorfor det ikke finnes klare regler om iverksettelsesforbudets virkning og anvendelse når det gjelder privat håndhevelse. Gjennomføringen av iverksettelsesforbudet i norsk rett skal derfor belyses i det følgende.

En manglende oppmerksomhet på iverksettelsesforbudet antydes allerede av uttalelser i St.prp. nr. 101 (1991–1992) om samtykke til ratifikasjon av ODA-avtalen. For eksempel heter det på side 18:

«Konkurrerende bedrifters adgang til å gripe inn er imidlertid vesentlig snevrere på statsstøtteområdet enn på de fleste andre områder som reguleres av EØS-avtalen. Det skyldes at lovligheten av de enkelte støtteordninger normalt ikke kan prøves for nasjonale domstoler. Enekompetansen til å forfølge en sak om ulovlig statsstøtte ligger hos EFTAs overvåkningsorgan. Dersom overvåkningsorganet velger ikke å undersøke en statsstøttesak, vil ordnin-

¹⁶⁹ Se forskrift om EØS-prosedyreregler § 1. Slik også Hjelmeng (2004) s. 98, Alterskjær m.fl. (2008) s. 346 og ESAs Enforcement Notice avsnitt 23 fotnote 33. Se forøvrig Hancher, Slot og Ottervanger (2012) s. 973 om at Prosedyreforordningen artikkel 3 er en kopi av TEUV artikkel 108 og også har direkte virkning.

¹⁷⁰ Hjelmeng (2004) s. 102.

gen bare kunne prøves dersom et annet EFTA-land bringer saken inn for EFTA-domstolen». ¹⁷¹

Det er uklart hva forbeholdet «*normalt*» sikter til. Uttalelsen tyder uansett på at lovgiver forutsatte at statsstøttereglene – inkludert iverksettelsesforbudet – utelukkende kunne håndheves av ESA. ¹⁷² Det samme antydes av at verken stortingsproposisjonen om EØS-avtalen eller ODA-avtalen nevner iverksettelsesforbudets direkte virkning eller privat håndhevelse. St.prp. nr. 101 (1991–1992) omtaler iverksettelsesforbudet som forbud, men uten å knytte dette opp mot bestemmelsens direkte virkning:

«Det følger av artikkel 1 nr. 3 i protokoll 3 at overvåkningsorganet skal ha forhåndsmelding om nye støtteordninger eller endring av gjeldende ordninger [...] For at overvåkningsorganet skal kunne vurdere ordningene, skal melding gis i god tid før ordningene trer ikraft». ¹⁷³

St.prp. nr. 100 (1991–1992) om samtykke til EØS-avtalen inneholder likevel ingen uttalelser i retning av at statsstøttereglene og håndhevelsessituasjonen etter EØS-avtalen skal avvike fra reguleringen i EF/EU. For eksempel uttales det her at «*EØS-avtalens artikler tilsvarer de regler vi finner i Romatraktatens artikler 92 til 94*». ¹⁷⁴ Som Kaasen peker på, synes det dermed ikke å være grunnlag for å anta at Stortinget bevisst har ønsket å fravike ODA-avtalen ved den norske gjennomføringen. ¹⁷⁵ Den manglende oppmerksomheten på iverksettelsesforbudet ved inngåelsen av EØS-avtalen og ODA-avtalen synes imidlertid også å prege gjennomføringen av iverksettelsesforbudet i norsk rett for øvrig.

Man skulle for eksempel forvente å finne iverksettelsesforbudet i Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte (støtteloven), som ble innført

¹⁷¹ St.prp. (1991–1992) nr. 101 s. 18.

¹⁷² Se Kaasen (2000) s. 410.

¹⁷³ St.prp. nr. 101 (1991–1992) s. 19.

¹⁷⁴ St.prp. nr. 100 (1991–1992) s. 338.

¹⁷⁵ Se Kaasen (2000) s. 410–411.

for å gjennomføre Norges forpliktelser i forbindelse med EØS-avtalen.¹⁷⁶ Rent språklig er det imidlertid ingen bestemmelser i loven som tilsvarer iverksettelsesforbudet. Ordlyden i støtteloven § 5 bestemmer at støtte som er iverksatt før den er godkjent av ESA «kan kreves tilbakeført», men bestemmelsen sier ikke uttrykkelig at iverksettelse av støtte er forbudt uten ESAs forutgående godkjenning. Videre fastsetter støtteloven § 2 at støtte ikke kan settes i verk før støtten er meldt til departementet, men nevner ikke at godkjenning fra ESA er nødvendig. Heller ikke andre bestemmelser i loven kan sies å hjemle iverksettelsesforbudet slik det lyder i ODA protokoll 3 del I eller Prosedyreforordningen artikkel 3.

Forarbeidene til støtteloven gir ikke klare holdepunkter for at det var meningen å gjennomføre iverksettelsesforbudet.¹⁷⁷ Som med forarbeidene til ODA-avtalen og EØS-avtalen, synes uklarheten å skyldes manglende oppmerksomhet på iverksettelsesforbudets direkte virkning.¹⁷⁸ Verken iverksettelsesforbudet eller beskyttelse av privates rettigheter som følge av bestemmelsens direkte virkning nevnes eksplisitt. Heller ikke antagelser om hva forarbeidene forutsetningsvis synes å bygge på gir grunnlag for klare slutninger. Perspektivet i Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) er i all hovedsak knyttet til situasjoner hvor ESA fatter vedtak om at det foreligger ulovlig

¹⁷⁶ Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) s. 25. Senere er loven blitt utvidet, slik at loven i dag omfatter «alle offentlige støttetiltak som faller innenfor virkeområdet av EØS-avtalen artikkel 61, OECD-avtalen om normale konkurransevilkår i skipsbyggingsindustrien og WTO/GATT-avtalen om subsidier og utjevning utgifter», se støtteloven § 1 første ledd.

¹⁷⁷ Departementets drøfter i Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) s. 31 NHOs påstand om at det var tilstrekkelig med en tilbakeføringshemmel for tilfeller hvor ESA har fattet negativt vedtak, men at slik tilbakeføringshemmel ikke var nødvendig ved manglende melding til departementet. Departementet uttaler her at «Bakgrunnen for bestemmelsen er EØS-avtalens regelverk som pålegger den enkelte medlemsstat å sørge for at støtte som kjennes i strid med regelverket, skal kunne kreves tilbakebetalt i samsvar med nasjonal lovgivning. Dette innebærer at hver enkelt medlemsstat får et selvstendig ansvar for å eliminere mulighetene for at det blir ytet støtte i strid med avtalens regelverk». Den andre setningen kan her synes å gi uttrykk for et forbud mot iverksettelse av støtte. Samtidig synes den første setningen å sikte til situasjoner hvor det foreligger et vedtak fra ESA, jf. formuleringen «kjennes i strid med».

¹⁷⁸ Se Hjelmeng (2004) s. 102.

statsstøtte og behovet for en hjemmel for statlige myndigheter ved departementet til å pålegge kommuner å tilbakeføre ulovlig statsstøtte.¹⁷⁹

Visse uttalelser i forarbeidene kan antyde at man ikke tok sikte på å gjennomføre iverksettelsesforbudet. Eksempelvis viser departementet – i forbindelse med NHOs henvisning til *condicito indebiti* – til at:

«...et vilkår for tilbakebetaling er at utbetalt støtte finnes å være ulovlig av EFTAs overvåkningsorgan. Det er dette organet som vil måtte foreta avveiningen av betydningen av støttemottakers gode tro, forut for en eventuell beslutning om at støttetiltaket er uforenlig med regelverket.»¹⁸⁰

Uttalelsen om at ESAs vedtak er et «*vilkår*» for tilbakeføring, antyder at man ikke har vært oppmerksom på iverksettelsesforbudet. Loven synes altså å legge opp til et system hvor departementet nærmest tar ESAs plass som kontrollorgan i Norge, men med begrenset fokus på eller mulighet for privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet.¹⁸¹

Et spørsmål som har vært drøftet i litteraturen, er om iverksettelsesforbudet, til tross for at det ikke er inntatt i støtteloven, likevel kan tolkes inn i loven. Hjelmeng har tidligere sluttet seg til Kaasen om at iverksettelsesforbudet kan innfortolkes i støtteloven, slik at forbudet har lovs rang.¹⁸² En mulighet er å utlede iverksettelsesforbudet av støtteloven § 2.¹⁸³ Det kan her også vises til at støtteloven § 5 nærmest forutsetter iverksettelsesforbudet. I Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral synes Høyesterett å forutsette at iverksettelsesforbudet er gjennomført ved Prosedyreforordningen, og

¹⁷⁹ Ot.prp.nr.73 (1991–1992) s. 25–31. På s. 25 og 28 uttales at loven er utformet som en «fullmaktslov».

¹⁸⁰ Ot.prp.nr.73 (1991–1992) s. 31–32.

¹⁸¹ Se Hjelmeng (2004) s. 91 og 100 som påpeker at støtteloven legger opp til et «rent internrettslig håndhevelsessystem».

¹⁸² Se Kaasen (2000) s. 407–408, og Hjelmeng (2004) s. 99. Forfatterne baserer seg på presumsjonsprinsippet, lovgiverintensjonen og uklarhetene ved forarbeidene. Alterskjær m.fl. (2008) s. 346–347 legger tilsynelatende også dette til grunn. Hjelmeng (2014) s. 213 viser imidlertid til at iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett ved Prosedyreforordningen.

¹⁸³ Kaasen (2000) s. 408.

altså ikke ved støtteloven.¹⁸⁴ Spørsmålet om iverksettelsesforbudet har lovs rang ble imidlertid ikke problematisert i dommen, noe det i lys av saksforholdet heller ikke var grunn til. Med andre ord gir *Hydro/Søral* neppe grunnlag for å fastslå kategorisk at iverksettelsesforbudet ikke kan innfortolkes i støtteloven. I det følgende legges det imidlertid til grunn at iverksettelsesforbudet følger av Prosedyreforordningen slik den er gjort til norsk rett. Dette har særlig to følger som bør fremheves.

For det første – selv om dette ikke følger automatisk av at iverksettelsesforbudet er gjennomført – må private kunne påberope seg forbudet.¹⁸⁵ Iverksettelsesforbudet er med andre ord en bestemmelse som er tilstrekkelig presis og ubetinget til at den kan anvendes av nasjonale domstoler.¹⁸⁶ De uklarheter som heftet ved iverksettelsesforbudet ved gjennomføringen av støtteloven – samt inngåelsen av EØS-avtalen og ODA-avtalen – må tolkes i lys av den folkerettslige forpliktelsen etter ODA protokoll 3 del I. Dette innebærer også at de krav private kan utlede av iverksettelsesforbudet som norsk rett må være identiske med de som følger av ODA protokoll 3 del I.¹⁸⁷

For øvrig kan det også pekes på at det ikke er holdepunkter for at lovgiver har ment å fravike denne folkerettslige forpliktelsen. Tvert imot synes lovgiverintensjonen å ha gått ut på etterlevelse av reglene om statsstøtte i ODA- og EØS-avtalen.

¹⁸⁴ Se Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral* premiss 39. Muligens kan iverksettelsesforbudet ansees gjennomført allerede i 1992 ved Forskrift om offentlig støtte § 2 femte ledd, som lyder: «Meldepliktig støtte kan ikke utbetales før EFTAs overvåkingsorgan har godkjent meldingen», se Hjelmeng (2004) s. 99. Hjelmeng (2004) s. 99–101, og Kaasen s. 406–407 stiller spørsmål om hvorvidt riktig hjemmel var brukt for å gi iverksettelsesforbudet i Forskrift om offentlig støtte. Dette problemet reiser seg imidlertid ikke for Prosedyreforordningen, se støtteloven § 1 og Hjelmeng (2004) s. 100.

¹⁸⁵ Se også Høyesteretts uttalelser i *Hydro/Søral* premiss 51, som riktignok har karakter av å være et obiter dictum. I litteraturen kan det vises til Hjelmeng (2004) s. 148 – som viser til homogenitetsprinsippet og EØS-avtalens fortale avsnitt 8 om individers viktige rolle i EØS-avtalen ved at de utøver sine rettigheter etter avtalen – og Kaasen (2000) s. 411. Se også ESAs Enforcement Notice avsnitt 23.

¹⁸⁶ Se Arnesen og Stenvik (2015) s. 142 om at mye taler «...for at bestemmelser som i EU-retten anses å kunne ha direkte virkning, også anses å være anvendelige i seg selv i norsk rett».

¹⁸⁷ Jf. kapittel 3 og punkt 2.2.

For det andre – og i forlengelsen av at private kan påberope seg iverksettelsesforbudet – må gjennomføringen av iverksettelsesforbudet innebære at domstolene har *kompetanse til å gi dom for de rettsfølger* private har krav på etter iverksettelsesforbudet.¹⁸⁸ En slik kompetanse for domstolene er nødvendig for å etterleve de krav som stilles i EØS-retten, se punkt 2.2 og kapittel 3. Også her må presumsjonsprinsippet være avgjørende for at iverksettelsesforbudet gir domstolene slik kompetanse. Selv om lovgiver som nevnt ikke synes å ha vært oppmerksom på forbudet, er ikke dette til hinder for å tolke bestemmelsen i samsvar med folkerettsforpliktelsen. Også her kan det pekes på at det ikke er holdepunkter for at lovgiver ikke ønsket å gjennomføre forpliktelsen etter ODA-avtalens protokoll 3 del I. Uavhengig av om støtteloven gir domstolene slik kompetanse, kan altså denne kompetansen forankres i iverksettelsesforbudet selv.

Samtidig er ikke den manglende oppmerksomheten på iverksettelsesforbudet uproblematisk. Fraværet av en klar og utvetydig gjennomføring medfører at rettsvirkningene som konkurrenten skal kunne oppnå ved å håndheve iverksettelsesforbudet for domstolene, i en viss grad må innfortolkes i eksisterende norske regler. Også Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral*, som reiser særlige spørsmål knyttet til iverksettelsesforbudet i norsk rett, må leses i lys av den mangelfulle gjennomføringen. Dommen behandles rett nedenfor.

4.2 Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral* og iverksettelsesforbudet

En særlig problemstilling er hvilken betydning Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral* har når det gjelder tolkningen av iverksettelsesforbudets virkninger i norsk rett.

I denne saken hadde ESA pålagt Norge å kreve tilbake støtte gitt gjennom fritak fra el-avgift.¹⁸⁹ Fornyings- og administrasjonsdepar-

¹⁸⁸ Alterskjær m.fl. (2008) s. 356, viser til at nasjonale domstoler må ha kompetanse til å gi dom for tilbakeføring som følge av en «fortolkning av iverksettelsesforbudet, sammenholdt med de EØS-rettslige kravene og EØS-avtalen artikkel 3».

¹⁸⁹ Se Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral* premiss 3–5 om bakgrunnen for ESAs vedtak og statens søksmål mot ESA for EFTA-domstolen. ESA skjerpet kravene til fritak fra eller lettelser

tementet ba Finansdepartementet om å gjennomføre tilbakeføringen av den ulovlige støtten, og Finansdepartementet ba videre Toll- og avgiftsdirektoratet om å iverksette tilbakeføringen. Fire avdelinger av Hydro Aluminium AS og Sør-Norge Aluminium AS motsatte seg krav om tilbakeføring, under henvisning til at kravet var foreldet.

I utgangspunktet kan det hevdes at avgjørelsen er av begrenset betydning for tolkningen av iverksettelsesforbudet når det gjelder privat håndhevelse. I saken var det nettopp ESAs vedtak om tilbakeføring som var bakgrunnen for tvisten. Resultatet og visse uttalelser i begrunnelsen kan imidlertid ha implikasjoner for iverksettelsesforbudets virkning i norsk rett på to punkter som henger nært sammen. For det første fant Høyesterett at støttmottakeren ikke forpliktet til tilbakeføring før det er fattet vedtak om tilbakeføring i henhold til støtteloven. Dette innebærer at støttmottakers tilbakeføringsforpliktelse ikke alene følger av bruddet på iverksettelsesforbudet. For det andre – og som en naturlig konsekvens av det første – tyder uttalelser i dommen på at krav om tilbakeføring må rettes mot staten. Disse to forutsetningene er knyttet sammen, slik at det ikke kan skilles skarpt mellom dem. Som Hjelmeng påpeker, skyldes dette forutsetningen om at kravet enten var foreldet eller ikke, i stedet for at vedtakskompetansen etter støtteloven § 5 supplerte iverksettelsesforbudet som alternativt grunnlag for tilbakeføringskravet.¹⁹⁰

Når det gjelder iverksettelsesforbudets virkninger, kan det for det første pekes på Høyesteretts uttalelser i forbindelse med selskapenes anførsler om at foreldelsesfristen løp umiddelbart fra utbetalingen av den ulovlige støtten. Selskapene hevdet at tilbakebetalingsplikten oppsto umiddelbart som følge av bruddet på iverksettelsesforbudet. Høyesterett kom imidlertid motsatt til at foreldelsesfristen løper fra vedtaket om tilbakeføring fattes. I denne forbindelse uttales det at *«Det er ikke grunnlag for å stille opp en alminnelig regel om at uriktig utbetalt støtte*

fra miljørelaterte avgifter i 2001, men dette ikke ble fulgt opp til tross for Norges aksept av ESAs forslag til tiltak. ESA fattet i 2004 vedtak om at støtten hadde vært ny støtte siden 2002, og fattet vedtak om tilbakeføring.

¹⁹⁰ Se Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 34 og Hjelmeng (2014) s. 222–223.

kan kreves tilbake straks og uten forutgående vedtak». ¹⁹¹ Denne uttalelsen reiser spørsmål om hva som utgjør grunnlaget for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse. Ettersom domstolene ikke kan fatte vedtak om tilbakeføring, synes uttalelsen å forutsette at domstolene heller ikke kan gi dom for tilbakeføring.

For det andre kan det pekes på uttalelsene i dommen om at «*privates adgang til å saksøke staten*» ikke reduseres av at et tilbakeføringskrav forutsetter et nasjonalt vedtak. ¹⁹² Uttalelsen kan sees i sammenheng med statens anførsel om at tolkningen som gikk ut på at foreldelsesfristen løp fra vedtaket om tilbakeføring, ikke var «...*til hinder for at en konkurrent eller en annen privat med rettslig interesse kan reise søksmål med krav om at staten vedtar tilbakeføring av ulovlig støtte*». ¹⁹³

Disse uttalelsene antyder et system hvor staten kan saksøkes med sikte på å etablere en plikt for støttemottaker – og eventuelt støttegiver – og at konkurrenten ikke kan rette krav om tilbakeføring direkte mot støttemottakeren. I utgangspunktet kan uttalelsenes rekkevidde begrenses til å gjelde spørsmålet om *tilbakeføring* ved brudd på iverksettelsesforbudet. Samtidig kan uttalelsene også ha implikasjoner for hvilken håndhevelsesmodell som gjelder i norsk rett. Hvis det først er slik at bare staten kan håndheve et krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte gjennom et vedtak, kan dette synes å forutsette at også staten må saksøkes for å håndheve et krav om stansing.

En løsning hvor staten må fatte vedtak for at støttemottaker skal være forpliktet til å tilbakeføre støtte, harmonerer dårlig med at tilbakeføring er en obligatorisk følge ved brudd på iverksettelsesforbudet der det ikke foreligger ekstraordinære omstendigheter. ¹⁹⁴ I punkt 2.2.4 er det konkludert med at man ikke på grunnlag av EU-domstolens uttalelser *alene*, kan utelukke at et system hvor staten eller andre offentlige organer pålegges å forordne tilbakeføring er mulig etter EU- og EØS-retten. Forutsetningen

¹⁹¹ Se Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 40. Se forøvrig konklusjonen i premiss 52.

¹⁹² Se Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 51.

¹⁹³ Se Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 29. Hjelmeng (2014) s. 226 synes å stille spørsmål ved hvorvidt anførselen er korrekt gjengitt.

¹⁹⁴ Se punkt 2.3.

må imidlertid være at dette gir adgang til stansing og tilbakeføring på en måte som tilfredsstillende de krav EØS-retten stiller.¹⁹⁵ Spørsmålet må i så fall være om en slik form for håndhevelse gir konkurrenten en tilstrekkelig effektiv beskyttelse.

Det kan raskt konstateres at løsningen som antydes i *Hydro/Sørøst* i det minste vil være mer omstendelig enn dersom konkurrenten også har mulighet til å saksøke støttemottakeren direkte. Dette gjelder særlig i fravær av en klar regulering av hvordan staten i så fall skal håndheve konkurrentens krav om stansing og tilbakeføring. Her kan særlig pekes på uklarheten når det gjelder hvem som har vedtakskompetansen etter støtteloven § 5.¹⁹⁶ Konkurrentens søksmål synes da å måtte ha som gjenstand at staten fatter vedtak om tilbakeføring.¹⁹⁷ Dette innebærer at noen av fordelene ved privat håndhevelse av statsstøttereglene går tapt. Situasjonen blir ikke da særlig annerledes enn der ESA eller Kommisjonen fatter et tilbakeføringsvedtak.¹⁹⁸

Et søksmål mot staten vil ikke ha rettskraft i forhold til støttemottakeren, slik at en effektiv bruk av midlertidig tilbakeføring i så fall synes å være utelukket i praksis. Dette strider med CELF II, hvor EU-domstolen fastslo at konkurrenten har krav på midlertidig beskyttelse der vilkårene i CELF II er oppfylt.¹⁹⁹ EU-domstolen har videre uttalt at formålet med nasjonale domstolars oppgave er å forhindre at støttemottakeren fritt disponerer ulovlig støtte, jf. punkt 2.2.4 Etter norsk rett kan midlertidig

¹⁹⁵ Se også her punkt 2.2.4.

¹⁹⁶ I Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) s. 31 uttales at kompetansen ligger hos departementet, mens Høyesterett i Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Sørøst* legger Tollregion Vests vedtak til grunn for tilbakeføringsforpliktelsen.

¹⁹⁷ I lys av uklarheten når det gjelder hvorvidt støttegiver har vedtakskompetanse etter støtteloven § 5, peker Hjelmeng (2014) s. 225 på at for eksempel en kommune vanskelig kan fatte vedtak om tilbakeføring overfor kontraktspartnern i medhold av bestemmelsen.

¹⁹⁸ Se Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i C-39/94 SFEI premiss 72, som fremhever den tidsmessige fordelene ved håndhevelse for nasjonale domstoler: «Where a competitor institutes proceedings promptly before a national court, recovery of aid may still be possible in cases where that would no longer be so at the moment when the Commission adopts its decision».

¹⁹⁹ Hjelmeng (2004) s. 166 synes å legge til grunn det samme også forut for C-1/09 CELF II.

tilbakeføring vanskelig oppnås på annen måte enn ved at støttemottakeren er part i søksmålet. Etter mitt syn vil konkurrentens krav på effektiv rettighetsbeskyttelse kreve at også støttemottakeren kan saksøkes, i det minste ved krav om tilbakeføring av ulovlig støtte.

Det er flere omstendigheter ved *Hydro/Søral* som taler for at man bør legge mindre vekt på dommen som avgjørende for spørsmål knyttet til privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet. Dommen gjaldt for det første ikke privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet direkte, men den nasjonale gjennomføringen av ESAs vedtak om tilbakeføring. For det andre gjaldt saken direkte spørsmålet om foreldelse, noe som også innebærer at resultatet er EØS-rettslig korrekt ved at dommen gikk ut på tilbakeføring.²⁰⁰ For det tredje dreide saken seg om statsstøtte som var gitt gjennom en generell støtteordning. Ved generelle støtteordninger er det ikke nødvendigvis aktuelt å rette søksmål mot støttemottaker.²⁰¹

I litteraturen fremhever Hjelmeng, som begrunnelse for at uttalelsene i dommen ikke kan tas på ordet, at Høyesterett faktisk anerkjenner at private kan håndheve iverksettelsesforbudet:

«De uklarheter som er påpekt, samt Høyesteretts egen forsikring om at muligheten for privat håndhevelse ikke reduseres, gjør imidlertid at dommen vanskelig kan forstås slik at den legger begrensninger på privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet».²⁰²

Konklusjonen må etter dette være at *Hydro/Søral* neppe kan tolkes slik at støttemottakeren bare kan forpliktes til tilbakeføring av ulovlig statsstøtte gjennom vedtak. Videre kan *Hydro/Søral* heller ikke forstås slik at søksmål om tilbakeføring kun kan rettes mot staten, og ikke mot støttemottaker. En annen sak er at det likevel er nødvendig å oppstille et grunnlag for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse der konkurrenten krever dom for tilbakeføring. Dette behandles nærmere i punkt 4.5.

²⁰⁰ Hjelmeng (2014) s. 227.

²⁰¹ Se nærmere om dette i punkt 5.4.

²⁰² Hjelmeng (2014) s. 226–227.

4.3 Støttegivers plikt til ikke-iverksettelse og tilbakeføring

Punkt 2.2 viste at iverksettelsesforbudet særlig innebærer to plikter for medlemsstatene etter EU-retten. For det første følger det av iverksettelsesforbudet at en medlemsstat ikke kan gi statsstøtte uten Kommisjonens samtykke. For det andre følger det av EU-domstolens praksis at nasjonale domstoler må gi dom for tilbakeføring der iverksettelsesforbudet brytes.²⁰³ Dette innebærer samtidig at iverksettelsesforbudet pålegger statene en plikt til tilbakeføring uavhengig av om Kommisjonen har truffet vedtak om dette.²⁰⁴ Dette må gjelde tilsvarende i EØS-retten, slik at staten har en plikt til å tilbakeføre støtte utdelt i strid med iverksettelsesforbudet uten at det er nødvendig at ESA har truffet vedtak om tilbakeføring.

Det er altså på det rene at staten – her i betydningen de sentrale myndigheter – må anses som pliktsubjekt etter iverksettelsesforbudet. Imidlertid kan også andre rettssubjekter enn staten gi støtte som rammes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 61 (1), for eksempel kommuner og offentlige foretak.²⁰⁵ Iverksettelsesforbudets ordlyd retter seg imidlertid mot medlemsstaten: ODA protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 lyder «*Vedkommende stat kan ikke sette i verk de planlagte tiltak før prosedyren har ført til et endelig vedtak*» og Prosedyreforordningen artikkel 3 henviser til artikkel 2 (1) om at melding til ESA skal skje «*av den berørte EFTA-stat*». En problemstilling er da om slike rettssubjekter må identifiseres med staten ved håndhevelsen av iverksettelsesforbudet, slik at konkurrenten kan rette krav mot slike støttegivere med påstand om stansing og plikt til å kreve tilbake støtte.

På EØS-rettslig nivå forplikter ikke iverksettelsesforbudet støttegivere som ikke er staten til å kreve tilbakeføring. I ESAs retningslinjer for nasjonal håndhevelse av ESAs tilbakeføringsvedtak, forutsettes det også at medlemsstatene står fritt når det gjelder å fastlegge hvilket organ som skal

²⁰³ Jf. punkt 2.2.4.

²⁰⁴ Slik SOU 2011:69 s. 90 og Alterskjær m.fl. (2008) s. 357.

²⁰⁵ Jf. punkt 2.1.1.

gjennomføre ESAs vedtak om tilbakeføring.²⁰⁶ Det samme er lagt til grunn i Kommisjonens tilsvarende retningslinjer, og SOU 2011:69 tar dette til inntekt for at det ikke gjelder noen regel om at andre støttegivere enn staten plikter å kreve tilbake støtte i strid med iverksettelsesforbudet.²⁰⁷

Imidlertid må det her skilles mellom forståelsen av staten som pliktsubjekt etter EØS-avtalen og iverksettelsesforbudets *internrettslige virkninger*.²⁰⁸ Den naturlige følgen av at iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett, må være at forbudet tolkes i samsvar med EØS-avtalen artikkel 61 (1), og derfor at også andre støttegivere enn staten anses som pliktsubjekter etter iverksettelsesforbudet. Dette er en følge av de internrettslige virkningene av iverksettelsesforbudets gjennomføring.

I alle tilfeller må iverksettelsesforbudet som en del av norsk rett tolkes slik at dette retter seg mot andre støttegivere enn staten når forbudet leses i lys av støtteloven § 2 og Forskrift om offentlig støtte § 2. I sistnevnte bestemmelse heter det at «*Meldepliktig støtte kan ikke utbetales før EFTAs overvåkingsorgan har godkjent meldingen*». Forbudet gjelder altså uavhengig av hvem som gir støtten.

Støtteloven § 2 og Forskrift om offentlig støtte § 2 gjelder først og fremst plikten til ikke å utdele støtte før denne er godkjent av ESA. Når først denne siden av iverksettelsesforbudet retter seg mot andre rettssubjekter enn staten, synes dette også å innebære at slike rettssubjekter er forpliktet til å kreve tilbake støtte som er utdelt i strid med forbudet. Det kan her pekes på at tilbakeføring er den «logiske følgen» av brudd på iverksettelsesforbudet.²⁰⁹ Hjelmeng uttaler i denne sammenheng at

«Siden iverksettelsesforbudet må anses gjennomført, er det neppe noen forutsetning for at for eksempel en kommune som yter støtte må pålegges å kreve reversering for at dette skal kunne iverksettes [...] Iverksettelsesforbudet slik det fremstår etter en tolkning av lov

²⁰⁶ Se ESAs retningslinjer om håndhevelse av ESAs vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte, avsnitt 45.

²⁰⁷ SOU 2011:69 s. 91.

²⁰⁸ Se Fredriksen (2013) s. 13–137 om dette i erstatningsrettslig sammenheng, jf. punkt 7.1.

²⁰⁹ Jf. også punkt 2.2.4. Også Alterskjær m.fl. (2008) s. 357 må antas å legge dette til grunn, selv om det riktignok ikke presiseres at det med begrepet «støttegivere» også siktes til andre støttegivere enn staten.

om offentlig støtte og forskrift om gjennomføring av Prosedyreforordningen, må anses å rette seg mot alle offentlige organer som vil kunne komme til å yte statlig støtte.»²¹⁰

I punkt 4.2 om Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral*, er det pekt på at hensynet til en effektiv håndhevelse taler for at også støttemottakere kan saksøkes. Det samme hensynet taler for at iverksettelsesforbudet internrettslig også retter seg mot andre rettssubjekter enn staten. Dersom andre støttegivere enn staten – altså andre enn sentrale myndigheter – ikke har plikt til å kreve tilbakeføring, kan heller ikke konkurrenten få dom for at slike støttegivere plikter å tilbakeføre den ulovlige støtten. I så fall måtte konkurrenten saksøke staten med sikte på å få staten til å stanse kommuner og offentlige foretak fra å inngå kontrakter, fatte vedtak mv. Med det brede støttebegrepet synes det åpenbart mer hensiktsmessig at også andre støttegivere enn staten kan saksøkes, for eksempel slik at staten ikke må gjøres til part dersom en kommune har solgt eiendom til underpris.

4.4 Rettslige disposisjoner i strid med iverksettelsesforbudet

4.4.1 Behovet for ugyldighet

Der det er fattet et vedtak eller inngått en kontrakt, som innebærer statsstøtte i strid med iverksettelsesforbudet, vil stansing og tilbakeføring kreve en form for suspensjon eller opphevelse av disse. Det er altså nødvendig å oppheve individuelle rettslige disposisjoner som etablerer retten til den ulovlige støtten.²¹¹ Dette synes også forutsatt i EU-domstolens praksis og den omtalte formuleringen om at «*all the appropriate conclusions will be drawn from an infringement of the last sentence of Article 108(3) TFEU*,

²¹⁰ Hjelmeng (2004) s. 105.

²¹¹ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 336 for forvaltningsvedtak og s. 337 for kontrakter. Slik også Hjelmeng (2004) s. 104 og 111–112.

*in accordance with their national law, as regards the validity of measures giving effect to the aid».*²¹²

Ugyldighet er kanskje særlig nødvendig for å oppnå tilbakeføring: Krav om tilbakeføring er uforenelig med støttemottakerens rett etter den normering som følger av et gyldig enkeltvedtak eller en gyldig kontrakt.²¹³ Eksempelvis kan ikke støttemottakeren forpliktes til å tilbakeføre støtte dersom det samtidig finnes et gyldig enkeltvedtak som gir ham rett til støtten. Ugyldighet kan også være nødvendig for stansing der den rettslige disposisjonen som etablerer støtten er foretatt, men støtten ennå ikke er utbetalt. For at konkurrenten skal kunne håndheve iverksettelsesforbudet på en måte som tilfredsstillende EØS-retten, er det altså nødvendig at han har adgang til å påberope seg ugyldighet for de rettslige disposisjonene som utdeler støtten.

I punkt 2.4 ble det pekt på spørsmålet om hvorvidt iverksettelsesforbudet selv er grunnlaget for ugyldighet i EU-rettslig sammenheng. I det følgende legges det til grunn at ugyldigheten må forankres i nasjonale regler.²¹⁴ Iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett, og spørsmålet er dermed om rettslige disposisjoner i strid med iverksettelsesforbudet blir ugyldige etter alminnelige regler om lovstrid som ugyldighetsgrunn.²¹⁵ Drøftelsen deles i typetilfellene ugyldighet for enkeltvedtak og ugyldighet for avtaler.

²¹² C-284/12 Lufthansa premiss 30 og punkt 2.4.

²¹³ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 336–337, som også peker på at et forvaltningsorgan ikke ensidig kan oppheve en privatrettslig avtale den har inngått. Se også Hjelmeng (2004) s. 104 og 111–112.

²¹⁴ Det blir uansett her en flytende grense, ettersom det ikke finnes uttrykkelige reguleringer i norsk rett som fastslår at vedtak og avtaler i strid med iverksettelsesforbudet er ugyldige, jf. også punkt 4.1 om gjennomføringen av iverksettelsesforbudet. Selve motstriden med iverksettelsesforbudet blir altså i en viss forstand den aktuelle ugyldighetsgrunnen.

²¹⁵ Jf. punkt 4.1 om iverksettelsesforbudets gjennomføring i norsk rett. Alterskjær m.fl. (2008) s. 336–337 og Hjelmeng (2004) s. 104 og 112 legger til grunn at motstrid med iverksettelsesforbudet er en slik ugyldighetsgrunn.

4.4.2 Ugyldighet for enkeltvedtak

Bortsett fra forvaltningsloven § 41, er reglene om enkeltvedtaks ugyldighet i stor grad ulovfestet.²¹⁶ I forvaltningsrettslig litteratur sondres det mellom ulike ugyldighetsgrunner for enkeltvedtak, altså ulike typer feil ved vedtaket.²¹⁷ Eckhoff og Smith trekker eksempelvis et hovedskille mellom innholdsmangler og tilblivelsesmangler.²¹⁸ Selv om terminologi og inndeling varierer i litteraturen, synes det å være enighet om at spørsmålet om ugyldighet avhenger av hva slags type feil det dreier seg om.²¹⁹ Det er dermed nødvendig å vurdere hva slags type feil brudd på iverksettelsesforbudet innebærer.

Iverksettelsesforbudet kan ikke sees som en saksbehandlingsregel i relasjon til de forvaltningsrettslige ugyldighetsreglene. Iverksettelsesforbudet stiller ikke bare krav om at et støttetiltak meldes til ESA før det iverksettes; ESA må også uttrykkelig eller implisitt godkjenne støttetiltaket etter Prosedyreforordningen artikkel 4 nr. 6. I motsatt tilfelle er støtteutbetalingen ulovlig, også der ESA senere godkjenner støttetiltaket.²²⁰ Iverksettelsesforbudet innebærer et forbud mot å iverksette statsstøtte uten forutgående godkjenning av ESA, og begrenser dermed hva et nasjonalt enkeltvedtak lovlig kan gå ut på. Iverksettelsesforbudet gjelder også uavhengig av hva slags organ som tildeler støtten, slik at det ikke er tale om en personell kompetansebegrensning.

I lys av at iverksettelsesforbudet begrenser det innhold et enkeltvedtak lovlig kan ha, er det nærliggende å karakterisere iverksettelsesforbudet

²¹⁶ Graver (2015) s. 521–522.

²¹⁷ Om ugyldighetsbegrepet, se Eckhoff og Smith (2014) s. 459–460 og beskrivelsen som koblingsord mellom hvilke feil som kan ha betydning for vedtaket og hvilke rettsfølger disse får.

²¹⁸ Eckhoff og Smith (2014) s. 461–462.

²¹⁹ Frihagen mfl. (2010) s. 71–72 synes å dele inn i personelle, materielle og prosessuelle kompetanseregler. Graver (2015) s. 524 anvender på sin side begrepet «ugyldighetsnormer», og deler disse inn i hjemmelsnormer, utøvelsesnormer og utviklingsnormer.

²²⁰ Se her for eksempel C-354/90 FNCE premiss 16 og C-199/06 CELF I premiss 40 om at Kommisjonens etterfølgende godkjenning av ulovlig støtte ikke gjør støtten lovlig med tilbakevirkende kraft. Se også Bacon (2013) s. 540.

som en *materiell kompetansebegrensning*, altså en innholdsmangel.²²¹ I alminnelig forvaltningsrettslig litteratur synes det – til tross for de nevnte ulikhetene i terminologi – å være bred enighet om at materielle kompetansemangler som klar hovedregel innebærer ugyldighet.²²² I litteraturen omtales ofte ugyldighet som følge av «lovstrid», men det er neppe avgjørende i denne sammenheng at iverksettelsesforbudet er gjennomført i forskrift. Også her vil det dreie seg om et enkeltvedtak som er i strid med en overordnet norm.²²³ I denne sammenheng er det også et poeng at iverksettelsesforbudet er en folkerettslig forpliktelse, og at allerede bruddet på denne forpliktelsen kan utgjøre en ugyldighetsgrunn.²²⁴ Når det gjelder iverksettelsesforbudets forhold til EØS-loven § 2, behandles dette i punkt 4.6.

De fleste forfattere tar samtidig forbehold om at unntak kan tenkes ved ugyldighet til skade for en part.²²⁵ De forhold som fremheves i litteraturen, vil ofte foreligge i statsstøttesaker, ettersom ugyldighet gjennomgående vil være til skade for støttemottakeren. Støttemottakeren vil ofte kunne ha innrettet seg etter støtten, eksempelvis ved at støtten er innkalkulert i budsjetter, og det kan også tenkes at det ofte vil gå en viss tid fra enkeltvedtaket om støtte blir fattet og til ugyldigheten gjøres gjeldende. Dette er imidlertid ikke relevant etter EØS-retten, jf. også punkt 2.3 om unntak fra tilbakeføring. I litteraturen pekes det heller ikke på skranker av en slik karakter at de utelukker anvendelse av hovedregelen om ugyldighet for vedtak med lovstridig innhold. Også i denne sammenheng må det

²²¹ Eckhoff og Smith (2014) s. 461 om innholdsmangler og at andre regler kan begrense forvaltningens kompetanse.

²²² Slik Eckhoff og Smith (2014) s. 460, Bernt og Krüger (1986) s. 100, Frihagen, Rasmussen og Bernt (2010) s. 105 og Graver (2015) s. 524–525.

²²³ Se imidlertid Jervell (2002) s. 144 som påpeker at et enkeltvedtaks ugyldighet som følge av en innholdsmangel kan følge av at «...et enkeltvedtak er i strid med formell lov eller forskrift som gjennomfører en EØS-forpliktelse [...]»

²²⁴ Se her Ot.prp. nr. 79 (1991–1992) s. 4 med henvisning til Rt s. 1982 s. 241 (Alta). Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 127–128.

²²⁵ Se for eksempel Frihagen, Rasmussen og Bernt (2010) s. 106–107, som åpner for unntak i «eksepsjonelle situasjoner». Også Eckhoff og Smith (2014) s. 463 og Frihagen (1992) s. 221 åpner for unntak.

vektlegges at iverksettelsesforbudet er en folkerettslig forpliktelse, slik at presumsjonsprinsippet taler for ugyldighet.

Konklusjonen må være at ugyldighet for enkeltvedtak i strid med iverksettelsesforbudet kan forankres i alminnelige forvaltningsrettslige regler. Der det foreligger slike vedtak, må forvaltningen også ha en plikt til å utnytte omgjøringsadgangen etter forvaltningsloven § 35 c, såfremt det ikke foreligger ekstraordinære omstendigheter.²²⁶ En slik plikt må følge av at støttegiver er forpliktet til å kreve tilbake ulovlig støtte, jf. punkt 4.3.²²⁷

4.4.3 Ugyldighet for avtaler

Det kan innledningsvis fastslås at grunnlaget for ugyldighet vil måtte være at avtalen er lovstridig.²²⁸ Lovstriden vil bestå i at avtalen innebærer ulovlig statsstøtte. Når det gjelder ugyldighet for avtaler i strid med loven kan det for det første vises til NL 5-1-2. Regelen gir begrenset veiledning når det gjelder ugyldighetsvurderingen for disse tilfellene, men Høyesterett har uttalt seg om lovstrid som ugyldighetsgrunn i Rt. 1993 s. 312.²²⁹

«Jeg legger til grunn at det ikke gjelder noen alminnelig regel om at en avtale med lovstridig innhold er uten virkning mellom partene, men at spørsmålet må avgjøres ved en tolking av den enkelte lov hvor det også legges vekt på enkelte momenter av mer generell karakter – herunder om reelle hensyn tilsier at lovovertrедelsen får slik virkning.»²³⁰

Under henvisning til Rt. 2006 s. 328, påpeker Hjelmeng at det er av mindre betydning hvordan man rent teknisk konstaterer at en avtale strider mot en lov, men at «[d]et avgjørende må være om avtalens gjennomføring til

²²⁶ Se punkt 2.3 om ekstraordinære omstendigheter.

²²⁷ En plikt til å benytte omgjøringsadgangen i forvaltningsloven § 35 c for enkeltvedtak i strid med EØS-retten, kan for øvrig også forankres i lojalitetsplikten etter EØS-avtalen artikkel 3, se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 302–303.

²²⁸ Hjelmeng (2003) s. 112 og Alterskjær m.fl. (2008) s. 337

²²⁹ Se Hjelmeng (2016) s. 280–281.

²³⁰ Rt. 1993 s. 312 på side 315. Se også Rt. 2004 s. 1582 premiss 35, hvor førstvoterende fremhevet som «et sentralt moment at tilleggsavtalen tok sikte på å omgå et av konsepsjonslovens sentrale formål».

*de grader motvirker lovforbudets formål at det etter en helhetsvurdering er grunn til å reagere med ugyldighet».*²³¹

Regelen som må tolkes her er altså iverksettelsesforbudet. EU-domstolen har uttalt at formålet med iverksettelsesforbudet er å sørge for at uforenelig støtte aldri blir utbetalt, og dersom ulovlig støtte utbetales, skal den som altoverveiende hovedregel betales tilbake.²³² I den grad kontraktsmessig ugyldighet er nødvendig for å oppnå stansing og tilbakeføring, tilsier dermed iverksettelsesforbudets formål utvilsomt at avtaler som innebærer statsstøtte anses ugyldige. Også presumsjonsprinsippet støtter at slike avtaler blir ugyldige.

Konklusjonen må etter dette være at også for kontrakter som innebærer ulovlig statsstøtte, kan kontraktens ugyldighet forankres i alminnelige norske regler.

Salg av offentlig eiendom til underpris er en sakstype som ESA ofte har vært involvert i.²³³ Et saksforhold som kan være illustrerende er EFTA-domstolens avgjørelse i E-12/11.²³⁴ I saken hadde Asker kommune inngått en opsjonsavtale i 2001 med Asker Brygge AS, som ga Asker Brygge AS en opsjon til å kjøpe en tomt av Asker kommune for NOK 8 millioner, justert for konsumprisindeksen. Opsjonsavtalen ble fornyet i 2004, og i 2005 benyttet Asker Brygge AS seg av opsjonen. Salgsavtale ble inngått den 21. mars 2007. Eiendommen ble overført til Asker Brygge på samme dato, og 30 % av salgssummen ble overført, mens de resterende 70 % skulle betales senest 31. desember 2011. Det skulle ikke løpe rente på kjøpesummen i mellomtiden. Norske myndigheter notifikerte salget den 15. desember 2008, og ESA fant at eiendommen på tidspunktet for overdragelsen var solgt under markedsverdi og dermed inneholdt statsstøtte. ESA fant videre at støtten var uforenelig med det indre marked og påla norske myndigheter å tilbakeføre statsstøtten. En potensiell konkurrent ville i en slik sak kunne ha angrepet kontrakten mellom Asker kommune og Asker Brygge AS som ugyldig.

Et særlig spørsmål som kan tenkes å oppstå der støtten er gitt ved salg av eiendom til underpris, er om støttemottaker kan unngå ugyldighet og

²³¹ Hjelmeng (2016) s. 281.

²³² Se punkt 2.2.4 og 2.3.

²³³ Se litteraturlisten med lenke til ESAs nettsider og register for statsstøttesaker.

²³⁴ Se E-12/11 premiss 3–10.

restitusjon ved å betale differansen mellom markedsverdi og kjøpesum. I eksemplet over kan man tenke seg at Asker Brygge AS hadde begynt å bebygge tomten, slik at en tilbakeføring av eiendommen til Asker kommune ville bli svært kostbar eller umulig.

EU-domstolens uttalelser i C-275/10 Residex kan gi en viss veiledning.²³⁵ Her viste EU-domstolen for det første til at tilbakeføring er den logiske følgen ved ulovlig støtte, og at formålet er å gjenopprette konkurranseforholdene.²³⁶ Videre uttalte Domstolen:

« [...] it should be noted that, with regard to cancellation of the guarantee, and irrespective of who the beneficiary of the aid may be, European Union law does not impose any specific conclusion that the national courts must necessarily draw with regard to the validity of the acts relating to implementation of the aid. [...] However [...] given that the objective of the measures that the national courts are bound to take in the event of infringement of Article 88(3) EC is, essentially, to restore the competitive situation existing prior to the payment of the aid in question, those courts must ensure that the measures which they take with regard to the validity of the abovementioned acts make it possible for such an objective to be achieved.»²³⁷

Nøyaktig hvilke slutninger som kan trekkes fra dommen når et gjelder de konsekvenser som kreves i nasjonal rett ved brudd på iverksettelsesforbudet, kan være usikkert. I denne sammenheng er poenget at uttalelsen i det minste antyder en formålsorientert tilnærming til gyldighetsspørsmålet: Det sentrale er hvorvidt ugyldighet er egnet til å gjenopprette konkurranse situasjonen som gjaldt før utdelingen av den ulovlige støtten. I lys av at formålet er gjenoppretting, kan konkurrenten heller ikke ha krav på mer enn at den ulovlige støtten blir tilbakeført, altså differansen mellom

²³⁵ C-275/10 Residex. I saken hadde Rotterdams kommunale havnevesen stilt garanti for et lån mellom to private selskaper. Da lånet ikke ble betalt, rettet støttegiveren kravet mot kommunen, men kommunen påberopte seg at garantien var ugyldig fordi den inneholdt støtte i strid med iverksettelsesforbudet, se dommens premiss 13–17.

²³⁶ C-275/10 Residex premiss 33–34.

²³⁷ C-275/10 Residex premiss 44–45.

markedsprisen og underprisen. Støttemottakeren bør derfor kunne unngå ugyldighet ved å betale differansen mellom markedsverdi og kjøpesum.

I litteraturen synes Hjelmeng å legge tilsvarende løsning til grunn. Han mener at avtaler som strider mot iverksettelsesforbudet, i utgangspunktet må anses ugyldige i sin helhet, men at støttemottakeren likevel må få mulighet å betale differansen mellom markedsverdi og underprisen og dermed fjerne støtteelementet.²³⁸

Hjelmeng understreker samtidig at det etter hans oppfatning ikke er grunnlag for å kreve at støttemottaker står ved avtalen og betaler støttebeløpet.²³⁹ I tråd med Hjelmengs syn, må altså støttemottakeren tilsvarende kunne påberope seg at kontrakten er ugyldig som forsvar mot et krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. Også her må gjenopprettelsen av konkurranseforholdene være det avgjørende. Dersom støttemottakeren har oppbeåret fordeler utover de som omfattes av restitusjon ved alminnelig ugyldighet, vil imidlertid et krav om tilbakeføring av dette beløpet komme i tillegg. I et slikt tilfelle vil ikke støttemottakeren kunne unnsnippe et tilbakeføringskrav ved å påberope seg ugyldighet.

4.5 Støttemottakers plikt til tilbakeføring

Det EØS-rettslige utgangspunktet ved ulovlig støtte er at tilbakeføring skal finne sted, med de unntak som gjelder ved ekstraordinære omstendigheter.²⁴⁰ I punkt 4.2 er det konkludert med at en effektiv beskyttelse av konkurrenten i henhold til EØS-rettens krav, utelukker at vedtak er den eneste muligheten å etablere en tilbakeføringsforpliktelse for støttemottaker på. Likevel er det nødvendig med et rettslig grunnlag for støttemottakers tilbakeføringsforpliktelse der en konkurrent fremmer tilbakeføringskrav for norske domstoler. Et sentralt spørsmål er da om det kan oppstilles et slikt grunnlag.

Hjelmeng peker på at det primært er to modeller for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse: For det første kan en slik forpliktelse etableres

²³⁸ Hjelmeng (2004) s. 114.

²³⁹ Hjelmeng (2004) s. 114.

²⁴⁰ Jf. punkt 2.2.4, 2.3 og kapittel 3.

gjennom enkeltvedtak.²⁴¹ Dette var tilfellet i Hydro/Søral, som er omtalt i punkt 4.2. For det andre kan støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse følge av selve loven: som følge av at støtte er utbetalt lovstridig oppstår det et krav om tilbakeføring. Dette kravet må deretter fremmes overfor støttemottakeren, og eventuelt håndheves ved domstolene. Hjelmeng omtaler den første modellen som vedtaksmodellen og den andre som påkravsmodellen.²⁴² Dersom konkurrenten skal kunne rette et søksmål om tilbakeføring direkte mot støttemottakeren, krever dette at påkravsmodellen kan legges til grunn.

En mulighet er at dette grunnlaget er iverksettelsesforbudet selv, jf. punkt 2.4. Når støttemottakeren tar imot ulovlig statsstøtte, mottar han støtte gitt i strid med norsk rett og Norges folkerettslige forpliktelser. Samtidig er det klart at selve iverksettelsesforbudets ordlyd ikke selv gir uttrykk for noen tilbakeføringsforpliktelse for støttemottaker. Dermed kan det være behov for å supplere med andre internrettslige grunnlag.

Hjelmeng tar til orde for at iverksettelsesforbudet lest i lys av støtteloven § 5, og prinsipper om ugyldighet og restitusjon ved lovstridige avtaler og enkeltvedtak, er et tilstrekkelig grunnlag for et krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte mot støttemottakeren.²⁴³

Når det gjelder støtteloven § 5 som grunnlag for støttemottakers tilbakeføringsforpliktelse ved påkrav fra støttegiver eller en konkurrent, har det vært uklart om støtteloven § 5 gir grunnlag for vedtak om tilbakeføring *overfor støttemottakeren*.²⁴⁴ Ordlyden «...*kan kreves tilbakeført*» i støtteloven § 5 kan riktignok synes å gi hjemmel for et slikt vedtak.²⁴⁵ Det er imidlertid vanskelig å utlede av forarbeidene at støtteloven § 5 var ment som en hjemmel for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse.²⁴⁶ Oppmerksomheten her er konsentrert om behovet for å kunne pålegge

²⁴¹ Hjelmeng (2014) s. 218

²⁴² Hjelmeng (2014) s. 218

²⁴³ Hjelmeng (2014) s. 220. Jeg tolker også Hjelmeng slik at han også mener at det i utgangspunktet ikke gjelder begrensninger i dette grunnlaget, dvs. tilfeller hvor dette ikke er et tilstrekkelig grunnlag for støttemottakers tilbakeføringsforpliktelse.

²⁴⁴ Se Hjelmeng (2004) s. 92–96 og Hjelmeng (2014) s. 218–220.

²⁴⁵ Hjelmeng (2004) s. 92.

²⁴⁶ Slik også Hjelmeng (2014) s. 217–221 og Hjelmeng (2004) s. 92–96.

kommuner – altså støttegiver – å kreve tilbake støtte.²⁴⁷ Det kan kanskje hevdes at dersom støtteleven § 5 utelukkende var ment som en hjemmel for departementet til å pålegge kommuner å tilbakeføre ulovlig statsstøtte, må departementet ha bygget på en forutsetning om at tilbakeføring overfor støttlemottaker var mulig.²⁴⁸ Det er likevel vanskelig å utlede et grunnlag for støttlemottakers tilbakeføringsforpliktelse alene av denne forutsetningen.

Hjelmeng viser til at den svenske støtteleven bygger på påkravsmodellen, og at ordlyden er «tilnærmet identisk med den norske», altså støtteleven § 5.²⁴⁹ En forskjell er likevel at den svenske tilbakeføringsbestemmelsen bruker formuleringen «ska» om støttlemottakerens tilbakeføringsforpliktelse, mens støtteleven § 5 bruker ordet «kan».²⁵⁰ Som Hjelmeng påpeker, brukes imidlertid ordlyden «kan» også i pristiltaksloven § 6 og § 2.²⁵¹ Pristiltaksloven setter her et forbud mot urimelig pris, mens § 6 fastslår at den som har betalt overpris «kan kreve overprisen tilbakebetalt». Det kan også vises til at folketrygdloven § 22-15 om tilbakekreving av feilaktig utbetalt stønad bruker ordlyden «kan kreves tilbake». Det er altså på det rene at ordlyden «kan» i andre sammenhenger er ansett tilstrekkelig for

²⁴⁷ Se Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) s. 25–32. I de generelle merknadene, knyttes behovet for loven opp mot det faktum at også støtte fra andre organer enn staten omfattes av statsstøttereglene. Heller ikke i forarbeidene ved senere revisjoner av loven er klargjørende, men inntrykket er at loven primært er en hjemmel for å pålegge støttegiveren å kreve tilbakeføring. I 1996 Ot.prp. nr. 39 (1995–1996) s. 1 gjentas formuleringene om behovet for en fullmaktslov overfor «organer som ikke omfattes av den instruksjonsmyndighet staten har overfor sine organer». Samtidig kan gjennomføringen av hjemmelen for å fravike foreldelsesloven antyde at bestemmelsen var ment som tilbakeføringspålegg overfor støttlemottaker, jf. Ot.prp. nr. 98 (2001–2002) s. 3–4 og Hjelmeng (2014) s. 219–220. Ved denne revisjonen ble ordlyden «tilbakebetaling» også endret til «tilbakeføring», for å sikre at bestemmelsen fanget opp alle formene for statsstøtte, herunder indirekte støtte, se Ot.prp. nr. 98 (2001–2002) s. 4.

²⁴⁸ Se for øvrig også forskrift om offentlig støtte § 5, som fastslår at departementet «kan pålegge støttegiver å kreve tilbakebetalt ulovlig utbetalt støtte som blir funnet å være i strid med EØS-avtalens regelverk». Heller ikke denne bestemmelsen kan gi grunnlag for støttlemottakers tilbakeføringsforpliktelse.

²⁴⁹ Hjelmeng (2014) s. 220.

²⁵⁰ Se Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler § 3. En annen forskjell fra støtteleven, er at den svenske loven knytter unntakene fra tilbakeføringsforpliktelsen klart opp mot EU-rettens regler.

²⁵¹ Hjelmeng (2014) s. 219.

tilbakebetaling av en mottatt ytelse, både på det privatrettslige og det offentligrettslige området.

I *Hydro/Søral*, som gjaldt særavgifter og temmelig omfattende beløp, la Høyesterett til grunn, uten å gå inn på forarbeidene – og på tross av de uklarheter som er påpekt ovenfor – at støtteleven § 5 gir grunnlag for vedtak om støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse.²⁵² Den usikkerhet forarbeidene ga grunnlag for med hensyn til om støtteleven § 5 kan hjemle pålegg til støttemottaker, synes altså med Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral* brakt ut av verden.²⁵³

Dette taler for at ordlyden er tilstrekkelig for å hjemle et krav overfor støttemottakeren, og at bestemmelsen kan supplere iverksettelsesforbudet som grunnlag for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse der det er nedlagt slik påstand for domstolene. En innvending er at en vedtakskompetanse for forvaltningen ikke automatisk innebærer at også domstolene har slik kompetanse. Her er det imidlertid viktig å skille mellom på den ene siden at grunnlaget for domstolens kompetanse følger av iverksettelsesforbudets gjennomføring i norsk rett, mens støtteleven § 5 – kombinert med iverksettelsesforbudet – utgjør grunnlaget for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse på den andre siden.²⁵⁴

Som nevnt ovenfor, påpeker Hjelmeng også at norske domstoler vil kunne supplere med andre mulige grunnlag. Der støttemottakerne gjennom kontrakt har mottatt overkompensasjon – for eksempel ved offentlige myndigheters kjøp av tjenester – synes tilbakeføring av overkompensasjonen å kunne forankres som en følge av at avtalen må anses helt eller delvis ugyldig. I rettspraksis har domstolene riktignok vært skeptiske til å tillate restitusjon der en avtale er ugyldig som følge av lovstrid, men det er likevel ikke tale om noen kategorisk avskjæring av restitusjonskrav i slike tilfeller.²⁵⁵ Hjelmeng peker på andrevoterendes uttalelse i Rt. 1995 s. 46 (Nimbus) om at

²⁵² Se Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral* premiss 38.

²⁵³ Det er imidlertid flere spørsmål ved støtteleven § 5 som slik hjemmel. Hjelmeng (2014) s. 227 mener at bestemmelsen «i alle fall ikke generelt» gir slik hjemmel til støttegiver, men at den muligens kan konstrueres på det området saken gjaldt.

²⁵⁴ Jf. punkt 4.1.

²⁵⁵ Se Hjelmeng (2003) s. 291–292. Se også Alterskjær m.fl. (2008) s. 337.

«I hvilken utstrekning en part som har foretatt en ytelse i henhold til en ugyldig avtale kan kreve sin ytelse tilbake fra medkontrahtenten må, mener jeg, avgjøres konkret ut fra en vurdering av partenes forhold og hva som best fremmer de hensyn som har medført at avtalen erklæres ugyldig.»²⁵⁶

Samtidig vil ugyldighet som supplerende grunnlag for tilbakeføringsforpliktelsen passe bedre der støttemottaker har mottatt en form for overkompensasjon (direkte støtte), enn der støtten består i fritak fra en byrde (indirekte støtte). Ved undersalg består for eksempel den ulovlige støtten i at støttemottakeren har betalt for lite. Her kan det vises til eksempelet i punkt 4.4.3 med Asker kommune, og utgangspunktet om at hele avtalen må anses ugyldig. Restitusjon som følge av ugyldighet må i henhold til tradisjonelle regler være den salgssummen som Asker Brygge AS betalte i saken, mens statsstøtten består i differansen mellom markedsverdi og salgsprisen.

Heller ikke ulovfestede regler om *condicito indebiti* eller tilleggsbetaling synes å tilføre noe når det gjelder grunnlaget for et tilbakeføringskrav.²⁵⁷ Disse prinsippene er utformet med tanke på forholdet mellom en kreditor og en debitor, noe som gjenspeiles i vilkårene for rett til tilbakeføring slik de er fremstilt i litteraturen.²⁵⁸ Prinsippene gir dermed lite som grunnlag for støttemottakerens plikt til tilbakeføring. I slike tilfeller synes altså støtteloven § 5 å være mest nærliggende som supplerende grunnlag for støttemottakernes tilbakeføringsforpliktelse.

Særlige spørsmål reiser seg der støtten er ytet ved et forvaltningsvedtak. Spørsmålet om tilbakeføring der et begunstigende forvaltningsvedtak er ugyldig, er i forvaltningsrettslig litteratur drøftet som et spørsmål om forvaltningens omgjøring av ugyldige vedtak. Frihagen er den eneste jeg har funnet som har uttalt seg konkret om statsstøtterettslige vedtak, og

²⁵⁶ Se Rt. 1995 s. 46 (Nimbus) og Hjelmeng (2016) s. 282.

²⁵⁷ I Ot.prp. nr. 73 (1991–1992) s. 31 fremheves reglene om *condicito indebiti* av NHO.

²⁵⁸ Se Bergsåker (2015) s. 272 flg. om dette. Utgangspunktet ved læren om *condicito indebiti* om at tilbakebetaling avhenger av en konkret helhetsvurdering passer dårlig ved tilbakeføring av ulovlig statsstøtte, jf. punkt 2.3.

da tilsynelatende i tilknytning til Ot.prp. nr. 73 (1991–1992). I sitt kapittel om tilbakevirkning ved omgjøring av ugyldige vedtak skriver han:

«En særlig markert plikt til tilbakebetaling får vi ved offentlig støtte i strid med EØS-avtalen. Etter proposisjon til lov om støtte-reglene etter EØS-avtalen vil det være forbud mot at offentlige organer – herunder også kommuner og fylkeskommuner – gir offentlig støtte i strid med avtalen og en lovbestemt plikt til tilbakebetaling av avtalestridige beløp.»²⁵⁹

I punkt 4.4.2 er det nevnt at forvaltningen har en plikt til omgjøring der et enkeltvedtak strider mot iverksettelsesforbudet, for eksempel etter den alminnelige adgangen til å omgjøre ugyldige vedtak etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c. Normalt må man også anta at forvaltningen lojalt tar konsekvensen dersom domstolene finner at forvaltningsvedtak strider mot iverksettelsesforbudet. Her er imidlertid spørsmålet om domstolene kan *forplikte støttemottaker til tilbakeføring direkte, uten å gå veien om forvaltningen*. Dette er altså noe annet enn at domstolene for eksempel pålegger forvaltningen å fatte omgjøringsvedtak.

Umiddelbart kan det som følge av den tradisjonelle arbeidsdelingen mellom domstoler og forvaltning virke som et nytt vedtak er nødvendig der støtten er gitt gjennom et forvaltningsvedtak: Domstolene kjenner et vedtak ugyldig, men avsier ikke dom for innholdet av det nye vedtaket.²⁶⁰ Her kan det imidlertid igjen minnes om at domstolens generelle kompetanse til å gi dom for tilbakeføring følger av iverksettelsesforbudet selv, slik det er gjennomført i norsk rett. Det er således ikke tale om at domstolene «setter seg i forvaltningens sted».²⁶¹

Det kan spørres om støtteloven § 5 og iverksettelsesforbudet til sammen utgjør et tilstrekkelig grunnlag for støttemottakers tilbakeføringsforpliktelse også på forvaltningsrettens område i alle tenkelige

²⁵⁹ Frihagen (1992) s. 59.

²⁶⁰ Se NOU:2001 32 A s. 194–195.

²⁶¹ En alternativ synsmåte er kanskje at iverksettelsesforbudet innebærer en «særskilt hjemmel» for at domstolene kan avsi dom for innholdet i et forvaltningsvedtak, se Rt. 2009 s. 170 premiss 47–50. Dette synes imidlertid mindre treffende og jeg går ikke nærmere inn på dette her.

tilfeller. Der den ulovlige støtten er gitt gjennom et forvaltningsvedtak, kan det ikke utelukkes at fraværet av en klar og uomtvistelig hjemmel for tilbakeføring spiller en større rolle enn der støtten er gitt gjennom privatrettslige disposisjoner. Som nevnt ovenfor ble imidlertid støtteleven § 5 ansett som tilstrekkelig hjemmel overfor støttemottakeren i Hydro/Søral. Videre pekes det ikke i forvaltningsrettslig litteratur på absolutte skranker mot tilbakeføring ved forvaltningens omgjøring av ugyldige vedtak.²⁶² I lys av dette synes det heller ikke å være grunn til å stille strengere krav til grunnlaget for støttemottakerens tilbakeføringsforpliktelse når det gjelder domstolen myndighetsutøvelse sammenlignet med forvaltningens. Konklusjonen må altså være at det finnes et tilstrekkelig grunnlag for støttemottakerens plikt til tilbakeføring av ulovlig statsstøtte, og at støttemottakeren altså kan forpliktes til tilbakeføring ved dom.

4.6 Iverksettelsesforbudets gjennomslag i norsk rett

Konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet synes kanskje i større grad enn andre EØS-rettslige regler å være avhengig av at iverksettelsesforbudet gis forrang foran andre interne bestemmelser.²⁶³ For det første får iverksettelsesforbudet bare anvendelse i motstridssituasjoner: Der konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet er aktuelt, ligger det i dagen at det må foreligge en nasjonal normering som strider mot iverksettelsesforbudet. Denne formen for motstrid lar seg dermed ikke «bortfortolke» ved hjelp av presumsjonsprinsippet. Dermed blir det

²⁶² I alminnelig forvaltningsrettslig litteratur kan man riktignok spore en viss skepsis til tilbakeføring ved ugyldige vedtak. Eckhoff og Smith (2014) s. 480 uttaler at det er «mindre opplagt» om det kan kreves tilbakeføring ved omgjøring av ugyldige vedtak generelt og viser til folketrygdloven § 22-15 – som stiller krav om uaktsomhet eller forsett – som et rimelig prinsipp å følge. Bernt og Krüger (1986) s. 113–114 uttaler at: «Begunstigende vedtak vil overfor en godtroende og aktsom part som altoverveiende hovedregel bare bli ansett som «angripelige», både i den forstand at vedtaket får rettsvirkninger medmindre det anfektes – og i den forstand at en eventuell ugyldighet fastslått ved dom eller nytt forvaltningsvedtak ikke blir retroaktiv». Hjelmeng (2004) s. 104 legger til grunn at tilbakeføring må være mulig ved omgjøring av enkeltvedtak i strid med iverksettelsesforbudet, selv om tilbakeføring «ikke er noen forvaltningsrettslig hovedregel».

²⁶³ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 299 om at EØS-loven § 2 har vist seg å spille en forholdsvis beskjeden rolle i praksis.

også av betydning at iverksettelsesforbudet er gjennomført ved forskrift, mens for eksempel generelle støtteordninger kan gis i former med samme eller høyere trinnhøyde. For det tredje innebærer ukklarhetene knyttet til gjennomføringen av iverksettelsesforbudet at det er en større fare for at klare tilfeller av motstrid oppstår.

En første problemstilling er da hvorvidt iverksettelsesforbudet omfattes av EØS-loven § 2. Spørsmålet kan stilles i lys av at bestemmelsen følger av ODA protokoll 3 del I og II, ikke EØS-avtalens hoveddel. I prinsippet oppstår problemstillingen uavhengig av om iverksettelsesforbudet anses å følge av Prosedyreforordningen artikkel 3 eller innfortolkes i støtteleven.²⁶⁴

Prosedyreforordningen er gjennomført ved «forskrift», men det kan spørres om «den tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter *avtalen*», jf. EØS-loven § 2 annet punktum. Når det gjelder hva som er «avtalen» etter bestemmelsen, synes det i utgangspunktet nærliggende å forstå dette i lys av EØS-loven § 1 som viser til «avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde», men ikke til ODA. I utgangspunktet kan det da stilles spørsmål ved om iverksettelsesforbudet omfattes av forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2.

Ordlyden «tjener til å oppfylle» kan muligens tolkes i lys av de klare forbindelsene mellom ODA protokoll 3 del II og de materielle statsstøtteregele i EØS-avtalen artikkel 61–64. Denne tette forbindelsen illustreres også av at Kaasen – fordi iverksettelsesforbudet først ble gjennomført i norsk rett ved Prosedyreforordningen – har lagt til grunn at iverksettelsesforbudet må *innfortolkes i EØS-avtalen artikkel 62–64*.²⁶⁵ Alterskjær m.fl. synes å legge til grunn at EØS-loven § 2 må anvendes analogisk.²⁶⁶

En mulighet er å se hen til EØS-avtalen artikkel 2, hvor det defineres hva som i EØS-avtalen menes med «avtale». Det følger av bestemmelsen at dette er «avtalens hoveddel, dens protokoller og vedlegg samt de rettsakter

²⁶⁴ Jf. punkt 4.1.

²⁶⁵ Se Kaasen (2000) s. 409: «Sett hen til at EØS-avtalen generelt sikter mot å gi bestemmelser tilsvarende EF-traktaten virkning i EFTA-statene, må det kunne legges til grunn at også regelen i EF-artikkel 88 (3) if inngår i forpliktelsen som følger av EØS-artikkel 62–64».

²⁶⁶ Alterskjær m.fl. (2008) s. 338.

som er omhandlet i dem». Det kan her vises til at Prosedyreforordningen er «omhandlet» i EØS-avtalen protokoll 26 artikkel 2. Dette må innebære at iverksettelsesforbudet omfattes av EØS-loven § 2. I lys av de uklarhetene som hefter ved gjennomføringen av iverksettelsesforbudet er det nærliggende å anta at det heller ikke lå noen klar intensjon om at iverksettelsesforbudet ikke skulle ha forrang etter EØS-loven § 2. Det motsatte resultatet harmonerer dårlig med forpliktelsen som følger av ODA protokoll 3 del I lest i lys av homogenitetsmålsettingen.

Det kan dermed konstateres at iverksettelsesforbudet faller inn under regelen i EØS-loven § 2 og går foran andre forskrifter og *senere lovgivning*. For det andre vil forskrifter som innebærer statsstøtte i strid med iverksettelsesforbudet – på samme måte som etterfølgende lover – måtte settes til side etter ordlyden i EØS-loven § 2. Utgangspunktet må også være at forrangen etter EØS-loven § 2 omfatter iverksettelsesforbudet slik dette må tolkes i lys av EU-domstolens praksis.²⁶⁷ Videre må ordlyden «lov» i EØS-lovens § 2 tolkes slik at dette også omfatter plenarvedtak. Fra et norsk perspektiv synes det i utgangspunktet å være liten grunn til å behandle alminnelige plenarvedtak annerledes enn formelle lover. Det kan videre pekes på at EØS-loven § 2 bygger på EØS-avtalen protokoll 35, som pålegger EFTA-statene en plikt til å gi en forrangsregel for gjennomførte EØS-regler.²⁶⁸ På bakgrunn av at protokollens formål er rettsenhet og at forrangsregelen i EU-retten også omfatter andre normeringer som vedtas av parlamentet, slutter Fredriksen og Mathisen at protokoll 35 også må omfatte Stortingets plenarvedtak.²⁶⁹ I forlengelsen av dette slutter forfatterne at ordlyden «lov» må tolkes i samsvar med presumsjonsprinsippet.²⁷⁰

Det er eksempler i underrettspraksis på at Grunnloven § 75 bokstav a er blitt anført som skranke mot å gi EØS-loven § 2 anvendelse for

²⁶⁷ Se Arnesen og Stenvik (2015) s. 137–138 om at EØS-loven § 2 også omfatter de sider av en EØS-bestemmelse som ikke omfattes av ordlyden, men som må innfortolkes som følge av rettspraksis.

²⁶⁸ Se Ot.prp.nr.79 (1991–1992) s. 4–5 om bakgrunnen for protokoll 35.

²⁶⁹ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 300–301.

²⁷⁰ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 300–301.

Stortingets *skattevedtak*.²⁷¹ Støtte gjennom fritak fra skatter og avgifter skjer som regel ved Stortingets skattevedtak, og det er derfor av betydning hvorvidt grunnlovsmessige skranke kan tenkes å få anvendelse for slike skattevedtak.²⁷² Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på Grunnloven som skranke ved skatte- og avgiftsvedtak her. Det kan likevel påpekes at når det gjelder EØS-loven § 2 og stansing av ulovlig støtte, synes ikke stortingets skattevedtak i utgangspunktet å stå i en prinsipielt sett annen stilling enn andre vedtak i Stortinget som omfattes av bestemmelsen. Stortingets eksklusive kompetanse til å vedta lover og skattevedtak følger begge av Grunnloven. Som påpekt av Fredriksen og Mathisen, er Stortingets beskatningsmulighet ivaretatt så lenge domstolene respekterer skattevedtak hvor det klart fremgår at skattevedtak skal gå foran folkerettslige forpliktelser.²⁷³ Det kan imidlertid ikke utelukkes at tilbakeføring av ulovlig støtte kan reise skatterettslige problemstillinger i særskilte tilfeller.²⁷⁴

²⁷¹ Se for eksempel statens anførsler i RG-2005-1542. Se også Fredriksen og Mathisen (2014) s. 300–301 om den upubliserte tingrettsdommen i KLM-saken.

²⁷² I den nevnte E-23/14 Kimek Offshore, ble for eksempel systemet med differensiert arbeidsgiveravgift vedtatt ved Stortingsvedtak.

²⁷³ Se Fredriksen og Mathisen (2014) s. 301 og RG-2005-1542.

²⁷⁴ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 338–339 som peker på noen særlige problemstillinger. Alterskjær m.fl. slår fast at ettersom Stortinget har kompetansen til å pålegge skatten, må også Stortinget anses som støttegiver der støtte gis gjennom skattevedtak. Samtidig peker han på at der støtten er gitt gjennom et fritak, kan tilbakeføringsforpliktelsen – da her i form av tilleggsbetaling – forankres i skattevedtakets hovedregel. Alterskjær m.fl. legger samtidig til grunn at tilbakeføringen ikke kommer i konflikt med forbudet mot lovers tilbakevirkende kraft etter Grunnloven § 97, fordi støtten hele tiden har vært ulovlig i medhold av iverksettelsesforbudet. Dette synes også å være EU-domstolens perspektiv, se C-183/91 Kommisjonen mot Hellas premis 17 som er omtalt Regeringens proposition 2012/13:84 s. 34. Hydro/Søral synes å være et eksempel på at tilbakeføring av ulovlig støtte i form av skatte- og avgiftsvedtak kan forankres vedtakets hovedregel. I avgjørelsen ble det ikke reist noen problemstillinger knyttet til Grunnloven § 97 eller når det gjaldt Tollregion Vests vedtak om tilbakeføring. Dersom det skulle finnes tilfeller hvor det likevel er nødvendig at Stortinget fatter et nytt skattevedtak, kan dette imidlertid stille seg annerledes.

4.7 Oppsummering

I kapittelet er det konstatert at iverksettelsesforbudet må anses gjennomført i norsk rett og at dette innebærer at private kan påberope seg de rettigheter iverksettelsesforbudet i ODA protokoll 3 del I gir grunnlag for. Videre må nasjonale domstoler som følge av gjennomføringen ha kompetanse til å gi dom for de nødvendige rettsvirkningene som disse rettighetene krever. Lovgivers manglende oppmerksomhet på iverksettelsesforbudet, gjør imidlertid at forankringen i norsk rett av visse rettsvirkninger ved brudd på iverksettelsesforbudet, ikke alltid er like klar. Dette gjelder kanskje først og fremst støttemottakerens plikt til tilbakeføring av ulovlig støtte.

Dette er også illustrert i behandlingen av Hydro/Sørdal, som viser at uklarheter når det gjelder virkningene og håndhevelsen av iverksettelsesforbudet i norsk rett må holdes opp mot de krav EØS-retten stiller. Som det er vist, kan heller ikke alle uttalelser i avgjørelsen tolkes strengt etter sin ordlyd.

Presumsjonsprinsippet innebærer at de tilgjengelige grunnlag i norsk rett – i fravær av klar lovregulering – må tolkes slik at konkurrenten kan oppnå beskyttelse i samsvar med de krav EØS-retten stiller.²⁷⁵ Kapittelet har også vist at de nødvendige rettsvirkningene kan forankres i norsk rett, både når det gjelder støttegivers plikter, støttemottakers plikter og ugyldighet for enkeltvedtak og avtaler i strid med iverksettelsesforbudet.

²⁷⁵ Jf. kapittel 2 og 3.

5 Håndhevelsen av brudd på iverksettelsesforbudet for norske domstoler

5.1 Innledning og oversikt

5.1.1 Innledning

Kapittel 4 behandlet iverksettelsesforbudets materielle virkninger i norsk rett. I dette kapittelet skal det undersøkes hvordan konkurrenten kan oppnå disse virkningene gjennom håndhevelse for nasjonale domstoler. Formålet er å undersøke om de prosessuelle reglene gir konkurrenten adgang til å håndheve iverksettelsesforbudet i henhold til de krav EØS-retten stiller, samt peke på særtrekk som gjør seg gjeldende ved slik håndhevelse. I det følgende behandles konkurrentens krav om stansing, tilbakeføring og midlertidig forføyning.

Tvisteloven § 1-2 fastslår at tvisteloven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten. Det er forøvrig forutsatt i forarbeidene at bestemmelsen ikke har selvstendig betydning der inkorporerte folkerettslige forpliktelser er gitt forrang etter særskilte bestemmelser, jf. punkt 4.6 om iverksettelsesforbudet og EØS-loven § 2.²⁷⁶ I utgangspunktet er det dermed liten grunn til å tro at tvisteloven oppstiller vesentlige skranker for konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet. Samtidig påpeker Backer at

«Det er lett å overse at tvl. § 1-2 ikke er noen generell regel om sektormonisme. Den gjør bare at folkeretten *innskrenker* anvendelsen av tvisteloven. Folkeretten blir *ikke* i medhold av § 1-2 et *selvstendig rettsgrunnlag*. Da må det andre lovhjemler til.»²⁷⁷

²⁷⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 363.

²⁷⁷ Se Backer (2015) s. 48.

Med dette som utgangspunkt, må konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet forankres i tvistelovens regler, samtidig som eventuelle hindringer tvisteloven måtte medføre, må stå tilbake etter regelen i tvisteloven § 1-2, alternativt EØS-loven § 2. Nedenfor skal det gis en oversikt over hovedlinjene i kapittelet.

5.1.2 Oversikt over problemstillingene

Når det gjelder håndhevelsen av iverksettelsesforbudet, går et hovedskille mellom de tilfellene hvor ulovlig støtte er i ferd med å deles ut og de tilfeller der støtten allerede er utdelt. I de første tilfellene er det stansing som er aktuelt, altså å hindre utbetalingen av ulovlig støtte for fremtiden. I de andre tilfellene er det tilbakeføring som er aktuelt, altså gjenoppretting av konkurranseforholdene.

Dersom konkurrenten oppnår stansing av støttetiltaket, vil det i utgangspunktet ikke være behov for tilbakeføring. I noen tilfeller kan det imidlertid være behov for å kombinere stansing og tilbakeføring for det samme støttetiltaket. For eksempel kan konkurrenten for et bestemt støttetiltak kreve stansing av fremtidige støtteutdelinger og tilbakeføring av den støtten som allerede er utdelt.

Hovedskillet mellom stansing og tilbakeføring reiser to underproblemstillinger. Den første problemstillingen er hvilke former for håndhevelse som kan føre til stansing og tilbakeføring av ulike former for støttetiltak. De ulike typetilfellene hvor håndhevelse av iverksettelsesforbudet kan være aktuelt reiser ulike problemstillinger knyttet til grunnvilkårene for å fremme søksmål for domstolene etter tvisteloven § 1-3. Den andre problemstillingen knytter an til anvendelsen av midlertidige sikringstiltak. Her reiser tvistelovens regler om midlertidig sikring ulike problemstillinger avhengig av om det dreier seg om midlertidig stansing eller midlertidig tilbakeføring.

Når det gjelder stansing av fremtidig utbetaling av støtte, er i hovedsak to typetilfeller aktuelle. For det første kan stansing av fremtidig støtte gå ut på tilsidesettelse av en generell støtteordning for fremtiden. Søksmålet kan da typisk innebære at en bestemt fritaksregel ikke skal anvendes. For det andre kan stansing gå ut på at individuell støtte ikke skal utdeles.

Dette er først og fremst aktuelt der det er fattet et vedtak eller inngått en kontrakt som etablerer en rett for støttemottakeren til utbetaling av støtte, men der støtten ennå ikke er utbetalt. I så fall vil søksmålet måtte gå ut på at kontrakten eller vedtaket er ugyldig.²⁷⁸

Når det gjelder tilbakeføring av allerede utbetalt støtte, synes det også her å være i hovedsak to kategorier av søksmål som er aktuelle. Den første – og mest sentrale – er søksmål mot støttemottakeren med sikte på å forplikte denne til tilbakeføring. Dette vil måtte skje i form av et søksmål med påstand om at den rettslige disposisjonen som utdeler støtten er ugyldig, kombinert med påstand om at støttemottakeren forpliktet til å betale tilbake den ulovlige statsstøtten. Den andre kategorien er der konkurrenten vil ha dom for at støttegiveren plikter å kreve tilbake den ulovlige statsstøtten, men ikke gjør støttemottakeren til part. Ettersom støttemottakeren ikke er part i søksmålet, vil en slik fastsettelsesdom ikke binde støttemottakeren, og det blir opp til støttegiveren å kreve inn den ulovlige støtten.

Den andre underproblemstillingen er om midlertidig sikring er aktuelt for de ulike typene søksmål ved stansing og tilbakeføring. På et overordnet nivå kan det for det første pekes på at der vilkårene i *CELF II* er oppfylt, kan ikke nasjonal rett oppstille ytterligere vilkår for midlertidige tiltak.²⁷⁹ Dette må være felles for alle typetilfellene hvor midlertidige tiltak kan anvendes. I utgangspunktet synes midlertidig sikring å være

²⁷⁸ I punkt 2.2.5 ble det lagt til grunn at den rett til midlertidige tiltak som følger av *CELF II* for så vidt gjelder individuell støtte, ikke foreligger før det er foretatt rettslige disposisjoner som gir støttemottakeren rett til støtten. Det er klart at det i norsk rett etter omstendighetene kan gis dom for at en part er avskåret fra å fatte både privatrettslige og offentligrettslige disposisjoner i fremtiden, se f.eks. Backer (2015) s. 221–223 som viser til at klare holdepunkter må gjøre det nærliggende at saksøkte kan komme til å foreta disposisjoner som berører saksøkerens interesser. Man kan derfor spørre om ekvivalensprinsippet medfører at søksmål som går ut på å hindre fremtidige brudd på iverksettelsesforbudet, må tillates. Som nevnt i punkt 2.2.5, synes imidlertid problemet med å fastslå statsstøtteelementet før den rettslige disposisjonen er foretatt å gjøre seg gjeldende også her. Den sentrale formen for håndhevelse der bruddet på iverksettelsesforbudet skjer i form av individuelle støttetildelinger, synes etter dette å være alminnelige ugyldighets søksmål.

²⁷⁹ Jf. punkt 2.2.5.

aktuelt for alle tilfellene, bortsett fra søksmål der det kreves dom for at støttegiver plikter å kreve tilbake støtten.

For det andre kan det pekes på at vilkårene for midlertidig sikring vil kunne variere både på EØS-rettslig og nasjonalt nivå.

Når det gjelder EØS-retten, oppstiller *CELF II* en rett til midlertidige tiltak for beskyttede parter etter iverksettelsesforbudet dersom nærmere vilkår er oppfylt.²⁸⁰ I punkt 2.2.5 ble det konkludert med at *CELF II* innebærer et skille mellom midlertidig stansing og midlertidig tilbakeføring, ettersom avgjørelsen ikke kan forstås slik at fraværet av ekstraordinære omstendigheter er et vilkår for konkurrentens rett til midlertidige tiltak. Begrunnelsen er at fraværet av ekstraordinære omstendigheter ikke kan være et vilkår *for å overholde iverksettelsesforbudet*. Derimot er fraværet av ekstraordinære omstendigheter et vilkår for at nasjonale domstoler skal ha plikt til å beslutte *midlertidig tilbakeføring*. Dette kan ha betydning i situasjoner hvor konkurrenten ønsker å oppnå både stansing og tilbakeføring av ulovlig støtte. I så fall kan man i prinsippet ha en situasjon hvor nasjonale domstoler har plikt til å gi medhold i en påstand om midlertidig stansing av støtte, men ikke plikt til å gi medhold i en påstand om midlertidig tilbakeføring, fordi det foreligger ekstraordinære omstendigheter.²⁸¹

I punkt 2.2.5 ble det også konkludert med at der vilkårene som oppstilles i *CELF II* ikke er oppfylt, vil anvendelsen av midlertidige tiltak måtte følge de nasjonale regler for midlertidig sikring.²⁸² Dermed vil også vilkårene etter norsk rett kunne variere avhengig av om konkurrenten krever stansing eller tilbakeføring.

²⁸⁰ Se punkt 2.2.5.

²⁸¹ Jf. punkt 2.3.

²⁸² Se også Fredriksen (2008) s. 296–300 om effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet i EØS-retten.

5.2 Rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3

5.2.1 Utgangspunkter

Tvisteloven § 1-3 stiller nærmere krav til søksmålgjenstandens art, partenes tilknytning til kravet og søksmålsituasjonen. Disse kravene omtales her samlet som et krav om at saksøker må ha «rettslig interesse» i å fremme søksmål.²⁸³ Utgangspunktet der det ikke foreligger harmoniserende EØS-rettslige regler, er at medlemsstaten har prosessuell autonomi. De nasjonale regler om rettslig interesse må imidlertid tolkes i lys av effektivitetsprinsippet, slik at private har mulighet til å håndheve sine rettigheter etter iverksettelsesforbudet.²⁸⁴ De EØS-rettslige prinsippene om effektivitet og ekvivalens er lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 2005 s. 597 (Allseas Marine Contractors) som en del av norsk rett.²⁸⁵

Det er ikke tvilsomt at private etter norsk rett kan gå til søksmål om egne rettigheter.²⁸⁶ Iverksettelsesforbudet slik det er gjennomført i norsk rett verner konkurrenter, og forbudet gir konkurrenten et krav på stansing og tilbakeføring av ulovlig statsstøtte.²⁸⁷ Dersom en part pretenderer at han konkurrerer med mottaker av ulovlig statsstøtte, kan søksmålet ikke avvises på grunn av konkurrentens manglende tilknytning til kravet. Uttalelsen i Hydro/Søral om at private adgang til søksmål ikke «reduseres» kan også tolkes som en anerkjennelse av at konkurrenten har tilstrekkelig aktiv tilknytning i håndhevelse av iverksettelsesforbudet.²⁸⁸

²⁸³ Det kan imidlertid være visse variasjoner i terminologi og kategorisering når det gjelder hvilke dimensjoner av bestemmelsen som omfattes av begrepet «rettslig interesse», se f.eks. Backer (2015) s. 201 og Skoghøy (2014) s. 362–363 om dette.

²⁸⁴ Se punkt 2.2.2. Et av funnene i Oppfølgingsstudien var for øvrig at *locus standi* utgjorde en sentral hindring for privat håndhevelse i EU, se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 4.

²⁸⁵ Rt. 2005 s. 597 (Allseas Marine Contractors) premiss 38. Se også Fredriksen (2008) s. 297–298 om avgjørelsen.

²⁸⁶ Schei mfl. (2013 a) s. 31 og Skoghøy (2014) s. 423 sonderer i sine fremstillinger mellom offentligrettslige og privatrettslige krav i denne sammenheng. Backer, (2015) s. 227–228 mener imidlertid at skillet er unødvendig, og påpeker at skillet kan være vanskelig å trekke. Dette er treffende for iverksettelsesforbudet, som nettopp er vanskelig å kategorisere som enten offentligrettslig eller privatrettslig.

²⁸⁷ Se punkt 4.1 og punkt 2.2.3 til 2.2.5.

²⁸⁸ Se Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 51.

Uttalelsen fremstår riktig nok som et obiter dictum, og den sier ingenting om at private faktisk anses å ha tilstrekkelig tilknytning. Den naturlige lesemåten er likevel at Høyesterett anerkjenner at en konkurrent tilfredsstiller kravet om tilstrekkelig tilknytning. Konkurrenten som tredjepart ved ugyldighetssøksmål, behandles særskilt i punkt 5.2.2.

Som nevnt i punkt 5.1.1 fastslår tvisteloven § 1-2 at loven gjelder med de begrensninger som følger av folkeretten. Videre synes fleksibiliteten i tvisteloven § 1-3, samt anerkjennelsen i rettspraksis av at prosessvilkårene må tolkes i lys av hensynet til effektiv domstolsprøving av EØS-reglene, å tale for at bestemmelsen ikke legger store hindre i veien for konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet.²⁸⁹ I teorien er det også lagt til grunn at tvisteloven § 1-3 er så vidt fleksibel at beskyttelsen av privates rettigheter etter EØS-avtalen som regel vil kunne skje i overenstemmelse med ekvivalens- og effektivitetsprinsippet.²⁹⁰ I det følgende skal det pekes både på de ulike føringer som konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet legger på tolkningen av tvisteloven § 1-3, og på særlige spørsmål som oppstår ved slike søksmål.

5.2.2 Støtte gitt ved enkeltvedtak og avtaler – særlig om partenes tilknytning til kravet

Angrep på støttetiltak som er gitt ved enkeltvedtak eller kontrakt, må skje i form av et ugyldighetssøksmål.²⁹¹ Følgen av at konkurrenten når frem med søksmålet blir at støttemottakeren ikke lenger har rett til støtte i henhold til vedtaket eller kontrakten. Der støtten også er utdelt, vil konkurrenten kunne fremme et krav om at støttemottakeren tilbakefører den ulovlige statsstøtten til støttegiver. I utgangspunktet reiser ikke

²⁸⁹ Se Rt. 1996 s. 282 (Øl-monopol). Saksøkerne angrep her alkohollovens regler om at sterkøl bare kunne selges på vinmonopolet. Kjæremålsutvalget fremhevet på side 287 at «[...] det er viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødig vanskelig å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler». Resultatet ble likevel avvisning, fordi Høyesterett mente at saksøkerne først burde ha søkt bevilgning og deretter angrepet et eventuelt avslag.

²⁹⁰ Schei mfl. (2013 a) s. 19. I denne sammenheng kan det for øvrig også vises til Fredriksen (2008) s. 291–292, som mener at forarbeidene til tvisteloven og norsk litteratur ikke fullt ut har tatt innover seg EØS-rettens innvirkning på norsk sivilprosess.

²⁹¹ Jf. punkt 5.1.1.

alminnelige ugyldighetssøksmål særskilte problemstillinger. Som følge av manglende lovregulering og trepartsforholdet som etableres ved privat håndhevelse i statsstøttesaker, er det imidlertid noen sider ved vilkåret om partenes tilknytning til kravet etter tvisteloven § 1-3 andre ledd som reiser særskilte spørsmål.

Tvisteloven § 1-3 annet ledd krever at saksøker påviser et «reelt behov» for å få kravet avgjort. Som nevnt gir iverksettelsesforbudet konkurrenten bestemte rettigheter.²⁹² Samtidig må ugyldigheten både for kontrakter og forvaltningsvedtak forankres i alminnelige regler, som altså ikke er koblet direkte til iverksettelsesforbudet.²⁹³

Tredjemanns adgang til ugyldighetssøksmål synes lite problematisk for forvaltningsvedtak som begunstiger en annen.²⁹⁴ Mer uavklart synes det å være om tredjemann kan påberope seg ugyldighet for privatrettslige avtaler etter den alminnelige regelen om ugyldighet som følge av lovstrid. Det følger av EØS-retten at støttemottakeres konkurrenter må anses å ha rettslig interesse i et slikt ugyldighetssøksmål der søksmålet er nødvendig for å håndheve iverksettelsesforbudet.²⁹⁵ En slik tolkning av tvisteloven § 1-3 må eventuelt følge av presumsjonsprinsippet.

En slik tolkning innebærer imidlertid ikke nødvendigvis noe nytt etter norsk rett. Eldre litteratur synes riktignok å trekke i retning av at påberopelse av ugyldighet etter avtalelovens regler – herunder avtaleloven

²⁹² Jf. punkt 5.2 og 4.1.

²⁹³ Se punkt 4.4.

²⁹⁴ I EØS-rettslig sammenheng kan det særlig vises til Rt. 2005 s. 597 (Allseas Marine Contractors). Spørsmålet var her om tre ansatte i selskapet Allseas kunne rette et ugyldighetssøksmål mot Overligningsnemndas vedtak som gjaldt Allseas plikt til å betale arbeidsgiveravgift uten korresponderende plikt til trygdemedlemskap for de ansatte, se dommens premiss 9. Høyesterett fant at de ansatte ikke hadde søksmåladgang fordi skattebetalingsloven § 48 nr. 5 var uttømmende, og at heller ikke effektivitetsprinsippet førte til et annet resultat. I dommens premiss 43 uttalte imidlertid førstvoterende: «Der tredjemann er gitt adgang til å angripe vedtak som er rettet mot andre, har tredjemann vært sterkt berørt av det vedtaket saken gjelder. I Kühne-saken, sak C-269/199, som særlig er trukket frem av saksøkerne, dreide det seg således om å angripe et begunstigende forvaltningsvedtak rettet mot en konkurrent, som kunne være til økonomisk skade for tredjemann, jf. premiss 58. Dette er en situasjon som ville gitt rettslig interesse etter norsk rett».

²⁹⁵ Se punkt 2.2.2.

§ 36 – er forbeholdt partene i avtalen.²⁹⁶ I nyere litteratur stiller imidlertid Giertsen – etter å ha vist til det tradisjonelle synet om at bare partene kan påberope seg kontraktsrettslig ugyldighet – spørsmål om ikke denne regelen må oppmykes.²⁹⁷ Giertsen viser nettopp til EØS-retten, nærmere bestemt anskaffelsesloven § 13 om søksmål som går ut på å kjenne kontrakter uten virkning.²⁹⁸

Det kan også vises til konkurranseretten og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2. Når det gjelder tilknytningskravet ved søksmål om ugyldighet etter denne bestemmelsen, peker Hjelmeng på at dette må vurderes opp mot spørsmålet om den private representerer en interesse som også ivaretas ved den aktuelle lovbestemmelsen, og at dette i konkurranseretten må ta utgangspunkt i tilknytningen mellom privates interesser og konkurransereglene.²⁹⁹ Et lignende utgangspunkt er nærliggende også for avtalerettslig ugyldighet ved brudd på iverksettelsesforbudet, slik at adgangen til å påberope seg ugyldighet kobles opp mot hvem som er beskyttet av iverksettelsesforbudet.³⁰⁰ For konkurrenter må vurderingen knyttes opp mot hvorvidt han er negativt berørt av konkurransevidringen. Det er likevel en forskjell ved at anskaffelsesloven § 13 og EØS-avtalen artikkel 53 nr. 2 er uttrykkelige ugyldighetsregler. Avtalers ugyldighet ved brudd på iverksettelsesforbudet, må derimot forankres i den generelle regelen om ugyldighet ved lovstrid. Poenget kan illustreres med uttalelser om anskaffelsesloven § 13 i NOU 2010: 2, som trekker parallellen til alminnelig avtalerettslig ugyldighet, men som likevel fremhever forskjellen som ligger i at bestemmelsen

«...i motsetning til de tradisjonelle tilblivelsesmangler, først og fremst er begrunnet i allmenne samfunnsinteresser og tredje-

²⁹⁶ Se Bernt og Krüger (1986) s. 111 med videre henvisninger, som drøfter forskjellen mellom kontraktsrett og forvaltningsrett når det gjelder tredjemanns posisjon. Forfatterne konstaterer ikke eksplisitt at tredjemann ikke kan påberope seg avtaleloven § 36, men kan tolkes i denne retning.

²⁹⁷ Giertsen (2012) s. 137 med videre henvisninger.

²⁹⁸ Se Giertsen (2012) s. 137–138 om at dette er en «særlig form for ugyldighet», som i utgangspunktet må skilles fra alminnelig kontraktsrettslig ugyldighet.

²⁹⁹ Se Hjelmeng (2003) s. 159.

³⁰⁰ Jf. punkt 2.2.2.

mannsinteresser. En konsekvens av dette er at håndhevelsen av sanksjonen er tillagt tredjemann, primært ved en eller flere forbigåtte leverandører.»³⁰¹

Utsagnet viser imidlertid til «*de tradisjonelle tilblivelsesmangler*». Det synes tvilsomt om den samme begrensningen kan gjelde der kontrakten lider av en *innholdsmangel* som består i at avtalen strider mot lov eller forskrift. Ugyldighet etter avtalelovens regler er begrunnet i partsinteressene, mens regelens formål må være det veiledende for ugyldighetsvurderingen der ugyldighetsgrunnen er at avtalen er lovstridig, jf. punkt 4.4.3.³⁰² Regelens anvendelsesområde – alle tilfeller av tenkelig kontraktsmessig lovstrid – taler dermed for at ugyldighet må kunne påberopes av den som er beskyttet av den aktuelle regelen. Også etter norsk rett isolert sett, synes dermed konkurrenten å kunne påberope seg lovstrid som ugyldighetsgrunn der en kontrakt strider mot iverksettelsesforbudet.

Twisteloven § 1-3 stiller også krav om at saksøker må ha et reelt behov for dom i «forhold til saksøkte». Dette betegnes gjerne som et krav om passiv tilknytning. Hovedregelen her er i litteraturen formulert som et krav om at søksmålet må rettes mot den som hevdes å være forpliktet.³⁰³ Hvem søksmålet må rettes mot avhenger dermed av den konkrete håndhevelsessituasjonen.³⁰⁴ Et spørsmål er imidlertid i hvilken utstrekning konkurrenten *må* saksøke både støttmottakeren og støttegiveren der det kreves dom for at en kontrakt eller et enkeltvedtak er ugyldig som stridende mot iverksettelsesforbudet. I litteraturen er dette behandlet som et spørsmål om tvungent prosessfellesskap.

³⁰¹ NOU 2010:2 s. 106. Umiddelbart nedenfor det gjengitte sitatet pekes det på regelen om ugyldighet som følge av lovstrid, men det knyttes ingen bemerkninger til tredjemanns adgang til å påberope seg regelen.

³⁰² Hjelmeng (2016) s. 282 peker på at ved ugyldighet som følge av lovstrid kan partsinteresser og samfunnsinteresser stå i et motsetningsforhold. Nettopp ved kontrakter som strider mot loven, kan altså partene – i strid med samfunnets eller tredjemanns interesser – ønske at avtalen blir stående som gyldig.

³⁰³ Se f.eks. Skoghøy (2014) s. 433 og 444.

³⁰⁴ For forvaltningsvedtak krever tvisteloven § 1-5 at ugyldighetssøksmål må rettes mot myndigheten som har truffet avgjørelsen i siste instans. Samtidig la flertallet i Rt. 2007 s. 538 (Husebyskogen) premiss 29 til grunn at det i det minste var adgang til å trekke inn den som er tilgodesett ved vedtaket.

Når det gjelder offentligrettslige trepartsforhold, ble en regel om tvungent prosessfellesskap foreslått av Tvistemålsutvalget der tvistegjenstanden var gyldigheten av et forvaltningsvedtak.³⁰⁵ Regelen gikk i hovedsak ut på at søksmål rettet mot et begunstigende forvaltningsvedtak måtte rettes både mot det offentlige og den begunstigede part etter vedtaket. Tvistemålsutvalget pekte særlig på to hensyn for en slik regel; hensynet til å unngå dommer som medførte en usikker rettstilstand – saksøkeren hadde ikke et «reelt behov» for en dom som ikke også fikk rettskraftsvirkninger for den begunstigende part – og hensynet til sakens opplysning.³⁰⁶ Regelen ble imidlertid ikke ansett nødvendig av departementet.³⁰⁷

Spørsmålet om hvorvidt det likevel gjaldt en slik regel var lenge om-diskutert i norsk juridisk teori.³⁰⁸ Høyesteretts dom i Rt. 2015 s. 641 synes å sette et foreløpig punktum for spørsmålet. I saken hadde bidragsmottaker saksøkt staten angående gyldigheten av et vedtak om fastsettelse av bidrag. Staten påsto saken avvist på grunn av at den bidragspliktige ikke var gjort til saksøkt sammen med staten. Høyesterett viste til tidligere rettspraksis hvor det ble ansett å gi tilstrekkelige rettsvirkninger for saksøker at forvaltningen får plikt til å vurdere omgjøring av vedtaket ved en eventuell ugyldighetsdom.³⁰⁹ Videre pekte førstvoterende på at tvistemålsutvalgets forslag ikke ble fulgt opp i loven.³¹⁰ Etter å ha drøftet rettsutviklingen for privatrettslige forhold, fant førstvoterende at det ikke var holdepunkter for en annen regel om tvungent prosessfellesskap i offentligrettslige trepartsforhold enn ved vedtakelsen av tvisteloven.³¹¹

Dette må innebære at en konkurrent i utgangspunktet kan begrense seg til å saksøke staten eller andre støttegivere med påstand om at vedtak som innebærer statsstøtte er ugyldig. Spørsmålet synes imidlertid å stille

³⁰⁵ Se NOU 2001:32 A s. 198–200.

³⁰⁶ Se NOU 2001:32 A s. 198–199.

³⁰⁷ Se Ot.prp.nr.51 (2004–2005) s. 151.

³⁰⁸ Se f.eks. Skoghøy (2014) s. 447 flg. og Schei mfl. (2013 a) s. 41 flg. som begge er kritiske til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) på dette punkt.

³⁰⁹ Se Rt. 2015 s. 641 premiss 37–39.

³¹⁰ Se Rt. 2015 s. 641 premiss 42–47.

³¹¹ Se Rt. 2015 s. 641 premiss 58.

seg annerledes ved søksmål om ugyldighet i privatrettslige trepartsforhold, for eksempel der konkurrenten påberoper seg ugyldighet for en avtale om salg av eiendom til underpris eller kjøp av offentlige tjenester til overpris.³¹²

I Rt. 2015 s. 641 synes Høyesterett å forutsette at det har skjedd en rettsutvikling når det gjelder tvungent prosessfellesskap i privatrettslige forhold. I dommen viste staten til tre høyesterettsdommer om omstøtelse etter arveloven § 19, hvor et krav om tvungent prosessfellesskap ble oppstilt.³¹³ På overordnet nivå er et fellestrekk ved avgjørelsene at en tredjemann søker å gripe inn i en transaksjon mellom to parter. Rt. 2015 s. 641 synes å antyde at dommene om tvungent prosessfellesskap ved omstøtelse etter arveloven § 19 har implikasjoner utover denne bestemmelsen. Førstvoterende uttalte blant annet:

«En ugyldighetsdom kan således anses å være «et steg på veien» mot omgjøring. En tilsvarende mekanisme for å oppnå en endring av en rettslig disposisjon eksisterer ikke på privatrettens område. Jeg kan da vanskelig se at det kan trekkes noen slutning fra denne praksisen til offentligrettslige trepartsforhold.»³¹⁴

Uttalelsen tyder på at det mer generelt i trepartsforhold på privatrettens område er aktuelt med et krav om tvungent prosessfellesskap. Når det gjelder avtaler i strid med iverksettelsesforbudet, kan det fremheves at avgjørelsene det ble vist til i Rt. 2015 s. 641 gjaldt spørsmål om omstøtelse av gavesalg etter arveloven § 19. Situasjonene har en viss parallell til salg av eiendom til underpris i statsstøttesaker.³¹⁵ Selv om disse dommene gjaldt spørsmålet om selger måtte gjøres til part, er det i lys av de hensyn

³¹² Tvistemålsutvalget foreslo ingen lovfestet regel om tvungent prosessfellesskap, men la til grunn at dette eventuelt måtte bero på en tolkning av tvisteloven § 1-3, se NOU 2001:32 A s. 200.

³¹³ Se Rt. 2015 s. 641 premiss 13 med henvisning til Rt. 2010 s. 1361, Rt. 2011 s. 1502 og Rt. 2011 s. 1517.

³¹⁴ Rt. 2015 s. 641 premiss 57.

³¹⁵ Se også Rt. 2011 s. 1502 premiss 44 og Rt. 2010 s. 1361 premiss 38 hvor «oppgjørstekniske hensyn» fremheves. I Rt. 2010 s. 1361 premiss 38 fremheves det at selger bare vil ha plikt til å tilbakeføre vederlaget såfremt dommen også er bindende for ham.

som fremheves i dommene ikke grunn til å tro at vurderingen hadde blitt annerledes dersom det i stedet var bare selgeren som var saksøkt.

Den nøyaktige rekkevidden av de overnevnte avgjørelsene kan vanskelig fastslås med sikkerhet. Avgjørelsene tyder imidlertid på at en konkurrent som utgangspunkt kan nøye seg med å saksøke det offentlige der han krever dom for at et enkeltvedtak som innebærer ulovlig støtte er ugyldig, mens han i utgangspunktet må saksøke både støttegiver og støttemottaker der den ulovlige støtten ytes ved kontrakt. Hensynet til sakens opplysning synes da også å være mer tungtveiende der støtte er gitt gjennom kontrakt enn der støtten gis ved enkeltvedtak, ettersom støtteelementet ligger i selve kontrakten. Der det dreier seg om for eksempel salg av offentlig eiendom eller kontrakter om offentlige tjenester, synes altså både støttemottaker og støttegiver å måtte saksøkes.

Et krav om tvungent prosessfellesskap synes imidlertid ikke å utgjøre noen større hindring for konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet, og er derfor heller ikke problematisk i forhold til det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet. I litteraturen er det pekt på at tvungent prosessfellesskap kan være problematisk i forbindelse med generelle støtteordninger, se punkt 5.4, men generelle støtteordninger gjennomført ved kontrakt er det vanskelig å forestille seg. Det kan også pekes på at der det er tale om å forplikte støttemottakeren til tilbakeføring, eller anvende midlertidige sikringstiltak som også skal være bindende for støttemottakeren, vil støttemottakeren i alle tilfeller måtte saksøkes.³¹⁶

5.2.3 Generelle støtteordninger og krav til søksmålgjenstanden

Konkurrenten skal ha adgang til å stanse utbetalinger av ulovlig statsstøtte.³¹⁷ I punkt 2.2.5 er det konkludert med at dette også gjelder midlertidig stansing der ulovlig statsstøtte utdeles gjennom generelle støtteordninger. Spørsmålet som skal behandles her er om tvisteloven § 1-3 gir konkur-

³¹⁶ Se nærmere om midlertidig sikring i punkt 5.3.

³¹⁷ Se punkt 2.2.3.

renten adgang til å stanse generelle støtteordninger.³¹⁸ For øvrig kan det nevnes at dersom det ikke kan gis dom for kravet etter tvisteloven § 1-3, er heller ikke midlertidig sikring aktuelt, se tvisteloven § 32-2.³¹⁹

Når det gjelder norsk rett, er hovedregelen at vilkåret «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3 utelukker dom for «abstrakte rettsforhold».³²⁰ I teorien har dette vært formulert som et krav om at «[t]visten skal være konkretisert og knyttet til et bestemt faktum» og at det i utgangspunktet ikke er adgang til å få dom for «...*hvordan en bestemt rettsregel er å forstå, om en rettsregel er i strid med en regel av høyere rang eller i strid med andre regler*».³²¹ For en konkurrent synes dette i utgangspunktet å innebære at prøvingen av hvorvidt en generell støtteordning innebærer ulovlig statsstøtte i utgangspunktet må konkretiseres. Dette kan for eksempel gjøres ved å angripe et vedtak fattet i henhold til den generelle støtteordningen, som enten er rettet mot en konkret støttemottaker eller mot konkurrenten selv.

Regelen kan illustreres med Oslo tingretts upubliserte beslutning i saken mellom Synnøve Finden AS og staten, som verserer i skrivende stund.³²² I hovedtvisten har Synnøve Finden angrepet forskrift om prisutjevningsordningen for melk § 8, som gir Q-meieriene et tilskudd på 50 øre per liter kvantum for distribusjon av flytende melkeprodukter fra meierianlegg tilhørende konsernet, blant annet på grunnlag av at bestemmelsen innebærer ulovlig statsstøtte. Staten hadde lagt ned påstand om avvisning. Tingretten uttalte at det i utgangspunktet ikke var adgang til å gå til søksmål om lovforståelsesspørsmål, og videre at «[s]kal man få prøvd en lovforståelse må søksmål knyttes til saksøkers konkrete stilling i en

³¹⁸ Det er ikke sikkert at tilsidesettelse av generelle støtteordninger vil være veldig praktisk. For det første vil det neppe skje svært ofte at det utdeles ulovlig støtte gjennom en generell støtteordning, fordi staten som regel vil melde disse til ESA. For det andre er det ikke sikkert at støttemottakeren vil se det som interessant å sette til side støtteordninger, men heller prøve å oppnå den samme støtten selv. Rettslig sett er spørsmålet uansett interessant.

³¹⁹ Se Schei (2013 b) s. 1149.

³²⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142–143.

³²¹ Se Schei mfl. (2013 a) s. 24.

³²² Oslo tingretts beslutning av 5. november 2015.

*konkret sak, normalt til lovførståelse ved et forvaltningsvedtak hvor saksøker er part».*³²³ Videre uttalte tingretten:

«Retten antar at hvis det var forskriftsfestet en generell støtteordning, selv om den i utgangspunktet var skreddersydd for Q-Meieriene, og selv om støtte ville forutsette at produksjon allerede var startet, måtte saksøker ha nøyd seg med å søke tilsvarende støtte, og eventuelt bringe et avslag inn for retten. At saksøker da må foreta store investeringer uten annen sikkerhet enn egen tolkning av reglene i en tilskuddsordning kombinert med en foreliggende praksis omfattende ett meieri, er som staten sier simpelthen den usikkerhet som er en del av næringslivets faktiske usikkerhet. I den foreliggende situasjon, hvor støtten til et enkelt foretak er gitt i forskrifts form, er imidlertid situasjonen en annen. Saksøker har ingen tilskuddsordning å søke midler fra og ingen tilskuddordning å tolke. Da har de heller ingen annen mulighet til å få avklart rettsuvissheten enn et søksmål om gyldigheten av de forskriftene som gir konkurrenten særrettigheter.»³²⁴

Uttalelsen må klart nok sees i sammenheng med Synnøve Findens ønske om å oppnå den samme støtten som Q-meieriene.³²⁵ Når det gjelder EØS-rettens krav, kan det likevel stilles spørsmål ved tingrettens forutsetning om at Synnøve Finden ved en generell støtteordning måtte ha foretatt større investeringer, deretter søkt om tilskudd og så angrepet et eventuelt avslag på tilsvarende støtte. Et slikt krav om konkretisering synes i utgangspunktet å utelukke stansing av den ulovlige støtteordningen ved midlertidig forføyning. I høyden kan konkurrenten ved å rette søksmålet mot et konkret vedtak oppnå en prøving av hvorvidt en generell ordning innebærer ulovlig statsstøtte, og at myndighetene deretter innretter seg etter en eventuell dom om at det foreligger ulovlig statsstøtte. Ettersom det da ikke er mulig å oppnå umiddelbar stansing av den ulovlige statsstøtten ved midlertidig sikring, synes dette uforenelig med de krav EØS-retten stiller der vilkårene i CELF II er oppfylt.

³²³ Oslo tingretts beslutning av 5. november 2015 s. 6.

³²⁴ Oslo tingretts beslutning av 5. november 2015 s. 6.

³²⁵ Normalt kan heller ikke støttemottakeren ved å håndheve iverksettelsesforbudet kreve at også han blir mottaker av den ulovlige støtten, se fotnote 332.

Etter forarbeidene til tvisteloven er det tradisjonelle utgangspunktet fastholdt, samtidig som det er lempet noe for forskrifter.³²⁶ Etter forarbeidene er det «behovet for en rettslig avklaring» som skal være avgjørende, såfremt domstolsprøvingen kan skje på en forsvarlig og hensiktsmessig måte.³²⁷ Det er imidlertid adgangen til å prøve forskrifters lovmessighet som eksplisitt drøftes i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005), slik at forarbeidene ikke gir avgjørende holdepunkter for rekkevidden av lempingen når det gjelder søksmål rettet mot støtteordninger som er vedtatt ved lov- eller plenarvedtak.

Når det gjelder lovers forenelighet med EØS-avtalen, er det i rettspraksis eksempler på at domstolene har akseptert søksmål som går ut på ulike former for tilsidesettelse av lovgivning. Særlig gjelder dette søksmål om norske monopolordninger. For det første kan det vises til to avgjørelser som gjaldt alkoholloven, Rt. 1995 s. 758 (Vinutsalgsaken) og Rt. 1996 s. 1569 (Vin Compagniet). I Rt. 1995 s. 758 (Vinutsalgsaken) ble det reist søksmål med påstand om at saksøkeren hadde rett til å selge alkoholprodukter med høyere alkoholvolum enn 4,75 %, uten hensyn til alkohollovens regler som ga Vinmonopolet enerett til salg av slike produkter.³²⁸ I Rt. 1996 s. 1569 (Vin Compagniet) ble det anført at den norske alkohollovens metode for å sondre mellom vin og brennevin var et tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner i strid med artikkel 11 i EØS-avtalen.³²⁹ Det ble begjært midlertidig forføyning som gikk ut på at Sosial- og helsedepartementet pliktet å klassifisere bestemte produkter likt med vin etter alkoholloven § 1-3, frem til rettskraftig forlik eller dom. Det kan også vises til Rt. 1995 s. 1789 (Kiddie Rides) hvor en rekke bedrifter som drev spilleautomater begjærte midlertidig forføyning om at iverksettelsen av det offentlige monopolet

³²⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142, hvor departementet begrunnet dette med behovet for å unngå å tvinge legalitetsprøvingen «[...] inn i mindre hensiktsmessige former». Synspunktene i forarbeidene er også fremhevet i Rt. 2006 s. 1042 (Skiltdommen) premiss 21.

³²⁷ Se Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 142.

³²⁸ Rt. 1995 s. 758 (Vinutsalgsaken).

³²⁹ Rt. 1996 s. 1569 (Vin Compagniet).

som ble innført med lotteriloven skulle utsettes, blant annet på grunnlag av at monopolet var i strid med EØS-avtalen.³³⁰ Ingen av de to sakene om midlertidig forføyning førte frem i realiteten, men de ble heller ikke avvist på grunn av manglende rettslig interesse.

Verken i forarbeidene eller litteraturen er det uttalelser om at gjennomføringen av tvisteloven har redusert rettskildeværdien av disse avgjørelsene.³³¹ Avgjørelsene kan tyde på at søksmål om at staten ikke kan fatte vedtak i henhold til en lov eller et plenarvedtak ikke krever noen vesentlige endringer i tolkningen av tvisteloven § 1-3. I så fall vil det ikke nødvendigvis være behov for å anvende tvisteloven § 1-2 eller EØS-loven § 2, for å tilfredstille EØS-retten.

Det synes likevel å være en forskjell på de ovennevnte avgjørelsene og et angrep på en generell støtteordning. I de førstnevnte søksmålene krevde saksøkerne at monopolordningene som fulgte av loven ikke fikk anvendelse *overfor dem selv*. En konkurrent kan imidlertid ikke knytte søksmålet opp mot seg selv, for eksempel ved å kreve den samme støtten, fordi den ulovlige støttens virkninger dermed ville utvides.³³² I tilfellet Hydro/Sørøll ville altså en konkurrent ikke på grunnlag av iverksettelsesforbudet kunne kreve at også han fikk fritak fra el-avgiften. I motsetning til tilfellet med offentlige monopolordninger, vil konkurrentens angrep på en generell støtteordning altså måtte gå ut på at en bestemt regel ikke skal gjelde *overfor andre*. Dette gjør at søksmålet i større grad får en abstrakt karakter. I utgangspunktet synes likevel ikke dette å være en innvending som utelukker muligheten for å kreve at generelle støtteordninger tilsidesettes.

Det kan i denne sammenheng også vises til SOU 2011:69, som drøfter adgangen til «abstrakt normprøvning» i lys av forbudet i kapittel 11

³³⁰ Rt. 1995 s. 1789 (Kiddie Rides).

³³¹ Schei (2013 b) s. 1151–1152 viser til Rt. 1996 s. 1569 (Vin Compagniet) som et unntak fra regelen om at det ikke kan begjæres midlertidig forføyning før forvaltningen har truffet et vedtak, og Rt. 1995 s. 1789 (Kiddie Rides) som et eksempel på at det kan begjæres midlertidig forføyning for å hindre at generelle regler blir iverksatt.

³³² Se f.eks. C-368/04 Transalpine Ölleitung premiss 49. Oppfølgingsstudien viste at krav om å bli fritatt fra skatter eller avgifter var den vanligste bakgrunnen for påberopelse av statsstøtteregele i EU, se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 2.

§ 14 i den svenske Regeringsformen.³³³ Utvalgets forslag om å innføre særlige regler om tredjemanns adgang til å reise søksmål om stansing og tilbakeføring ble ikke tatt opp i Regeringens proposition 2012/13:84, og det ble blant annet vist til de konstitusjonelle problemstillingene forslaget reiste når det gjaldt forbudet mot «abstrakt normprøving».³³⁴ Så vidt jeg kan se, har det i norsk litteratur ikke vært pekt på prinsipielle eller konstitusjonelle hensyn når det gjelder regelen om at søksmål må konkretiseres.³³⁵ Et unntak synes å være Backer i sin behandling av adgangen til søksmål om «kompetanseforhold».

Under henvisning til forarbeidene til tvisteloven og Rt. 2006 s. 1042 (Skiltdommen), peker Backer på at gyldigheten av forskrifter kan prøves.³³⁶ Backer gir imidlertid uttrykk for at gyldighetsprøving av Grunnloven og alminnelige lover – både før og etter vedtakelse – står i en annen stilling, slik at det ikke kan reises søksmål med påstand om at et lovvedtak er ugyldig. Saksøkeren må nøye seg med å få dom for at loven ikke kan anvendes på «[...] bestemte konkrete faktiske forhold».³³⁷ Backer begrunner synspunktet slik:

«Gyldighetsprøving av lov- og grunnlovvedtak stiller seg annerledes, for her vil det være tale om overprøving av Stortinget som vårt øverste folkevalgte organ. Enn mer gjelder det for søksmål for å få fastslått om Stortinget har eller mangler kompetanse til å treffe et lov- eller grunnlovvedtak før vedtaket er truffet. Stortinget må selv ha mulighet for å vurdere sin egen kompetanse før domstolene eventuelt kan bringes inn. En annen ordning ville gjøre domstolene til et juridisk overhus som kunne påkalles av hvilken som helst særinteresse.»³³⁸

³³³ SOU 2011:69 s. 122–123 og 185–187 og 237–238.

³³⁴ Se Regeringens proposition 2012/13:84 s. 28.

³³⁵ Se f.eks. Schei mfl. (2013 a) s. 25, som mener at prøvingen av lover opp mot Grunnloven må være mulig i spesielle tilfeller. Heller ikke Skoghøy (2014) s. 381–388 peker på lignende problemstillingene som Backer.

³³⁶ Backer (2015) s. 210–211.

³³⁷ Backer (2015) s. 210.

³³⁸ Se Backer (2015) s. 211.

Backer bruker begrepet «gyldighetsprøving», men jeg oppfatter ham slik at det etter hans syn heller ikke er adgang til å få dom for at en lov er i strid med Grunnloven eller EMK.³³⁹ Backer nevner heller ikke uttrykkelig plenarvedtak, men i lys av begrunnelsen for at lov- og grunnlovsvedtak ikke kan kjennes ugyldige er det nærliggende at plenarvedtak omfattes. Det er også nærliggende å anta at Backer mener EØS-retten på dette punkt står i samme stilling som EMK og Grunnloven. Det er imidlertid ikke helt klart om Backers synspunkt også er at det er utelukket med dom for at en generell regel ikke kan anvendes overfor andre.

Uavhengig av hvordan Backer kan leses på dette punkt, må de hensyn Backer peker på være til hinder for et søksmål som går ut på å hindre Stortinget i å vedta en generell støtteordning. Selv om iverksettelsesforbudet omfattes av EØS-loven § 2 – som vist i punkt 4.6 – er bestemmelsen alminnelig lov, og griper ikke inn i Stortingets lovgivningskompetanse. Stortinget står med andre ord formelt fritt til å gi en EØS-stridig lov.³⁴⁰ Om Stortinget eksplisitt har gitt uttrykk for at statsstøtte skal gis til tross for iverksettelsesforbudet, må altså iverksettelsesforbudet vike. Dermed kan man heller ikke få dom – eller midlertidig forføyning – for at Stortinget ikke har rett til å bryte iverksettelsesforbudet.

Der Stortinget har vedtatt en generell ordning i strid med iverksettelsesforbudet, mener jeg spørsmålet stiller seg noe annerledes. EØS-loven § 2 hviler på en forventning om at Stortinget ikke vil bryte EØS-rettslige forpliktelser.³⁴¹ I tilfeller hvor denne forventningen faktisk slår til – Stortinget har ikke bevisst ønsket å bryte iverksettelsesforbudet – synes ikke hensynet til maktfordeling mellom Stortinget og domstolene å gjøre seg gjeldende. Tvert imot må hensynet til at Norge ikke bryter sine folkerettslige forpliktelser være avgjørende. Dette er en annen situasjon enn der Stortinget har gitt uttrykk for at en støtteordning skal gjelde uavhengig av den folkerettslige forpliktelsen som iverksettelsesforbudet innebærer.

³³⁹ Backer (2015) s. 210–211 skriver at «det kan ikke reises søksmål med påstand om at et lovvedtak er ugyldig (eller i strid med Grunnloven eller EMK, jf. Rt. 1998 s. 87 U).».

³⁴⁰ Sejersted m.fl. (2011) s. 268.

³⁴¹ Sejersted m.fl. (2011) s. 268.

5.3 Midlertidig sikring

5.3.1 Utgangspunkter

Når det gjelder midlertidig sikring, kan det for det første påpekes at der sikringstiltaket er ment å få rettsvirkninger overfor støttemottakeren, må det også rettes mot ham. Dette er altså uavhengig av om det gjelder et krav om tvungent prosessfelleskap eller ikke.³⁴²

For det andre innebærer *CELF II* en plikt for nasjonale domstoler til å beslutte midlertidig tiltak til beskyttelse av konkurrenten der det ikke er tvil om at et bestemt tiltak utgjør statsstøtte, støtten er eller er i ferd med å bli gjennomført og det ikke foreligger ekstraordinære omstendigheter.³⁴³ Avgjørelsen innebærer at vilkår for midlertidig forføyning i nasjonal rett – utover de som oppstilles i avgjørelsen selv – må tilsidesettes eller tolkes innskrenkende.

Det er på det rene at tvisteloven oppstiller ytterligere vilkår for midlertidig sikring enn de som oppstilles i *CELF II*. Dersom det tas utgangspunkt i vilkårene for midlertidig forføyning etter nasjonal rett, kreves for det første at konkurrenten sannsynliggjør at han vil lide «vesentlig skade eller ulempe», jf. tvisteloven § 34-1. For det andre kan midlertidig forføyning ikke besluttes etter tvisteloven § 34-1 annet ledd dersom den skade eller ulempe som saksøkte blir påført står i «åpenbart misforhold til den interesse saksøkeren har i at forføyning blir besluttet». Endelig kan det pekes på at domstolen aldri plikter å ta til følge en begjæring om midlertidig forføyning. Dette fremkommer av ordlyden «kan besluttes» i tvisteloven § 34-1.³⁴⁴

Vilkårene for adgangen til å beslutte midlertidig forføyning, og den skjønnsmessige friheten til ikke å gi midlertidig forføyning, må tolkes i lys av de begrensninger som følger av EØS-retten og *CELF II*. Dersom tvistelovens bestemmelser er til hinder for midlertidige sikringstiltak der vilkårene i *CELF II* er oppfylt, kan EØS-retten stille krav om at vilkårene må tilsidesettes etter tvisteloven § 1-2 og EØS-loven § 2.

³⁴² Jf. punkt 5.2.2.

³⁴³ Se punkt 2.2.5 og C-1/09 *CELF II* premiss 36.

³⁴⁴ Schei (2013 b) s. 1234.

For det tredje er det i punkt 2.2.5 konkludert med at også der vilkårene i CELF II ikke er oppfylt, innebærer ekvivalensprinsippet at midlertidig sikring kan være aktuelt etter nasjonal rett. Videre er det konkludert med at vilkåret om at tiltaket «uten tvil» må kunne klassifiseres som statsstøtte sikter til rettsanvendelsen. Når det gjelder vilkåret om at hovedkravet må være «sannsynliggjort» etter tvisteloven § 34-2, er det i litteraturen pekt på at domstolen etter en «[...] prejudisiell vurdering av det faktiske og rettslige grunnlaget for kravet, må finne det overveiende sannsynlig at saksøkeren vil nå frem med sitt krav i en etterfølgende rettsak».³⁴⁵

I lys av dette synes vilkåret «uten tvil» som et strengere krav til graden av sikkerhet når det gjelder rettsanvendelsen enn de som stilles i norsk rett. Dette åpner for at en norsk domstol mener et tiltak mest sannsynlig kan klassifiseres som statsstøtte, samtidig som domstolen ikke finner at den kan fastslå dette «uten tvil». Det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet innebærer da at konkurrenten – uavhengig av vilkårene i CELF II – kan gis medhold i en begjæring om midlertidig sikringstiltak der vilkårene etter norsk rett er oppfylt. Som det ble vist i punkt 2.2.5, gir ikke SFEI annen nærmere veiledning enn at nasjonale domstoler må vurdere om midlertidig sikring er nødvendig. Som følge av dette ble det lagt til grunn at nasjonale regler som utgangspunkt må gjelde. I slike tilfeller må altså tvisteloven som utgangspunkt få full anvendelse, både når det gjelder de vilkår som oppstilles for midlertidig sikring og den skjønnsmessige adgangen til å bestemme hvorvidt midlertidig forføyning skal innrømmes.

Til sist kan det pekes på at midlertidige sikringstiltak må forankres i norsk rett både der vilkårene i CELF II er oppfylt og der de ikke er oppfylt.³⁴⁶ Dermed oppstår spørsmålet om hvordan konkurrentens krav om stansing og tilbakeføring forholder seg til tvistelovens regler om midlertidig sikring. Selv om visse spørsmål vil være felles, er det hensiktsmessig å dele fremstillingen i midlertidig stansing og midlertidig tilbakeføring.

³⁴⁵ Se Schei (2013 b) s. 1198 med henvisning til Rt. 2012 s. 277 premiss 23. Se også Flock (2011) s. 224 som uttaler at domstolen må «[...] på vanlig måte foreta en rettsanvendelse ut fra det faktum som den finner bevist. Er dommeren i tvil om jussen må han anvende de rettsregler som han mener har mest for seg».

³⁴⁶ Se punkt 5.1.1.

5.3.2 Midlertidig stansing

5.3.2.1 Sikringsformen

Et krav om stansing av ulovlig statsstøtte vil i hovedsak måtte skje i form av et ugyldighetssøksmål eller et søksmål som går ut på tilsidesettelse av generelle regler.³⁴⁷ Etter tvisteloven § 32-1 skal midlertidig forføyning anvendes ved krav om annet enn penger og konkurrentens krav om stansing faller dermed inn under reglene om midlertidig forføyning.³⁴⁸

I begge tilfeller er det midlertidig forføyning etter bokstav b i tvisteloven § 34-1 første ledd som vil være det aktuelle alternativet. Vilkåret «avverge vesentlig skade eller ulempe» i alternativ b er mer treffende for slike krav enn vilkåret om at «forfølgningen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort» i alternativ a. Ved brudd på iverksettelsesforbudet er formålet med midlertidig sikring nettopp å hindre skade, nærmere bestemt virkningen av ulovlig statsstøtte på markedet. Midlertidig forføyning etter alternativ b – i motsetning til alternativ a – kan dessuten innebære en foregripelse hovedkravet.³⁴⁹ En foregripelse av hovedkravet foreligger dersom hovedkravet og forføyningskravet går ut på det samme.³⁵⁰ For eksempel der hovedkravet går ut på tilsidesettelse av fritaksregler etter en generell støtteordning, synes en midlertidig forføyning å måtte gå ut på en slik foregripelse av hovedkravet.

Tvisteloven § 34-3 gir domstolen en bred kompetanse når det gjelder hva en midlertidig forføyning kan gå ut på. Noen uttømmende liste er

³⁴⁷ Se punkt 5.1.2.

³⁴⁸ I lys av dette er det heller ikke nødvendig å anvende presumsjonsprinsippet for å muliggjøre midlertidig stansing i statsstøttesaker. Reglene om arrest etter tvisteloven § 33-1 gir nemlig ikke adgang til virkemidler som er egnet til å stanse utbetaling av statsstøtte. Dessuten er arrest etter tvisteloven § 33-1 annet ledd – i motsetning til midlertidig forføyning – utelukket for sikring av pengekrav mot staten eller en kommune, som nettopp ofte vil være saksøkt i en sak som går ut på stansing, se også Flock (2011) s. 54 og Schei (2013 b) s. 1232 om midlertidig forføyning mot det offentlige.

³⁴⁹ Se Schei (2013 b) s. 1235 og Flock (2011) s. 98 om at alternativ a bare kan gå ut på «sikring» av hovedkravet, mens ordlyden «midlertidig ordning» i alternativ b innebærer at foregrepet oppfyllelse er mulig.

³⁵⁰ Se Flock (2011) s. 98–99.

ikke mulig å gi her, men det kan pekes på noen særlig aktuelle former for midlertidig forføyning.

Når det gjelder tilsidesettelse av generelle støtteordninger kan det vises til drøftelsen i punkt 5.2.3. og avgjørelsen Rt. 1995 s. 1789 (Kiddie Rides) som er nevnt der. Det vanskelig å finne klare eksempler i rettspraksis hvor en tredjeperson har fått medhold i en forføyning om at et begunstigende forvaltningsvedtak for eksempel skal gis utsatt iverksettelse. Samtidig synes det heller ikke å være prinsipielle hindringer for en midlertidig forføyning som utsetter utbetalingen av støtte i henhold til et vedtak. Tilsvarende må det også være mulig å få midlertidig forføyning om at støttemottakeren er avskåret på ulike måter fra å innrette seg i henhold til en kontrakt som innebærer statsstøtte.³⁵¹ Eksempelvis må støttemottakeren kunne hindres i å overta eller ta i bruk en eiendom.

5.3.2.2 **Kravet om sikringsgrunn og vilkåret «vesentlig skade»**

Etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b, må saksøkeren sannsynliggjøre at midlertidig forføyning er nødvendig for å «avverge vesentlig skade». Der vilkårene i *CELF II* er oppfylt, kan ikke vilkåret hindre at konkurrenten gis midlertidig beskyttelse. Et annet spørsmål er om vilkåret «vesentlig skade» krever at konkurrenten sannsynliggjør at han selv vil rammes, eller om det er tilstrekkelig å knytte vurderingen opp mot virkningen for markedet.

Ordlyden i tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b knytter ikke «vesentlig skade» opp mot saksøker selv. På en annen side er det kanskje naturlig å tolke bestemmelsen slik at den som begjærer midlertidig forføyning også må rammes av skaden. I litteraturen tar Alterskjær m.fl. til orde for at vurderingen må knyttes opp mot konkurransen på markedet, fordi EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 rammer tiltak som «vrir eller truer med å vri konkurransen».³⁵²

³⁵¹ Se Flock (2011) s. 156 om eksempler på forføyninger som går ut på forbud mot å foreta juridiske disposisjoner.

³⁵² Alterskjær m.fl. (2008) s. 354–355.

Verken i rettspraksis eller prosessrettslig litteratur synes parallelle problemstillinger å være drøftet. Inntrykket er riktignok at saksøkeren selv må rammes av skaden. Schei m.fl. viser til Rt. 1999 s. 1220 om overtredelse av en konkurranseklausul, og at «[...] *forføyning ville nok kunnet avverge fortsatte slike brudd, men ville ikke være egnet til å motvirke noen skade eller ulempe for saksøkeren*». ³⁵³ Flock tar avgjørelsen til inntekt for at forføyningen må være egnet til å avverge skade eller ulempe, uten å utdype dette videre. ³⁵⁴ Imidlertid synes også Flock å mene at dersom skaden først og fremst rammer andre enn saksøker, krever vilkåret «vesentlig skade» at saksøkeren i det minste rammes indirekte. ³⁵⁵

Litteraturen fokuserer på typetilfeller hvor det rettslige grunnlaget som påberopes i all hovedsak verner enkeltpersoners interesser. Synspunktene synes derfor å ha begrenset overføringsverdi til spørsmålet her, ettersom iverksettelsesforbudet og statsstøttereglene har et bredere formål enn bare å verne den enkelte konkurrent. Tvert imot er det hensynet til kontroll og overvåkning av statsstøttereglene, samt deres effektive gjennomslag, som først og fremst begrunner at konkurrenten utleder rettigheter av iverksettelsesforbudet. ³⁵⁶

Fra et EØS-rettslig perspektiv skal også ulovlig støtte stanses og tilbakeføres, uavhengig av om det er påvist konkret skade for enkeltpersoner. Dersom vilkåret «vesentlig skade» tolkes slik at saksøkeren må rammes, vil stansing likevel avhenge av at den konkrete saksøkeren klarer å sannsynliggjøre at han selv vil lide vesentlig skade uten en midlertidig forføyning. Dermed kan situasjonen være at det er sannsynliggjort at det vil utdeles statsstøtte i strid med iverksettelsesforbudet og som kan føre til «vesentlig skade» på det aktuelle markedet, men likevel uten at tiltaket stanses. I så fall er det også sannsynliggjort at et bestemt tiltak vil innebære brudd på Norges folkerettslig forpliktelser. Dette må være et legitimt hensyn ved tolkningen av vilkåret «vesentlig skade». Etter min mening må det altså være tilstrekkelig å påvise at markedet rammes.

³⁵³ Se Schei (2013 b) s. 1237–1238.

³⁵⁴ Se Flock (2011) s. 106.

³⁵⁵ Se Flock (2011) s. 105.

³⁵⁶ Se punkt 1.1 og sitatet fra Kommisjonens Enforcement Notice.

5.3.3 Midlertidig tilbakeføring

5.3.3.1 Arrest eller midlertidig forføyning

Ved midlertidig tilbakeføring kan det stilles spørsmål ved om det er reglene om midlertidig arrest eller reglene om midlertidig forføyning som får anvendelse. Etter tvisteloven § 32-1 andre ledd skal arrest anvendes der en saksøker «har et pengekrav mot en annen». Motsatt skal midlertidig forføyning anvendes der kravet går ut på «annet enn betaling av penger».

Et krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte vil i en viss forstand være et «krav om penger». Samtidig samsvarer formuleringen «den som har» et pengekrav mindre godt med at konkurrenten ikke har et krav om penger betalt til seg selv, men om at penger tilbakeføres til støttegiver. Det er også klart at en midlertidig forføyning kan gå ut på at saksøkte ved forføyningen pålegges å betale penger. Det er hovedkravet som må gå ut på «annet enn betaling av penger».³⁵⁷

Dersom skillet i tvisteloven § 32-1 leses i lys av de to arrestformene i tvisteloven § 33-1 første ledd – arrest i skyldnerens formuesgoder og utreiseforbud – illustrerer dette at formålet med arrest er å sikre at en kravshaver får dekning for et pengekrav. I samme retning trekker de to arrestgrunnene som fremgår av tvisteloven § 33-2 første ledd, nemlig at tvangsfullbyrdelse av kravet ellers blir forspilt eller vesentlig vanskeliggjort eller må skje utenfor riket.

Dette er derimot ikke formålet med sikring av et tilbakeføringskrav ved brudd på iverksettelsesforbudet. Her er det i stedet konkurrentens rett til konkurransemessige likebehandling som skal sikres frem til ESA eventuelt godkjenner støtten. Konkurrentens krav går ut på ikke å bli utsatt virkningene av ulovlig støtte. I lys av den klare forskjellen på dette kravet og de tradisjonelle pengekrav, må bestemmelsen tolkes slik at konkurrentens krav om tilbakeføring går ut på «annet enn betaling av penger». Dermed må også reglene om midlertidig forføyning få anvendelse ved midlertidig tilbakeføring av ulovlig statsstøtte.

³⁵⁷ Se Schei (2013 b) s. 1144, se Flock (2011) s. 161.

5.3.3.2 Om midlertidig forføyning som går ut på tilbakeføring

Ettersom det må antas at det er reglene om midlertidig forføyning som får anvendelse, synes tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav b å være det aktuelle alternativet også ved krav om midlertidig tilbakeføring.³⁵⁸

I *CELF II* viste EU-domstolen til at den nasjonale domstolen enten kan følge Kommisjonens Enforcement Notice om at støttebeløpet midlertidig innbetales på en lukket konto til saken er endelig avgjort, eller beslutte at støttebeløpet tilbakeføres midlertidig til støttegiver.³⁵⁹ I ESAs Enforcement Notice finnes et tilsvarende forslag.³⁶⁰

Det synes ikke å være særskilte hindringer for en midlertidig forføyning som går ut på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte til støttegiver. Når det gjelder midlertidig plassering av støttebeløpet på en lukket konto, skisserer ikke tvisteloven selv en slik løsning ved midlertidig forføyning. Det er heller ikke eksempler på dette i rettspraksis. Dette skyldes muligens sondringen mellom de tradisjonelle «pengekrav» og andre krav, jf. drøftelsen i forrige avsnitt. Etter tvisteloven § 34-3 første ledd kan «et formuesgode settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse». I den grad det er behov for dette, kan bestemmelsen muligens tolkes slik at den kan omfatte midlertidig tilbakeføring av ulovlig statsstøtte.³⁶¹

5.3.3.3 Midlertidig tilbakeføring og «åpenbart misforhold»

Et krav om midlertidig tilbakeføring av ulovlig støtte vil måtte rettes mot støttemottakeren.³⁶² I slike tilfeller vil kanskje særlig forholdsmessighetsbegrensningen etter tvisteloven § 34-1 annet ledd kunne tenkes å gjøre seg gjeldende.

³⁵⁸ Jf. punkt 5.3.2.1.

³⁵⁹ Se C-1/09 CELF II premiss 37.

³⁶⁰ ESAs Enforcement Notice avsnitt 58.

³⁶¹ Schei (2013 b) s. 1248 påpeker at bestemmelsen ikke gir hjemmel for å pålegge bestemte tredjepersoner å ta hånd om formuesgodet, men at vedkommende må si seg villig til det. Noe stort problem ved plassering av pengekrav på konto synes ikke dette å være.

³⁶² Jf. punkt 5.2.2.

Når det gjelder vilkåret «åpenbart misforhold», vises det i litteraturen til at vilkåret «tydeliggjør at det for midlertidige forføyninger gjelder en grunnsetning om proporsjonalitet hvor det tas hensyn til samtlige interesser som er inne i bildet».³⁶³ Vilkåret kan særlig tenkes å være aktuelt ved krav om midlertidig tilbakeføring der en potensiell støttemottaker vil gå konkurs eller få alvorlige økonomiske problemer om støtten tilbakeføres midlertidig. Støttemottakerens konkurs er normalt ikke til hinder for tilbakeføring av ulovlig statsstøtte etter EØS-retten.³⁶⁴ Ved en midlertidig tilbakeføring synes det imidlertid å være større grunn til å verne støttemottakeren ettersom saken er dårligere opplyst enn ved en endelig dom. I lys av at det ikke er klare føringer etter EØS-retten der vilkårene i *CELF II* ikke er oppfylt, synes det i utgangspunktet ikke å stride mot effektivitetsprinsippet dersom det tas hensyn til hvordan tilbakeføring vil ramme støttemottakeren i slike tilfeller. Dette forutsetter likevel at det også tas hensyn til konkurrenten: den mulige statsstøtten kan jo også ha betydelige virkninger for hans økonomiske stilling.³⁶⁵

Det vil derimot ikke være adgang til å ta hensyn til dette etter EØS-retten dersom vilkårene i *CELF II* er oppfylt. I så fall må midlertidig tilbakeføring skje uavhengig av hvordan dette rammer støttemottakeren.³⁶⁶ I motsetning til tilfeller hvor det dreier seg om midlertidig stansing, vil støttemottakeren imidlertid kunne forsvare seg mot midlertidig tilbakeføring ved å vise at det foreligger ekstraordinære omstendigheter til hinder for tilbakeføring.³⁶⁷ Med andre ord vil vilkåret «åpenbart misforhold» i slike tilfeller måtte begrenses til en vurdering av hvorvidt det foreligger ekstraordinære omstendigheter.

³⁶³ Se Schei (2013 b) s. 1238, med henvisning til forarbeidene til tvangsfullbyrdsloven. Falkanger mfl. (2008) s. 1162 viser til samme formulering.

³⁶⁴ Jf. punkt 2.3.

³⁶⁵ Jf. fotnote 87 og uttalelsen i SFEI om at det må vurderes om midlertidige tiltak er nødvendig for å sikre partenes interesser i påvente av endelig dom.

³⁶⁶ Jf. punkt 2.2.5 og 5.3.1. I C-1/09 *CELF II*, var også selskapet *CELF* tatt under insolvensbehandling, se avgjørelsens premiss 13–14.

³⁶⁷ Jf. punkt 2.2.5. og 2.3.

5.3.4 Sikkerhetstillegg og erstatningsansvar for saksøker ved midlertidig stansing og tilbakeføring

Det følger av tvisteloven § 34-2 første ledd annet punktum at retten kan pålegge saksøker å stille sikkerhet for kravet. Sikkerheten skal dekke det potensielle erstatningsansvaret saksøker kan pådra seg etter § 32-11 dersom det viser seg at saksøkerens krav ikke bestod da sikringen ble besluttet.³⁶⁸ I SOU 2011:69 utelukkes det ikke at krav om å stille sikkerhet i visse situasjoner kan tenkes å stride mot effektivitetsprinsippet.³⁶⁹ Etter som det er «saksøkte» som kan kreve erstatning etter tvisteloven § 32-11 kan det i utgangspunktet ikke kreves sikkerhetstillegg for støttemottakernes tap der søksmålet er rettet alene mot staten eller støttegiver.³⁷⁰ En eventuell sikkerhetstillegg for den potensielle støttemottakerens tap kan imidlertid tenkes der konkurrenten for eksempel fremmer krav om midlertidig tilbakeføring overfor støttemottakeren. En problemstilling er om EØS-retten kan tenkes å kreve innskrenkninger eller tilsidesettelse av reglene om sikring og erstatning ved midlertidig sikring.

I litteraturen er det lagt til grunn at rettens fakultative adgang til å pålegge saksøker å stille sikkerhet etter tvisteloven § 34-2 første ledd annet punktum må bero på et bredt skjønn.³⁷¹ Et moment som fremheves er hvor overbevist retten er om at saksøkeren vil få medhold i sitt krav.³⁷² Videre fremheves saksøkerens økonomiske evne til å bære et eventuelt erstatnings søksmål som et moment i vurderingen.³⁷³

Pålegg om at konkurrenten stiller sikkerhet synes ikke å kunne oppstilles som et tilleggsvilkår der vilkårene i *CELF II* er oppfylt. I lys av at hvorvidt kravet er sannsynliggjort fremheves som et sentralt moment ved vurderingen, synes det likevel lite sannsynlig at muligheten for å pålegge saksøker å stille sikkerhet vil utgjøre noen særlig hindring i

³⁶⁸ Flock (2011) s. 250.

³⁶⁹ Se SOU 2011:69 s. 227.

³⁷⁰ Se Flock (2011) s. 367 og Schei (2013 b) s. 1184 om at bare saksøkte kan kreve erstatning etter bestemmelsen.

³⁷¹ Flock (2011) s. 251 og Schei (2013 b) s. 1242.

³⁷² Flock (2011) s. 250 og Schei (2013 b) s. 1242.

³⁷³ Flock (2011) s. 251 og Schei (2013 b) s. 1242.

denne sammenheng. Ettersom adgangen er fakultativ, vil retten i alle tilfeller også kunne ta hensyn til at pålegg om å stille sikkerhet vil gjøre håndhevelsen av et mulig brudd på iverksettelsesforbudet uforholdsmessig vanskelig.³⁷⁴

Når det gjelder erstatning, må konkurrenten på vanlig måte kunne bli erstatningsansvarlig etter tvisteloven § 32-11 første ledd dersom det viser seg at det ikke foreligger brudd på iverksettelsesforbudet og den påståtte støtten er blitt midlertidig tilbakeført. Et slikt erstatningsansvar kommer i etterkant av den midlertidige sikringen, og hindrer uansett ikke utøvelsen av retten til midlertidig tilbakeføring etter *CELF II*. Her er det imidlertid viktig at konkurrentens krav ved brudd på iverksettelsesforbudet krever at «...saksøkerens krav ikke bestod da sikringen ble besluttet». Dette vil være tilfelle dersom det viser seg at det ikke forelå noe brudd på iverksettelsesforbudet, fordi det aktuelle tiltaket ikke utgjorde statsstøtte. Derimot vil det ikke være tilstrekkelig at støtten i etterkant av den midlertidige tilbakeføringen godkjennes av ESA. Frem til ESAs godkjenning har konkurrenten etter EØS-retten krav på både stansing og tilbakeføring av hele det ulovlige støttebeløpet.³⁷⁵

I kapittel 3 ble det lagt til grunn at EU-domstolens avgjørelse i *Lufthansa* ikke kan legges til grunn i EØS-retten. Forutsatt at *Lufthansa* likevel må legges til grunn for EØS-retten, og dessuten kan anses tilstrekkelig forankret i norsk rett, kan et potensielt erstatningsansvar bidra til å balansere den svært gunstige posisjonen konkurrenten synes å få som følge av avgjørelsen. Der det til tross for ESAs åpning av formell undersøkelse viser seg at det aktuelle tiltaket ikke utgjorde statsstøtte, synes det ikke å være uttalelser i *Lufthansa* som utelukker at konkurrenten kan bli erstatningsansvarlig. I så fall kan ikke konkurrenten uten risiko basere et krav om midlertidig tilbakeføring på at ESAs har åpnet den formelle undersøkelsesprosedyren.

³⁷⁴ Se her Flock (2011) s. 251 som også peker på at det kan tas hensyn til om det blir en tung økonomisk belastning for saksøkeren å stille sikkerhet.

³⁷⁵ Jf. punkt 2.1.2 og 2.2.4.

5.4 Fastsettelsesdom om støttegivers plikt til å kreve tilbakeføring

En alternativ fremgangsmåte for å oppnå tilbakeføring, er at konkurrenten får en fastsettelsesdom som konstaterer at støttegiver har plikt til å kreve tilbake støtten.³⁷⁶

En fastsettelsesdom om at staten, kommunen eller andre støttegivere har plikt til å kreve tilbake statsstøtte, kan kanskje virke noe fremmed etter tradisjonell norsk rett. Det er vanskelig å se lignende eksempler fra andre rettsområder. Ettersom støttegiveren med iverksettelsesforbudets gjennomføring i norsk rett har en plikt til slik tilbakeføring, må et slikt krav være et «rettskrav» etter tvisteloven § 1-3.³⁷⁷ Iverksettelsesforbudets gjennomføring gir også nasjonale domstoler kompetanse til å gi dom for de rettigheter og plikter som følger av forbudet.³⁷⁸ Med andre ord vil en fastsettelsesdom om at støttegiver plikter å kreve tilbake støtten, heller ikke innebære at domstolen griper inn i forvaltningens kompetanse eller gir dom for innholdet av forvaltningsvedtak. Det synes dermed ikke å være noe prinsipielt i veien for en fastsettelsesdom om at støttegiveren plikter å kreve tilbake ulovlig utbetalt statsstøtte.

I litteraturen har det vært fremhevet at effektivitetsprinsippet kan innebære et EØS-rettslig krav om at konkurrenten må kunne rette søksmålet alene mot støttegiveren der det er svært mange støttemottakere, og at dette kan være problematisk i forhold til regler om tvungent prosessfelleskap.³⁷⁹ Begrunnelsen er i hovedsak at det ved generelle støtteordninger – i motsetning til ved individuell støtte – vil være vanskeligere å fastslå støttemottakerens identitet og støttebeløpets størrelse. Dette illustreres for eksempel i Hydro/Søral hvor det ble sendt ut brev til anslagsvis 10 500 potensielle støttemottakere.³⁸⁰

³⁷⁶ Jf. 2.2.3 om dom for tilbakeføring. Se også punkt 4.4.2 om forvaltningens plikt til omgjøring av vedtak i strid med iverksettelsesforbudet.

³⁷⁷ Se punkt 4.3 om at støttegiveren har plikt til å kreve tilbake ulovlig statsstøtte.

³⁷⁸ Jf. punkt 4.1.

³⁷⁹ Alterskjær m.fl. (2008) s. 355. Se også SOU 2011:69 s. 107–108, hvor det legges til grunn at konkurrenten må gis adgang til å få dom for at støttegiver plikter å tilbakeføre støtten der antallet støttemottakere gjør at disse ikke kan saksøkes individuelt.

³⁸⁰ Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral premiss 11.

Mange støttemottakere er hovedsakelig aktuelt ved generelle støtteordninger, typisk skatte- og avgiftsordninger. Ettersom det ved søksmål om forvaltningsvedtaks ugyldighet i utgangspunktet ikke gjelder en regel om tvungent prosessfellesskap i norsk rett, kan dette tyde på at det heller ikke i slike tilfeller vil være nødvendig å saksøke støttemottakeren ved et fastsettelsessøksmål som går ut på støttegivers plikt til å kreve tilbake den ulovlige støtten.³⁸¹ Det er uansett tvilsomt om et slikt fastsettelsessøksmål reiser spørsmål om tvungent prosessfellesskap, slik dette er behandlet i norsk rettspraksis og teori. Selv om søksmålet kan hevdes å innebære en implisitt forutsetning om ugyldighet i forholdet mellom støttemottaker og støttegiver, er likevel ikke tvistegenstanden i et slikt fastsettelsessøksmål de enkelte vedtak som er fattet i henhold til støtteordningen.

Samtidig vil ikke en støttemottaker være bundet av en dom han ikke er part i, se tvisteloven § 19-15 første ledd. Det kan derfor spørres om en fastsettelsesdom som går ut på at støttegiver plikter å tilbakeføre støtten egentlig har noen verdi for konkurrenten utover en fastsettelsesdom om at støttegiver har brutt iverksettelsesforbudet. I en etterfølgende tvist mellom støttemottaker og støttegiver, vil støttemottakeren for eksempel kunne vinne frem med at det foreligger ekstraordinære omstendigheter til hinder for tilbakeføring.³⁸² Dette vil være tilfelle uavhengig av om konkurrentens fastsettelsesdom overfor støttegiver går ut på at et tiltak utgjør ulovlig statsstøtte, eller om dommen fastslår at støttegiver har plikt til å kreve tilbake den ulovlige statsstøtten.

5.5 Oppsummering

Ovenfor har vi sett på ulike prosessuelle sider ved konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet i henhold til de krav EØS-retten stiller.

Konkurrentens muligheter til å håndheve iverksettelsesforbudet gjennom ugyldighetssøksmål, synes å være uproblematisk etter norsk rett. Det er vist at det – etter all sannsynlighet – gjelder et krav om tvungent prosessfellesskap der konkurrenten angriper en kontrakt han

³⁸¹ Se punkt 5.2.2 om statsstøttesaker og tvungent prosessfellesskap.

³⁸² Jf. punkt 2.3.

mener innebærer ugyldig statsstøtte. Samtidig er det også påpekt at dette neppe skaper særlige problemer for konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet i praksis.

Gjennomgangen har også vist at konkurrentens håndhevelse av iverksettelsesforbudet i en viss grad synes å utfordre den tradisjonelle tolkningen av tvisteloven § 1-3 når det gjelder adgangen til stansing av generelle støtteordninger. Det synes likevel ikke å være absolutte hindringer mot slike søksmål etter norsk rett.³⁸³

Ekvivalensprinsippet innebærer videre at midlertidig sikring er aktuelt etter tvistelovens regler også der vilkårene i CELF II ikke er oppfylt. Gjennomgangen av reglene om midlertidig sikring, har vist at konkurrentens krav om midlertidig stansing og tilbakeføring i stor grad lar seg forankre i tvisteloven, selv om vilkårene riktignok ikke alltid passer like godt. Der er vilkårene i *CELF II* er oppfylt, kan det imidlertid oppstå behov for at enkelte vilkår enten tolkes i samsvar med presumsjonsprinsippet eller tilsidesettes etter tvisteloven § 1-2 eller EØS-loven § 2. Det ble også pekt på at reglene om sikkerhetsstillelse og erstatning neppe hindrer konkurrenten i håndhevelsen av iverksettelsesforbudet på en måte som strider mot EØS-retten.

Endelig ble det vist at konkurrenten kan få fastsettelsesdom for at støttegiver plikter å kreve tilbake støtten. Det ble imidlertid også påpekt at en slik dom ikke nødvendigvis tilfører konkurrenten mer enn en fastsettelsesdom om at støttegiveren har brutt iverksettelsesforbudet.

³⁸³ Med mulig forbehold for tilfeller der Stortinget ennå ikke har vedtatt en støtteordning i strid med iverksettelsesforbudet. Selv om det skulle være i strid med EØS-retten at det ikke kan reises søksmål for å hindre Stortinget i å vedta en generell støtteordning, synes dette uansett å være en skranke som må gjelde etter norsk rett.

6 Erstatning

6.1 Konkurrentens krav om erstatning fra staten eller andre støttegivere

6.1.1 Innledning

I den grad det skulle være problematisk å forankre konkurrentens andre krav ved brudd på iverksettelsesforbudet, er i det minste statens ansvar overfor private for brudd på EØS-rettslige forpliktelser klart forankret i norsk rett. I Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II) la Høyesterett til grunn at det EØS-rettslige erstatningsansvaret er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven § 1 som gjør EØS-avtalen til norsk lov.³⁸⁴

Statens erstatningsansvar for brudd på statsstøttereglene kan tenkes aktualisert i flere sammenhenger. For eksempel kan statlig erstatningsansvar tenkes der nasjonale domstoler ikke beskytter konkurrentens rettigheter etter iverksettelsesforbudet i henhold til EU- og EØS-retten. Som nevnt i punkt 2.2.6, kan et statlig erstatningsansvar også tenkes for den skade konkurrenten påføres ved at ulovlig statsstøtte ikke tilbakeføres, for eksempel der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring.³⁸⁵

I punkt 4.3 ble det konkludert med at iverksettelsesforbudets internrettslige virkning innebærer at også andre støttegivere enn staten er pliktsubjekter etter forbudet. I erstatningsrettslig sammenheng kan det vises til Fredriksen, som drøfter den EØS-rettslige forståelsen av staten som ansvarssubjekt og Høyesteretts dom i Rt. 2010 s. 291 (Vangen).³⁸⁶ I Rt. 2010 s. 291 (Vangen) ble det lagt til grunn at en kommune ikke kunne pådra seg erstatningsansvar for brudd på EMK etter konvensjonens

³⁸⁴ Se Rt.2005 s. 1365 (Finanger II) premiss 52.

³⁸⁵ Se Hjelmeng (2004) s. 170 som peker på at det i utgangspunktet synes å være mindre grunn til å sondre mellom bruddet på iverksettelsesforbudet og bruddet på plikten til å tilbakeføre ulovlig støtte: i begge tilfeller vil årsakssammenhengen kunne føres tilbake til bruddet på iverksettelsesforbudet. Han peker imidlertid på at dette kan ha betydning der bruddet på iverksettelsesforbudet ikke er tilstrekkelig kvalifisert.

³⁸⁶ Fredriksen (2013) s. 136–137.

artikkel 41, fordi det er staten som er pliktsubjekt etter konvensjonen.³⁸⁷ Fredriksen er kritisk til denne tolkningen og mener at

«...tilnærmingen beror på en sammenblanding av den eksterne EMK-rettslige forståelsen av «staten» (les: «Norge» eller «konvensjonsparten») som plikt- og ansvarssubjekt i henhold til konvensjonen og den interne forståelsen av «staten» som rettssubjekt i henhold til norsk rett».³⁸⁸

Fredriksen utelukker imidlertid ikke at dommen er uttrykk for gjeldende rett, men peker på at saken uansett stiller seg annerledes for det EØS-rettslige erstatningsansvaret.³⁸⁹ I tråd med Fredriksens syn og drøftelsen i punkt 4.4, legger jeg til grunn at også andre rettssubjekter enn staten kan bli erstatningsansvarlige ved brudd på iverksettelsesforbudet.³⁹⁰

Grunnvilkårene for det EØS-rettslige erstatningsansvaret ble fastlagt i *Sveinbjörnsdottir*, og senere presisert i *Karlsson*.³⁹¹ Fredriksen oppsummerer grunnvilkårene på følgende måte: «[d]en EØS-regel som er overtrådt, må tilsikte å tillegge private rettigheter [...], overtredelsen må fremstå som tilstrekkelig kvalifisert [...], og det må være direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen og skadelidtes tap [...]».³⁹²

Når det gjelder det første grunnvilkåret, synes iverksettelsesforbudet å innebære en EØS-rettslig forpliktelse for staten, som også gir private rettigheter.³⁹³ Det legges i det følgende til grunn at dette vilkåret er oppfylt

³⁸⁷ Se Rt. 2010 s. 291 (Vangen) premiss 38.

³⁸⁸ Fredriksen (2013) s. 137.

³⁸⁹ Fredriksen (2013) s. 138.

³⁹⁰ Jeg forstår også Hjelmeng (2004) s. 166 og 171 slik at han forutsetter dette, ettersom han omtaler erstatningskrav rettet mot støttegiver, uten å skille mellom staten og andre støttegivere.

³⁹¹ Se E-4/01 *Karlsson* premiss 32.

³⁹² Fredriksen (2013) s. 91. Fredriksen presiserer at det det i realiteten ligger i hvert fall ytterligere tre vilkår innbakt i formuleringene: «EØS-statene kan bare holdes ansvarlig for rettsstridig atferd i form av brudd på EØS-rettslige forpliktelser, det forutsettes at rettsbruddet kan tilskrives staten, og skadelidte må være påført en erstatningsrettslig relevant skade».

³⁹³ Dette er også lagt til grunn i ESAs Enforcement Notice avsnitt 44. Se også Alterskjær m.fl. (2008) s. 359–361, som riktignok peker på at erstatningsansvar ikke nødvendigvis er åpenbart ved brudd på iverksettelsesforbudet.

ved brudd på iverksettelsesforbudet. De øvrige vilkårene behandles i det følgende.

6.1.2 Kravet om tilstrekkelig kvalifisert brudd

En første problemstilling er om brudd på iverksettelsesforbudet gjennomgående også må anses som et tilstrekkelig kvalifisert brudd.

EFTA-domstolen viste i *Karlsson* til en bred vurdering av vilkåret om brudd på en EØS-rettslig forpliktelse er tilstrekkelig kvalifisert.³⁹⁴ I ESAs Enforcement Notice fremheves det imidlertid at iverksettelsesforbudet ikke gir rom for skjønn når det gjelder statens plikt til å melde støttetiltak, og at vilkåret derfor i utgangspunktet vil være oppfylt.³⁹⁵ Dette utgangspunktet nyanseres riktignok noe, ettersom ESA peker på at unntak kan tenkes ved ekstraordinære omstendigheter, samt at EFTA-domstolen kan ta hensyn til hvorvidt bruddet skyldes en unnskyldelig rettsvillfarelse.³⁹⁶ Dette samsvarer i så fall i større grad med Fredriksen, som kritiserer forestillingen om at fravær av skjønnsfrihet er tilstrekkelig til å konstatere at bruddet er tilstrekkelig kvalifisert.³⁹⁷ Henvisningen til ekstraordinære omstendigheter synes umiddelbart å gjelde et annet spørsmål, nemlig hvorvidt det kan gjøres unntak fra plikten til tilbakeføring. Muligens må dette forstås slik at der ESA har skapt berettigede forventninger hos støttemottakeren som hindrer tilbakeføring, kan dette også få betydning for vurderingen av om statens brudd på iverksettelsesforbudet er tilstrekkelig kvalifisert.

Dette synes å innebære at også de andre momentene under vurderingen av tilstrekkelig kvalifisert brudd må tas i betraktning. Vajda og Stuart peker på klassifiseringen av et tiltak som statsstøtte som et spørsmål om bestemmelsens «klarhet og presisjon».³⁹⁸ Slik jeg tolker Fredriksen, vil han heller kategorisere dette som et spørsmål om unnskyldelig rettsvillfarelse

³⁹⁴ Se E-4/01 *Karlsson* premiss 38.

³⁹⁵ Se ESAs Enforcement Notice avsnitt 45.

³⁹⁶ Se ESAs Enforcement Notice avsnitt 45 og fotnote 70.

³⁹⁷ Se Fredriksen (2013) s. 269–270.

³⁹⁸ Vajda QC og Stuart (2010) s. 631

eller eventuelt betydningen av EU- og EFTA-domstolens praksis.³⁹⁹ Hvor momentet hører hjemme er av mindre betydning i denne sammenheng. Det sentrale er at klassifiseringen som statsstøtte i utgangspunktet må tas i betraktning.

I utgangspunktet kan det dermed tenkes situasjoner hvor støttegiver etter en vurdering av EU-rettslige kilder mener at et tiltak ikke kvalifiserer som statsstøtte. Dersom det skulle vise seg at denne konklusjonen er gal, kan det spørres om et derav følgende brudd på iverksettelsesforbudet vil være tilstrekkelig kvalifisert. Her kan det også vises til Fredriksen, som forstår unnskyldelig rettsvillfarelse som et spørsmål om forsvarligheten av prosessen som leder frem til den uriktige forståelsen av EU- og EØS-retten.⁴⁰⁰ Situasjonen forutsetter imidlertid at medlemsstaten nettopp er oppmerksom på faren for at et tiltak utgjør statsstøtte. I ESAs Enforcement Notice vises det til at medlemsstaten alltid kan notifisere når det foreligger tvil om hvorvidt et tiltak utgjør statsstøtte.⁴⁰¹ Samtidig har det i litteraturen vært hevdet at medlemsstatene aldri har plikt til å notifisere tiltak som ikke faller inn under statsstøttebegrepet.⁴⁰² Selv om det altså kan være usikkert om det gjelder en plikt til notifisering der medlemsstaten er i tvil om et tiltak utgjør statsstøtte, slik ESAs Enforcement Notice legger opp til, synes i det minste uformell konsultasjon med ESA å være et krav etter lojalitetsprinsippet i EØS-avtalen artikkel 3.⁴⁰³

Tilbake står da de tilfeller hvor støttegiver etter en vurdering er helt sikker på at tiltaket ikke utgjør støtte, eventuelt ikke har vært oppmerksom på at et tiltak utgjør statsstøtte. Her kan det pekes på at formålet med iverksettelsesforbudet nettopp er å sikre at støttetiltak godkjennes før de

³⁹⁹ Se Fredriksen (2013) s. 281 og 292, som synes å være av den oppfatning at momentet «regelens klarhet og presisjon», må ta utgangspunkt i spørsmålet om sammenfall mellom bestemmelsens ordlyd og den ferdige tolkede regelen og at det er «mindre naturlig å tilnærme seg» brudd på ulovfestet EU/EØS-rett med utgangspunkt i momentet «regelens klarhet og presisjon». Når det gjelder iverksettelsesforbudet, avhenger regelen av at støttebegrepet tolkes i lys av rettspraksis.

⁴⁰⁰ Se Fredriksen (2013) s. 304.

⁴⁰¹ ESAs Enforcement Notice avsnitt 45.

⁴⁰² Se Quigley (2015) s. 513–514.

⁴⁰³ Quigley (2015) s. 513–514 i EU-sammenheng. Hjelmeng (2004) s. 174 peker på det samme.

gjennomføres. Dette formålet taler for at støttestøttere må holde seg oppdaterte på statsstøttereglene og for at manglende kunnskap om regelverket sjelden kan anses unnskyldelig. Det kan her vises til Fredriksen, som viser til rettspraksis og at den overtrådte regelens formål vil kunne være «...ikke bare relevant, men også utslagsgivende for ansvarsvurderingen».⁴⁰⁴

Formålsbetraktninger taler etter min mening for at der villfarelsen skyldes manglende kunnskap om statsstøttereglene, vil det være lite rom for å si at bruddet ikke er tilstrekkelig kvalifisert, eller alternativt at prosessen har vært forsvarlig. Dette kan riktignok stille seg annerledes der det var svært vanskelig å fastslå at et bestemt tiltak faktisk utgjorde statsstøtte. Konklusjonen må likevel være at vilkåret «tilstrekkelig kvalifisert brudd» som regel vil være oppfylt ved brudd på iverksettelsesforbudet.

6.1.3 Kravet om årsakssammenheng

6.1.3.1 Forholdet mellom erstatning og tilbakeføring eller ESAs etterfølgende godkjenning

Det tredje grunnvilkåret for EØS-ansvaret er at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på den EØS-rettslige forpliktelsen og skadelidtes tap.⁴⁰⁵ Jeg går ikke nærmere inn på hva som ligger i dette kravet her, ettersom dette vil måtte vurderes konkret.⁴⁰⁶ Derimot skal det knyttes noen bemerkninger til samspillet mellom erstatning og spørsmålet om tilbakeføring eller ESAs etterfølgende godkjenning. Videre skal det kort pekes på problemet knyttet til å bevise årsakssammenhengen.

En første problemstilling er hvordan kravet om årsakssammenheng påvirkes av om den ulovlige støtten tilbakeføres, ikke tilbakeføres eller av at støtten i etterkant godkjennes av ESA som forenelig med EØS-avtalens virkemåte.

Når det gjelder tilfeller hvor ekstraordinære omstendigheter er til hinder for tilbakeføring kan det vises til Generaladvokat Jacobs

⁴⁰⁴ Se Fredriksen (2013) s. 364.

⁴⁰⁵ Se E-4/01 Karlsson premiss 32.

⁴⁰⁶ Se imidlertid Fredriksen (2013) s. 417 flg. for mer om dette.

begrunnelse i *SFEI*.⁴⁰⁷ Generaladvokaten la til grunn – i motsetning til EU-domstolen – at det forelå ekstraordinære omstendigheter til hinder for tilbakeføring. Generaladvokaten påpekte samtidig at tilbakeføring verken var den eneste måten å sikre iverksettelsesforbudets effektivitet på, eller at tilbakeføring alltid ville være tilstrekkelig for å reparere følgene av ulovlig statsstøtte:

« As the Commission suggests, the State may also – and independently of any obligation to recover the aid – be subject to claims for damages brought in the national courts on the basis of Community law by competitors who incur loss or damage as a result of measures unlawfully implementing aid.»⁴⁰⁸

Som det fremgår av sitatet, la Generaladvokat Jacobs til grunn at erstatningsansvaret var uavhengig av om ekstraordinære omstendigheter utelukket tilbakeføring. Dette synes også å måtte gjelde i den motsatte situasjonen, altså der tilbakeføring faktisk finner sted. I litteraturen er det påpekt at tilbakeføring og erstatning fyller ulike funksjoner. Tilbakeføring av støttebeløpet gjenoppretter konkurranseforholdene for fremtiden, mens erstatning reparerer tap som allerede er pådratt.⁴⁰⁹ Som følge av dette er det også lagt til grunn at et pålegg om reversering ikke utelukker et erstatningskrav.⁴¹⁰

Ved ESAs etterfølgende godkjenning av statsstøtten, synes det samme utgangspunktet å gjelde: ESAs godkjenning innebærer ikke at bruddet på iverksettelsesforbudet blir ugjort. I *CELF I* fant EU-domstolen at bare renten på det ulovlige støttebeløpet kan kreves tilbakeført ved Kommisjonens etterfølgende godkjenning.⁴¹¹ Samtidig synes dette også å forutsette

⁴⁰⁷ Se Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i C-39/94 *SFEI* avsnitt 76.

⁴⁰⁸ Se Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse i C-39/94 *SFEI* avsnitt 77. Slik også Bacon (2013) s. 550.

⁴⁰⁹ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 359 og Hjelmeng (2004) s. 167.

⁴¹⁰ Se Alterskjær m.fl. (2008) s. 359 og Hjelmeng (2004) s. 167.

⁴¹¹ Se C-199/06 *CELF I* premiss 51, hvor det vises til at støttemottakeren ved ulovlig støtte slipper å betale rente han ellers måtte ha betalt om det tilsvarende beløpet skulle lånes i påvente av Kommisjonens godkjenning og gir ham en urettmessig fordel så lenge støtten er ulovlig.

at krav om erstatning er aktuelt selv om Kommisjonen i etterkant har godkjent den ulovlige statsstøtten.⁴¹²

Utgangspunktet er altså at verken der tilbakeføring er utelukket som følge av ekstraordinære omstendigheter, der støtten faktisk tilbakeføres, eller der ESA godkjenner den ulovlige statsstøtten, utelukker dette at konkurrenten har lidd et tap som står i årsakssammenheng med den ulovlige støtten.

For visse typer tap, vil imidlertid ESAs etterfølgende godkjenning og den faktiske tilbakeføring av ulovlig støtte, kunne ha en faktisk betydning for årsakssammenhengen. Der konkurrentens tap består i en generell svekkelse i markedet over tid, vil skadevirkningene av den ulovlige statsstøtten avhenge av størrelsen på det ulovlige støttebeløpet og hvor lenge støttemottakeren disponerer det. Dette synes samtidig å ha den konsekvens at fra det tidspunktet det blir fastlagt at bare renten på støttebeløpet kan kreves tilbakeført eller støtten faktisk tilbakeføres, vil også det ulovlige støttebeløpet som «virker» i markedet bli mindre. Dette kan stille seg annerledes der konkurrentens tap i større grad kan konkretiseres, for eksempel ved at støttemottakeren vinner bestemte kontrakter eller oppdrag som følge av den ulovlige statsstøtten. I slike tilfeller – hvor støtten gis på et kritisk tidspunkt – kan støtten ha hatt betydelige konsekvenser for konkurrenten, selv om den beløpsmessig er beskjeden. En annen sak er at bevisspørsmålet kan være særlig vanskelig der konkurrentens tap består i en generell svekkelse av markedsposisjon, se umiddelbart nedenfor.

6.1.3.2 Særlig om bevis for årsakssammenheng

Et særskilt punkt knytter seg til konkurrentens muligheter til å bevise årsakssammenhengen.⁴¹³ Oppfølgingsstudien som er nevnt i punkt 1.1, slo fast at på tidspunktet for studien, hadde enda ingen konkurrenter fått medhold i et erstatningskrav som følge av brudd på statsstøttereglene, noe

⁴¹² Se C-199/06 CELF I premiss 53 og ESAs Enforcement Notice avsnitt 48.

⁴¹³ Se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 4. Dette gjelder uavhengig av hva som er grunnlaget for erstatningskravet.

som først og fremst forklares med mangelen på en «clear legal basis».⁴¹⁴ Oppfølgingsstudien slo imidlertid også fast at en sentral hindring for konkurrenten, er å bevise årsakssammenheng mellom brudd på iverksettelsesforbudet og konkurrentens eget tap.⁴¹⁵

Honoré og Eram Jensen mener at Kommisjonens Enforcement Notice og Oppfølgingsstudien undervurderer vanskelighetene ved å bevise årsakssammenheng mellom brudd på iverksettelsesforbudet og økonomisk tap i statsstøttesaker. Forfatterne fremhever særlig at konkurrenten ved ulovlig statsstøtte både må bevise en sammenheng mellom den ulovlige statsstøtten og støttemottakerens atferd på markedet og en sammenheng mellom støttemottakerens atferd og sitt eget tap.⁴¹⁶ Hjelmeng peker på problemet, men også at det neppe bør stilles for strenge krav på dette punkt. Han mener videre at det bør være en presumsjon for at støtten har hatt betydning for støttemottakerens konkurransemessige stilling: formålet med statsstøtte er som regel nettopp å styrke denne.⁴¹⁷ Jeg er enig med Hjelmeng i dette. Likevel kan det nok være utfordringer knyttet til å bevise årsakssammenhengen, særlig der tapet består i redusert inntekt som følge av en generell svekkelse av konkurrentens markedsposisjon.⁴¹⁸

6.2 Erstatningskrav mot støttemottaker

Som vist i punkt 2.2.6, må et eventuelt erstatningsansvar for støttemottakeren forankres i norsk rett. Man kan tenke seg ulike grunntag for et slikt erstatningsansvar.⁴¹⁹ I utgangspunktet synes imidlertid et slikt

⁴¹⁴ Se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 4, som synes å omtale erstatningsansvar etter nasjonal rett.

⁴¹⁵ Se oppsummeringskapittelet i Oppfølgingsstudien s. 4.

⁴¹⁶ Se Honoré og Jensen (2011) s. 271–272. Forfatterne hevder av denne grunn at årsakssammenhengen oftere vil være lettere å bevise i kartellsaker på konkurranserettens område, enn i statsstøtteretten.

⁴¹⁷ Hjelmeng (2004) s. 177.

⁴¹⁸ Se f.eks. Heidenhain (2010) s. 778 som peker på dette. ESAs Enforcement Notice avsnitt 47 er oppmerksom på problematikken, og peker på ulike fremgangsmåter når det gjelder bevisføringen.

⁴¹⁹ Hjelmeng (2004) s. 171–172, peker på medvirkningsansvar, alminnelige prinsipper om illojal konkurranse etter markedsføringslova eller alminnelige culpaansvar som mulige grunntag.

ansvar å ha begrenset praktisk betydning, ettersom konkurrenten vil kunne kreve erstatning av støttegiveren på EØS-rettslig grunnlag.⁴²⁰ Her kan det imidlertid vises til Hagland om at et eventuelt medvirkeransvar for konkurrenten kan innebære utjevning av fordeler og ulemper ved selve erstatningsoverføringen fra støttemottaker til konkurrenten.⁴²¹ I den grad konkurrenten er bevisst på dette, er dette et argument for å saksøke støttemottaker i stedet for støttegiver.

Hagland fremholder at det gjelder en alminnelig regel om medvirkningsansvar i norsk rett.⁴²² Når det gjelder hva som kjennetegner medvirkningsansvaret uttaler Hagland:

«Karakteristisk er at medvirkers adferd (det vi si medvirkers aktivitet eller passivitet) ikke kan subsumeres under den definerte handlenormen som erstatningsansvaret er begrunnet i, primærnormen. Det er medvirkers tilknytning til primærskadevoldelsen som begrunner erstatningsansvaret.»⁴²³

Hagland oppstiller videre som et vilkår for medvirkningsansvar at primærnormen ikke utelukker dette.⁴²⁴ I lys av EU-domstolens uttalelser i *SFEI*, synes ikke iverksettelsesforbudet som primærnorm å utelukke et medvirkningsansvar.⁴²⁵ Ved et slikt medvirkeransvar, vil det altså ikke være avgjørende at støttemottakeren selv ikke kan utdele støtte. Derimot er det støttemottakers aktive eller passive bidrag til støttegivers brudd på iverksettelsesforbudet som er erstatningsbetingende.⁴²⁶

Hjelmeng peker på at effektivitetsprinsippet spiller en mindre rolle fordi ansvaret «ikke er EØS-initiert».⁴²⁷ Hagland fremholder til dette at

⁴²⁰ Slik Hjelmeng (2004) s. 172.

⁴²¹ Hagland (2012) s. 312 fotnote 976.

⁴²² Se Hagland (2012) s. 309.

⁴²³ Se Hagland (2012) s. 149.

⁴²⁴ Hagland (2012) s. 249.

⁴²⁵ Hagland (2012) s. 312 fotnote 976 og Hjelmeng (2004) s. 171–172 legger begge til grunn at et slikt medvirkningsansvar er mulig etter norsk rett.

⁴²⁶ Se Hagland (2012) s. 150.

⁴²⁷ Se Hjelmeng (2004) s. 171, som likevel peker på at ekvivalensprinsippet må få full anvendelse.

hensynet til en «*effektivisering av primærnormens formål [...] – sikring av den effektive konkurransen gjennom forbud mot konkurransevridende statsstøtte – like fullt kunne tale for at en potensiell støttemottaker ikke ansvarsfritt skal kunne tilskynde ulovlig statsstøtte*». ⁴²⁸ Haglands poeng er altså at selv om det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet spiller en tilbaketrukket rolle, kan likevel internrettslige effektivitetshensyn være relevant for spørsmålet om medvirkningsansvar for støttemottakeren etter norsk rett ved ulovlig statsstøtte. ⁴²⁹

Samtidig må et medvirkeransvar for å ha selvstendig betydning være strengere enn det alminnelige culpaansvaret. ⁴³⁰ Bare ved at støttemottakeren kan bli erstatningsansvarlig etter medvirkeransvaret, samtidig som han ikke kan ilegges ansvar etter det alminnelige culpaansvaret, oppnås en slik effektivisering av iverksettelsesforbudets formål som Hagland peker på. ⁴³¹ Det er imidlertid vanskelig å svare på i hvilken utstrekning et slikt medvirkeransvar vil kunne supplere det alminnelige culpaansvaret etter norsk rett.

6.3 Oppsummering

Ovenfor er det vist at de to første grunnvilkårene i det EØS-rettslige erstatningsansvaret som regel vil være oppfylt ved brudd på iverksettelsesforbudet. Når det gjelder kravet om årsakssammenheng, kan bevissituasjonen være en utfordring for konkurrenten. I lys av dette, kan det reises spørsmål ved om konkurrenten i visse situasjoner kan tenkes å ha mer nytte av å fremme krav om stansing og tilbakeføring på et tidlig

⁴²⁸ Se Hagland (2012) s. 312 fotnote 976.

⁴²⁹ Som nevnt peker dessuten Hagland (2012) s. 312 i fotnote 976 på at overføringen av midler ved erstatning kan ha en gjenopprettende funksjon.

⁴³⁰ Det synes imidlertid klart at ren passivitet ikke kan være erstatningsbetingende for støttemottaker, se Hjelmeng (2004) s. 171. Jeg tolker Hagland (2012) s. 312 slik at hun også legger dette til grunn.

⁴³¹ Som mulige eksempler på tilfeller hvor medvirkningsansvar kan være aktuelt, peker Hjelmeng (2004) s. 172 på tilfeller hvor støtteelementet inngår i et større samarbeid, for eksempel der statsstøtten er stilt som vilkår for etablering i en bestemt kommune. Et annet eksempel kan kanskje være salg av eiendom til underpris, der støttemottakeren er klar over at salget ikke skjer i henhold til ESAs retningslinjer.

tidspunkt, i stedet for å kreve erstatning i etterkant. Dette vil åpenbart avhenge av at konkurrenten blir klar over den ulovlige støtten på et tidlig tidspunkt. Som vist er det imidlertid også fullt mulig for konkurrenten å kombinere krav om erstatning og tilbakeføring, ettersom disse kravene i prinsippet er uavhengige av hverandre.

Det er også vist til at konkurrenten kan ha et erstatningskrav mot støttemottakeren etter norsk rett. Grunnlaget som er fremhevet her, er muligheten for et alminnelig medvirkeransvar for støttemottakeren.

7 Avslutning

Siktemålet med denne avhandlingen har, som nevnt i innledningen, vært å analysere iverksettelsesforbudets virkninger i norsk rett, det rettslige rammeverket for privat håndhevelse av forbudet og den beskyttelsen forbudet gir konkurrenter til mottakere av ulovlig støtte.

Fremstillingen har vist at privat håndhevelse ved ulovlig statsstøtte reiser kompliserte problemstillinger. Dette kan skyldes flere forhold, men etter mitt syn kan det særlig pekes på tre årsaker. For det første rammer statsstøttereglene svært vidt, noe som medfører at reglene går på tvers av tradisjonelle skillelinjer i norsk rett, for eksempel sondringen mellom offentlig rett og privat rett. For det andre er det slik at selv om det er staten – eller andre offentlige myndigheter som identifiseres med staten – som begår bruddet på statsstøttereglene, vil følgene av statens ulovligheter ofte ramme dem som har mottatt den ulovlige støtten om forholdet oppdages, og tilgodese dem om forholdet ikke påtales. Partene i støttetransaksjonen har derfor ingen umiddelbar interesse i å reise spørsmålet om støttens forenlighet med EØS-retten. De som har slik interesse er de som står utenfor støttetransaksjonen, typisk støttemottakers konkurrenter. Dette trepartsforholdet gjør det ofte nødvendig at også støttemottakeren trekkes inn ved håndhevelsen. For det tredje har noen av rettsvirkningene ved brudd på iverksettelsesforbudet – typisk tilbakeføring – få paralleller i tradisjonell norsk rett, noe som medfører at disse kan virke nyskapende.

Disse tre elementene kompliserer konkurrentens private håndhevelse av iverksettelsesforbudet. Ved privat håndhevelse av statsstøttereglene er dette forhold som dels ligger i sakens natur. Det kompliserer imidlertid også håndhevelsen av iverksettelsesforbudet at gjennomføringen i norsk rett er uklar. Dette er et problem som kan avhjelpes ved klarere lovregulering, og en klarere lovregulering er også egnet til å avhjelpe de kompliserende elementene i statsstøttereglene.

Til tross for dette har fremstillingen vist at iverksettelsesforbudets gjennomføring i norsk rett innebærer at konkurrenter kan håndheve forbudet for norske domstoler og oppnå de rettsfølger som er nødvendig

for å tilfredsstillere EØS-retten. I grove trekk synes både de nødvendige materielle virkninger og det rettslige rammeverket for privat håndhevelse av forbudet å foreligge. Forbudet gir konkurrenter til mottakere av ulovlig statsstøtte et effektivt verktøy for å unngå de negative effektene av slik støtte. Som Alterskjær m.fl. tidligere har påpekt, må potensialet for søksmål om brudd på iverksettelsesforbudet «absolutt anses som stort».⁴³²

Avslutningsvis er det også av interesse å peke på noen utviklingslinjer i statsstøtteren utover avhandlingens tema. Tendensen i EU når det gjelder statsstøttereglene synes å være en større grad av håndhevelse på nasjonalt nivå. I denne sammenheng kan det vises til reformen av statsstøttereglene (State Aid Modernisation programme, SAM) som for tiden pågår. Reformen har tre uttalte formål.⁴³³ For det første å styrke den økonomiske veksten i et dynamisk og konkurranseorientert indre marked. For det andre å konsentrere Kommisjonens etterfølgende håndhevelse om de sakene med størst innvirkning på det indre marked. For det tredje er målet å forenkle regelverket for å gi raskere avgjørelser.

I Kommisjonens meddelelse til Europa-parlamentet viser Kommisjonen til at målet om økt prioritering øker medlemsstatenes ansvar for kontrollen av statsstøttereglene.⁴³⁴ I meddelelsen uttales følgende i forbindelse med muligheten for at Kommisjonen i større grad vil foreta etterfølgende kontroll av statsstøttereglene:

«With more measures exempt from the notification requirement, Member States will have to ensure the ex ante compliance with State aid rules of de minimis measures and block-exempted schemes and cases, in strict coordination with the Commission which will continue to exercise ex post control of such measures. The Commission will expect better cooperation from Member States in terms of quality and timeliness of submission of informa-

⁴³² Alterskjær m.fl. (2008) s. 350.

⁴³³ Om reformen, herunder reformens formål og tiltak og virkemidler i denne forbindelse, se lenke til Kommisjonens nettsider i litteraturlisten under nettsider og «Oversikt over Reform av statsstøttereglene».

⁴³⁴ En lenke til meddelelsen finnes på Kommisjonens nettsider, se lenke til Kommisjonens nettsider i litteraturlisten under nettsider og «Oversikt over Reform av statsstøttereglene».

tion and notifications' preparation, as well as effective national systems (including private enforcement) to ensure that State aid measures exempt from ex ante notification obligation comply with Union law.»⁴³⁵

Reformen er også bakgrunnen for en rekke nye regler og retningslinjer.⁴³⁶ Det kan her vises til de nye reglene i Endringsforordningen som gir Kommisjonen muligheten til å pålegge foretak informasjonsplikt, og håndheve disse gjennom overtredelsesgebyr og tvangsmulkt, ikke ulikt konkurransereglene. Dette innebærer også en større grad av håndhevelse direkte på nasjonalt nivå. Kanskje er det mulig å spore en tendens i retning av de endringer som skjedde i konkurranseretten med Rådsforordning 1/2003, hvor mye av håndhevelsen ble desentralisert til nasjonalt nivå.⁴³⁷ I Norge er moderniseringen av statsstøttereglene noe av bakgrunnen for forslag om ny § 2 a i lov om offentlig støtte, om plikt for støttegivere til å registrere opplysninger om offentlig støtte i et nasjonalt register.⁴³⁸ Formålet med registreringsplikten er blant annet å gi foretak muligheten til å overvåke om konkurrenter mottar statsstøtte.⁴³⁹ Også dette illustrerer en tendens til økt håndhevelse av statsstøttereglene på nasjonalt nivå, herunder av privat håndhevelse. Med andre ord er det sannsynlig at håndhevelse av statsstøttereglene på nasjonalt nivå kan få økt betydning i fremtiden.

I lys av denne tendensen er det det rettslige rammeverket i Norge for privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet særlig aktuelt. Samtidig, som nevnt innledningsvis, synes det likevel å være få tilfeller av privat håndhevelse av iverksettelsesforbudet i Norge. Det er vanskelig å svare autoritativt på hvilke mulige årsaker dette kan ha, men det kan likevel pekes på noen mulige forklaringer.

En forklaring kan være at konkurrenten gjennom å klage til ESA har en viss mulighet til å oppnå de samme virkninger som ved privat hånd-

⁴³⁵ Se Kommisjonens meddelelse avsnitt 21.

⁴³⁶ Se fotnote 433 og 434.

⁴³⁷ Se Hjelmeng (2003) s. 91 og 92.

⁴³⁸ Se Prop. 57 L (2015–2016).

⁴³⁹ Se Prop. 57 L (2015–2016) s. 2.

hevelse, men samtidig uten den økonomiske risikoen som er forbundet med søksmål. I hvert fall i visse henseender, synes imidlertid en klage til ESA som et mindre effektivt alternativ enn privat håndhevelse for nasjonale domstoler. Som det har fremgått av fremstillingen vil stansing og tilbakeføring kunne skje raskere ved søksmål for nasjonale domstoler, enn gjennom ESAs håndhevelse. Samtidig kan det være at støttemottakers konkurrenter ikke utelukker at de selv en gang kan være mottakere av noe som kan karakteriseres som statsstøtte, og at de derfor heller enn å legge seg ut med konkurrent og myndigheter benytter seg av de muligheter som ligger i å henlede ESAs oppmerksomhet på støtten.

En annen mulig årsak kan være at det er få tilfeller av brudd på iverksettelsesforbudet, eventuelt at disse ikke avdekkes. Også dette er det vanskelig å mene noe sikkert om. Som nevnt, er imidlertid reglene svært effektive virkemidler dersom en part først får medhold i at det foreligger ulovlig statsstøtte. Kanskje kan det hevdes at private av denne grunn heller burde påberope seg iverksettelsesforbudet for ofte, enn for sjelden. En tredje årsak kan derfor være at det er begrenset kjennskap til de materielle statsstøttereglene i næringslivet, noe som i tilfelle gjør det vanskelig å identifisere ulovlig statsstøtte. En fjerde årsak kan være begrenset kjennskap til den effektive beskyttelsen som iverksettelsesforbudet gir til støttemottakerens konkurrenter. I så fall er dette kanskje noe som kan endre seg ved reformen av statsstøttereglene.

Litteraturliste

Konvensjoner og protokoller

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992
EØS-avtalen Protokoll 26	EØS-avtalen Protokoll 26 om myndighet og oppgaver for EFTAs overvåkningsorgan i forbindelse med statsstøtte
EØS-avtalen Protokoll 35	EØS-avtalen Protokoll 35 om gjennomføringen av EØS-regler
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, Oporto 1992
ODA protokoll 3 del I	Protokoll 3 om oppgaver og myndighet for EFTAs overvåkingsorgan i forbindelse med statsstøtte
ODA protokoll 3 del II	Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol del II
TEU	Traktaten om Den europeiske union, Maastricht 1992.
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 2007.

Forordninger

Rf/659/1999/EF	Rådets Forordning (EF) Nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93
----------------	---

- Rf/1/2003/EF Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82
- Rf/734/2013/EU Rådets forordning (EU) Nr. 734/2013 af 22. juli 2013 om ændring af forordning (EF) nr. 659/1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93.
- Rf/2015/1589/EU Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13. juli 2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (kodifikation)

EU- og EFTA-domstolens praksis

Alle dommer fra EU-domstolen er sitert fra databasen http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/.

Alle dommer fra EFTA-domstolen er sitert fra Lovdata.

Sak 120/73	«Lorenz»	ECLI:EU:C:1973:152
C-158/80	«Rewe Handelsgesellschaft»	ECLI:EU:C:1981:163
C-199/82	«San Giorgio»	ECLI:EU:C:1983:318
C-5/89	«BUG-Alutechnik»	ECLI:EU:C:1990:320
C-354/90	«FNCE»	ECLI:EU:C:1991:440
C-183/91	Kommisjonen mot Hellas	ECLI:EU:C:1993:233
C-188/92	«Deggendorf»	ECLI:EU:C:1994:90
C-39/94	«SFEL»	ECLI:EU:C:1996:285
C-379/98	«PreussenElektra»	ECLI:EU:C:2001:160

C-482/99	«Stardust Marine»	ECLI:EU:C:2002:294
C-174/02	«Streekgewest»	ECLI:EU:C:2005:10
De forente saker C-182/03 og C-217/03	«Forum 187»	ECLI:EU:C:2006:416
C-368/04	«Transalpine Ölleitung»	ECLI:EU:C:2006:644
C-199/06	«CELF I»	ECLI:EU:C:2008:79
C-1/09	«CELF II»	ECLI:EU:C:2010:136
C-210/09	«Scott & Kimberly Clark»	ECLI:EU:C:2010:294
C-275/10	«Residex»	ECLI:EU:C:2011:814
C-284/12	«Lufthansa»	ECLI:EU:C:2013:755
C-527/12	Kommisjonen mot Tyskland	ECLI:EU:C:2014:2193
C-505/14	Klausner Holz Niedersachsen GmbH v Land Nordrhein- Westfalen	ECLI:EU:C:2015:742
E-4/01	«Karlsson»	
De forente saker E-9 og 10/07	«L'Oreal»	
E-9/11	«Asker Kommune»	
E-23/14	«Kimek Offshore»	

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten er sitert fra databasen http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/)

C-39/94	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Jacobs i SFEI	ECLI:EU:C:1995:445
C-527/12	Forslag til avgjørelse fra Generaladvokat Wahl i C-527/12 Kommisjonen mot Tyskland	ECLI:EU:C:2014:90

Lover og forskrifter

1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)
1992	Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte (støtteloven)
1992	Forskrift 4. desember 1992 nr. 907 om offentlig støtte
1993	Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak
1997	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
2007	Forskrift 29. juni 2007 nr. 832 om prisutjevningsordningen for melk
2009	Forskrift 30. oktober 2009 nr. 1323 om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte
2013	Lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler [Sverige]
1974	Regeringsformen (1974:152) [Sverige]

Norske og svenske forarbeider

St.prp. nr. 100 (1991–1992)	<i>Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS)</i>
St.prp. nr. 101 (1991–1992)	<i>Om samtykke til ratifikasjon av EFTA-avtalen om Overvåkningsorganet og Domstolen, og EFTA-avtalen om Den faste komite</i>
Ot.prp. nr.73 (1991–1992)	<i>Om lov om offentlig støtte og lov om endringer i næringslovgivningen m.v. som følge av EØS-avtalen</i>
Ot.prp.nr.79 (1991–1992)	<i>Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.</i>
Ot.prp.nr.39 (1995–1996)	<i>Om lov om endringer i lov 27 november 1992 nr 117 om offentlig støtte</i>
Ot.prp.nr.98 (2001–2002)	<i>Om lov om endring av lov om offentlig støtte (nye prosedyrereglar)</i>
Ot.prp.nr.51 (2004–2005)	<i>Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)</i>
NOU: 2001 32 A	<i>Rett på sak (Lov om tvisteløsning (tvisteloven))</i>
NOU 2010:2	<i>Håndhevelse av offentlige anskaffelser</i>
Prop. 57 L (2015–2016)	<i>Endringer i lov om offentlig støtte m.m. (opprettelse av nasjonalt register for offentlig støtte)</i>
SOU 2011:69	<i>Olagligt statsstöd</i>
Prop. 2012/13:84	<i>Olagligt statsstöd</i>

Norske avgjørelser

Rt. 1982 s. 241 (Alta)

Rt. 1993 s. 312

Rt. 1995 s. 46 (Nimbus).

Rt. 1996 s. 282 (Ølutsalgsdommen)

Rt. 1996 s. 758 (Vinutsalgsaken)

Rt. 1996 s. 1569 (Vin Compagniet)

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2004 s. 1582

Rt. 2005 s. 597 (Allseas Marine Contractors)

Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II)

Rt. 2006 s. 1042 (Skiltdommen)

Rt. 2007 s. 538 (Husebyskogen)

Rt. 2009 s. 170

Rt. 2010 s. 291 (Vangen)

Rt. 2010 s. 1361

Rt. 2011 s. 1502

Rt. 2011 s. 1517

Rt. 2012 s. 227

Rt. 2013 s. 1665 Hydro/Søral

Rt. 2015 s. 641

RG-2005-1542 Fokus Bank

TOSLO-2010-45497

Upubliseret avgjørelse fra Oslo tingrett av 5. november 2015, saksnummer 15-076450TVI-OTIR/07 i saken mellom Synnøve Finden AS og staten

Retningslinjer, rapporter meddelelser og avgjørelser fra ESA og Kommisjonen

«Kommisjonnens Enforcement Notice»	Commission notice on the enforcement of State aid law by national courts 2009 Tilgjengelig på: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009XC0409(01)	9. april 2009 Pub. nr.: OJ C 85,9.4.2009
«Kommisjonens retningslinjer om håndhevelsen av Kommisjonens vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte»	“Towards an effective implementation of Commission decisions ordering Member States to recover unlawful and incompatible State aid” Tilgjengelig på: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0209	15. november 2007 Pub. nr.: 2007/C 272/05
«ESAs Enforcement Notice»	Enforcement of State Aid Law by national courts Tilgjengelig på ESAs nettsider: http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/	
«ESAs retningslinjer om håndhevelse av ESAs vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte»	PART VII: procedural rules: Recovery of unlawful and incompatible state aid. Tilgjengelig på ESAs nettsider: http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/	

Kommisjonens meddelelse til parlamentet om Reform av statsstøttereglene (SAM)	Communication from the Commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions EU State Aid Modernisation (SAM) Tilgjengelig på: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0209	8. mai 2012 Dok.nr.: COM/2012/0209 final
ESAs avgjørelse av 11.mars 2005 nr. 55/05 COL («Sykehusbo-ligsaken»)	Tilgjengelig på ESAs nettsider: http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/norway/nr/1084	11. mars 2005
ESAs avgjørelse 490/15/COL av 9. Desember 2015 («Hurtigruten»)	Tilgjengelig på ESAs nettsider: http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/norway/norway-2015-state-aid-register	9. desember 2015
«Oppfølgingsrapporten»	2009 update of the 2006 Study on the enforcement of State aid rules at national level FINAL REPORT Tilgjengelig på: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html	

Litteratur

- Alterskjær, Bjørnar, (2008) *Statsstøtte: EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, 2008
Hjelmeng, Erling,
Lund, Robert og
Nordby, Thomas
- Arnesen, Finn og (2015) *Internasjonalisering og juridisk metode: særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, 2. utg. 2015
Stenvik, Are
- Backer, Inge Lorange (2015) *Norsk sivilprosess*, 2015
- Bacon, Kelyn (2013) *European Union Law of State Aid*, 2.utgave, 2013
- Bergsåker, Trygve (2015) *Pengekravsrett*, 3. utg., 2015
- Bernt, Jan Fridthjof og (1986) “Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten”, Anders Krüger, Kai, Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbakke, (red.), Festskrift til Torstein Eckhoff; Samfunn, rett og rettferdighet s. 86–124
- Craig, Paul og (2015) *EU law: text, cases, and materials*, 6 utg. 2015
De Búrca, Gráinne,
- Eckhoff, Torstein og (2014) *Forvaltningsrett*, 10. utg. ved Eivind Smith, 2014
Smith, Eivind
- Falkanger, Thor, (2008) *Tvangsfullbyrdsloven: (lov av 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse: med tillegg av tvisteloven kapittel 32 til 34 om midlertidig sikring): kommentarutgave: Bind II*, 4.utg. 2008
Flock, Hans og
Waalder, Thorleif

- Flock, Hans, (2011) *Midlertidig sikring: arrest og midlertidig forføyning*, 2011
- Fredriksen, Halvard
Haukeland (2013) *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, 2013
- Fredriksen, Halvard
Haukeland, (2008) ”*Twisteloven og EØS-avtalen*”, Tidsskrift for rettsvitenskap, Årg.121 nr. 3 (2008), s. 289–359
- Fredriksen, Halvard
Haukeland og
Mathisen, Gjermund, (2014) *EØS-rett*, 2. utg., 2014
- Frihagen, Arvid, (1992) *Forvaltningsrett: Bind 3: Omgjøring, kontroll og ugyldighet*, 4. utg, 1992
- Frihagen, Arvid,
Rasmussen, Ørnulf og
Bernt, Jan Fridthjof, (2010) *Frihagens forvaltningsrett: Bind 1: Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring*, 2. utg. ved Jan Fridtjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, 2010
- Giertsen, Johan, (2012) *Avtaler*, 2. utg. 2012
- Graver, Hans Petter (2015) *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., 2015
- Hagland, Birgitte, (2012) *Erstatningsbetingende medvirkning*, 2012
- Hancher, Leigh,
Slot, P. J. og
Ottervanger, Tom, (2012) *EU State Aids*, 4.utg. 2012

-
- Heidenhain, Martin, (2010) *European State Aid Law Handbook*, 2010
- Hjelmeng, Erling, (2003) *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, 2003
- Hjelmeng, Erling, (2004) *Reversering av EF- og EØS-stridig statsstøtte*, 2004
- Hjelmeng, Erling, (2014) ”Tilbakeføring av offentlig støtte – hva er situasjonen etter Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral?*”, Lov og rett, Årg. 53 nr. 4 (2014), s. 210–228
- Erling Hjelmeng (2016) «*Lovstrid som felles rettsgrunnlag for erstatningsansvar og ugyldighet*», Erling Hjelmeng (red) I: *Ugyldighet i privatretten – Minnebok for Viggo Hagstrøm*, 2016, s. 273–290
- Jervell, Stephan L. (2002) *Lovgivningen i EØS: beslutningsprosessen, gjennomføringen og konsekvensene*, 2002
- Honoré, Michael og Jensen, Nanna Eram, (2011) “*Damages in State Aid Cases*”, EStAL – European State Aid Law Quarterly, Årg. 10 (2011) s. 265–286
- Kaasen, Inge, (2000) *Banksikring og konkurranse: en EØS-rettslig studie*, 2000
- Köhler, Martin, (2012) “*Private Enforcement of State Aid Law – Problems of Guaranteeing EU Rights by means of National (Procedural) Law*”, EStAL – European State Aid Law Quarterly, Årg. 2 (2012) s. 369–387

- Mederer, Wolfgang, (2008) *EU competition law: 4 Book 1: State aid*, 2008
Pesaresi, Nicola
og Hoof, Marc van
- Metselaar, Alke (2014) “Who Can Invoke State Aid Law before National Judges: That Floating Question of Legal Interest in the Case Law of Dutch Courts”, *EStAL – European State Aid Law Quarterly*, Årg. 2 2014, s. 250–260
- Nicolaides, Phedon (2104) “Are National Courts Becoming an Extension of the Commission?”, *EStAL – European State Aid Law Quarterly*, Årg. 13 (2014) s. 409–413
- Prechal, Sacha, (2005) *Directives in EC law*, 2.utg. 2005
- Quigley, Conor, (2015) *European State Aid law and Policy*, 3.utg. 2015
- Schei, Tore, (2013) *Tvisteloven (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): Kommentartutgave Bind I §§1-1 til 20-12, 2.utg.*, 2013
Bårdsen, Arnfinn,
Nordén, Dag Bugge,
Reusch, Christian og
Øie, Toril,
- Schei, Tore, (2013) *Tvisteloven (lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister): Kommentartutgave: Bind 2: §§ 21-1 til 37-3, 2. utg.* 2013
Bårdsen, Arnfinn,
Nordén, Dag Bugge,
Reusch, Christian og
Øie, Toril,
- Sejersted, Fredrik, (2011) *EØS-rett*, 3. utg. 2011
Arnesen, Finn,
Rognstad, Ole-Andreas,
og Kolstad Olav

- Skoghøy, Jens Edvin A., (2014) *Tvisteløsning*, 2. utg. 2014
- Vajda QC, Christopher, (2010) “*Effects of the Standstill Obligation in National Courts – all said after CELF? An English Perspective*”, EStAL – European State Aid Law Quarterly, Årg. 9 (2010) s. 629–636

ESA og Kommisjonens nettsider:

- ESA:** **Tilgjengelig på**
- Register for statsstøttesaker: <http://www.eftasurv.int/state-aid/state-aid-register/decisions/>
- Retningslinjer for statsstøtte: <http://www.eftasurv.int/state-aid/legal-framework/state-aid-guidelines/>
- Kommisjonen:
- Statistikk, studier og rapporter i forbindelse med statsstøtte: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/studies_reports.html
- Oversikt over Reform av statsstøttereglene http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/index_en.html

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

