

AVGIFTSFRITAK OG FORHOLDET TIL STATSSTØTTEREGLENE I EØS-AVTALEN

Hvilke grenser setter EØS-avtalen for statens muligheter til å bruke avgiftsfritak som virkemiddel for å nå politiske målsetninger?

Kandidatnr: 576

Veileder: Ulf Hammer

Leveringsfrist: 10. november 2003

Til sammen 39.360 ord

13.01.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	PROBLEMSTILLINGENE I OPPGAVEN	3
1.3	NOEN AVGRENSNINGER	4
1.4	OVERSIKT OVER FREMSTILLINGEN VIDERE	6
<u>2</u>	<u>INTERNRETTLIGE REGLER OM AVGIFTSFRITAK OG EØS-REGLENE OM STATSSTØTTE</u>	<u>7</u>
2.1	REGLER OM OG BEGRUNNELSER FOR AVGIFTSFRITAK I NORSK RETT	7
2.1.1	HJEMMELSGRUNNLAGET FOR AVGIFTENE OG AVGIFTSFRITAKENE	7
2.1.1.1	Miljøavgiftene	7
2.1.1.2	Arbeidsgiveravgiften	8
2.1.2	BEGRUNNELSEN FOR AVGIFTENE OG AVGIFTSFRITAKENE	10
2.1.2.1	Begrunnelsen for reglene om miljøavgifter	10
2.1.2.2	Begrunnelsen for reglene om arbeidsgiveravgift	14
2.2	DE RELEVANTE EØS-RETTLIGE REGLENE OG BEGRUNNELSEN FOR DISSE	16
2.2.1	EØS-REGLENES RELEVANS FOR AVGIFTSSPØRSMÅL	16
2.2.2	RELEVANTE EØS-RETTLIGE KILDER PÅ STATSSTØTTEOMRÅDET	16
2.2.3	BEGRUNNELSEN FOR EØS-RETTENS STATSSTØTTEREGLER	19
<u>3</u>	<u>AVGIFTSFRITAK OG STATSSTØTTEREGLENE I EØS ART. 61 NR. 1</u>	<u>22</u>
3.1	INNLEDNING	22
3.2	GENERELT OM VILKÅRENE I EØS ART. 61 NR. 1	22
<u>4</u>	<u>STØTTEVILKÅRET</u>	<u>24</u>
4.1	GENERELT OM STØTTEVILKÅRET	24
4.1.1	INNLEDNING	24
4.1.2	STØTTEBEGREPET	24
4.1.3	STØTTEN MÅ YTES AV MEDLEMSSTATENE ELLER AV STATSMIDLER I ENHVER FORM	26
4.2	AVGIFTSFRITAK OG STØTTEBEGREPET	27
		I

4.2.1	STØTTEN MÅ INNEBÆRE EN ØKONOMISK FORDEL FOR MOTTAKEREN	27
4.2.2	FORDELEN MÅ VÆRE VEDERLAGSFRI	33
4.2.2.1	“Lovtilpasning” og betaling av andre skatter og avgifter	33
4.2.2.2	Vederlag i henhold til gjensidig bebyrdende kontrakter	39
4.2.2.3	Vederlagsfri fordel: Oppsummering	45
4.3	AVGIFTSFRITAK OG VILKÅRET OM AT STØTTEN MÅ TILREGNES STATEN	46
4.3.1	STØTTEORDNINGEN MÅ INNEBÆRE EN ØKONOMISK BYRDE FOR STATEN	46
4.3.1.1	Krav til direkte utgifter?	46
4.3.1.2	Krav om at støtten får virkning for det offentlige økonomi	48
4.3.1.3	Nærmere om kravet til virkning: Tilknnytning	50
4.3.1.4	Økonomisk byrde: Oppsummering	52
4.3.2	STATLIGE MIDLER	53
4.4	STØTTEVILKÅRET – KONKLUSJON	54
5	<u>SELEKTIVITETSVILKÅRET</u>	56
5.1	INNLEDNING – BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLINGER	56
5.2	UTGANGSPUNKTER: STØTTEMOTTAKERNE OG REFERANSESITUASJONEN	58
5.2.1	HVEM KAN VÆRE MOTTAKERE?	58
5.2.2	BEGRENSNINGER PÅ ANTALL MOTTAKERE?	60
5.2.3	SAMMENLIGNINGSGRUNNLAG OG VIRKNING	63
5.3	HVORDAN SKILLE GENERELLE ORDNINGER FRA SELEKTIV STØTTE?	65
5.3.1	INNLEDNING	65
5.3.2	METODEN	66
5.4	AVGIFTSSYSTEMETS OPPBYGNING – INNEBÆRER FRITAKET ET UNNTAK FRA DET GENERELLE SYSTEMET?	67
5.4.1	RETTLIG GRUNNLAG	68
5.4.2	BEGREPENE “UNNTAK” OG “ALMINNELIG SYSTEM”	69
5.4.2.1	“Unntak”	69
5.4.2.2	“Alminnelig system”	76
5.4.3	NÆRMERE RETNINGSLINJER FOR VURDERINGEN	81
5.4.3.1	Avgiftsfritakets formål	81
5.4.3.2	Skjønnsfrihet	82
5.4.4	UNNTAK FRA DET ALMINNELIGE SYSTEM: OPPSUMMERING	86
5.5	BERETTIGEDE UNNTAK	87
5.5.1	INNLEDNING	87
5.5.2	RETTLIG GRUNNLAG	87

5.5.3	HVA LIGGER I RESERVASJONEN “NATURLIG UNNTAK”?	88
5.5.3.1	Utgangspunkter	88
5.5.3.2	Fritaket strider ikke mot hovedregelen – “logisk unntak”	89
5.5.3.3	Fritaket strider mot formålet med hovedregelen – kan særlige omstendigheter begrunne fritaket?	94
5.5.3.4	Uforholdsmessig byrde som særlig omstendighet?	99
5.5.4	BERETTIGEDE UNNTAK: OPPSUMMERING	104
5.6	SELEKTIVITETSVILKÅRET – KONKLUSJON	105
6	<u>KONKURRANSEVRIDNINGSVILKÅRET</u>	<u>107</u>
6.1	INNLEDNING – BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLINGER	107
6.2	ER DET TILSTREKkelig Å VURDERE AVGIFTSFRITAKETS KONKURRANSEVIRKNINGER UNDER ETT?	109
6.3	KONKURRANSEVRIDNINGSVILKÅRET OG MARGINALE STØTTEBELØP	111
7	<u>SAMHANDELSVILKÅRET</u>	<u>117</u>
7.1	INNLEDNING – BAKGRUNN OG PROBLEMSTILLINGER	117
7.2	RELEVANSEN AV STØTTEORDNINGER I ANDRE MEDLEMSSTATER	118
8	<u>AVSLUTNING</u>	<u>123</u>
9	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>125</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Staten benytter seg i vid utstrekning av avgiftsinstrumentet for å nå politiske målsetninger. Hovedbegrunnelsen bak skatter og avgifter er riktignok rent fiskale hensyn, det vil si finansiering av offentlige utgifter. Avgifter kan imidlertid også benyttes for å påvirke borgernes handlemåter i en ønsket retning, ved å gi incitamenter til visse typer adferd.¹ Dette kan for det første skje ved å *avgiftsbelegge* produksjon eller konsumpsjon av varer og tjenester. Arbeidsgiveravgiften kan tjene som eksempel på det første, ved at arbeidskraften som produksjonsfaktor avgiftsbelegges. Forbruksavgiften på elektrisk kraft (elavgiften) er et eksempel på at konsumpsjon av varer og tjenester avgiftsbelegges. I slike tilfelle vil fiskale hensyn og påvirkningshensyn gå hånd i hånd. Den andre måten å benytte avgifter som styringsmekanisme, er på visse vilkår å gi helt eller delvis *fritak* fra slike avgifter som nevnt ovenfor.

Med “avgiftsfritak” mener jeg i det følgende både fullt og delvis fritak fra en avgiftsplikt, med mindre noe annet fremgår av sammenhengen.

Slike avgiftsfritak er svært vanlige, både i Norge og på EU-nivå. Her hjemme er det for eksempel gitt unntak fra elavgiften for visse konsumenter og fra arbeidsgiveravgiften for visse arbeidsgivere. Jeg kommer tilbake med en redegjørelse av disse reglene nedenfor i pkt. 2.1. Den vanligste måten for EUs medlemsstater å yte støtte på er riktignok gjennom direkte økonomiske bevilgninger,² men støtte i form av fritak fra skatter og avgifter er også utbredt. I 2001 ble ca. 25 % av all støtte på EU-nivå gitt på denne måten.³ Statsstøtte i form av avgiftsfritak er derfor svært praktisk, og utgjør betydelige økonomiske beløp både på nasjonalt nivå og på EU-nivå.

¹ For en nærmere redegjørelse for avgiftspolitikken som styringsmiddel, se *Eckhoff* (1983), særlig kap. 5.

² Se *Ninth Survey on State Aid in the European Union*, s. 50.

³ Se *State aid scoreboard - spring 2002 update*, s. 7.

Det er denne metoden for å benytte avgifter som styringsmiddel som skal behandles i denne avhandlingen. Spørsmålet er om Norges forpliktelser i henhold til EØS-avtalen (EØS)⁴ setter begrensninger for statens handlefrihet på dette punkt.

EØS-samarbeidet ble opprettet i 1992, med det formål å innlemme EFTA-statene i EUs indre marked. Samarbeidsområdet omfatter således EFTA-statene på den ene siden, og EU på den annen. Innlemmelsen innebærer ikke bare markedsadgang, men også markedsintegrasjon. Gjennom EØS-avtalen har statene dermed påtatt seg en rekke omfattende forpliktelser som fremgår av den underliggende EF-retten. I seg selv er imidlertid EØS-avtalen kun en folkerettslig avtale, og dermed i utgangspunktet bare bindende for partene til denne. I henhold til det dualistiske prinsippet, som er det alminnelige prinsippet i norsk rett når det gjelder forholdet til folkeretten, kreves det at de folkerettslige reglene må gjennomføres særskilt for å få virkning på det internrettslige planet.⁵ For EØS-avtalens vedkommende er dette gjort gjennom lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven), § 1. Dette innebærer at Norge ikke bare er bundet av EØS-avtalens regler på det folkerettslige planet, men at reglene også er gjort til en del av vår interne rett. EØS-loven § 2 bestemmer også at dersom det er motstrid mellom norsk rett og EØS-retten, må norsk rett vike.⁶

En av de forpliktelsene norske myndigheter har påtatt seg gjennom EØS-avtalen, er konkurransereglene i EØS del IV, herunder statsstøttebestemmelsen i art. 61 nr. 1. I denne avhandlingen skal jeg særlig rette søkelyset mot de begrensninger som denne bestemmelsen setter for myndighetenes handlefrihet når det gjelder avgiftsfritak.⁷

⁴ Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, undertegnet 2. mai 1992, i kraft fra 1. januar 1994.

⁵ Se nærmere *Eckhoff*, (2001), kap. 12.

⁶ Se nærmere *EØS-rett* (1995) s. 132 flg.

⁷ Også andre bestemmelser i EØS-avtalen kan sette grenser for statens frihet til å bruke avgiftsfritak som virkemiddel. Avgiftsdiskriminering mellom norske varer og varer med opprinnelse fra EØS-området kan for eksempel være i strid med reglene om det frie varebyttet i EØS del II. Se nærmere *EØS-avtalen og norsk skatterett* (2003), s. 165 flg.

Bestemmelsen lyder:

“Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.”

Statsstøttebestemmelsen i EØS art. 61 nr.1 er imidlertid ikke absolutt, jf. dens ordlyd “med de unntak”. Unntak fra forbudet i EØS art. 61 nr. 1 finnes således i EØS art. 61 nr. 2 og 3. Unntaksbestemmelsene gir EFTAs overvåkningsorgan (ESA⁸) henholdsvis obligatorisk og diskresjonær myndighet til å godkjenne støtteordninger som strider mot EØS art. 61 nr. 1. I tillegg gir ODA-avtalen⁹ protokoll 3, art. 1 nr. 2, tredje ledd, EFTAs medlemsstater hjemmel til å fravike statsstøtteregelelene dersom de enstemmig fatter vedtak om dette, og usedvanlige omstendigheter tilsier et slikt vedtak.¹⁰

1.2 Problemstillingene i oppgaven

Bestemmelsen i EØS art. 61 er svært generelt formulert. En viktig problemstilling i seg selv blir derfor å fastlegge det generelle innholdet i denne bestemmelsen.

Hovedproblemstillingen er likevel hvordan EØS art. 61 forholder seg til avgiftsfritak. Ved å gi private aktører fritak fra å svare en avgift de normalt er pliktige til å betale, taper nemlig staten inntekter, mens de private aktørene på tilsvarende måte sparer utgifter. Spørsmålet er således om dette generelt sett kan innebære statsstøtte i EØS-avtalens forstand.

Som nevnt i forrige kapittel, gjelder det nå omfattende fritak fra plikten til å svare elavgift. I tillegg nyter også enkelte virksomheter godt av fritak fra andre miljøavgifter. Videre er arbeidsgivere som sysselsetter arbeidstakere fra enkelte deler av landet fritatt

⁸ EFTA Surveillance Authority.

⁹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, undertegnet 2. mai 1992, i kraft fra 1. januar 1994.

¹⁰ Bestemmelsen har nylig blitt benyttet til å videreføre dagens fritak for arbeidsgiveravgifter i Finnmark og Nord-Troms, se St. meld. nr. 1 (2003-2004), pkt. 2.8.3.2.

fra å betale arbeidsgiveravgift, eller de betaler avgift etter reduserte satser. Det pågår nå en diskusjon mellom norske myndigheter og ESA om hvorvidt disse konkrete avgiftsfritakene er å anse som statsstøtte stridende mot EØS-avtalen. I skrivende stund har ESA kommet med sine foreløpige vurderinger av støttetiltakene, og norske myndigheter er i dialog med ESA om overgangsordninger og endringer i regelverkene.¹¹

Gjennom foreløpige uttalelser i form av uformell korrespondanse og formelle undersøkelsesprosedyrer i henhold til EØS art. 62 nr. 1, bokstav b) og art. 1 nr. 1 i protokoll 3 til ODA-avtalen, har ESA gitt uttrykk for at de eksisterende systemene ikke er forenlige med statsstøttereglene i EØS-avtalen. Det er derfor svært sannsynlig at ESA i sitt endelige vedtak også kommer til å anse ordningene som ulovlig statsstøtte. En viktig problemstilling gjennom oppgaven blir derfor å kartlegge hvilke ordninger som “går klar av” regelverket. Jeg kommer imidlertid ikke til å gjennomføre noen fullstendig drøftelse av de omtvistede avgiftenes forhold til statsstøttereglene. De konkrete sakene vil heller bli brukt til å *illustrere* hvilke problemstillinger som reiser seg i forbindelse med avgiftsfritak og statsstøtte.

1.3 Noen avgrensninger

De problemstillingene som ble presentert i forrige avsnitt setter rammene for hva som skal behandles i denne avhandlingen. For det første innebærer hovedproblemstillingen at jeg ikke vil skrive for *generelt* om statsstøttereglene, men fokusere på forholdet mellom avgiftsfritak og det felleskapsrettslige statsstøtteregelverket. Jeg tar dermed ikke sikte på å skrive noen helhetlig og generell fremstilling av regelverket.

For det annet innebærer den pågående prosessen mellom norske myndigheter og ESA at jeg ikke kommer til å skrive for *konkret* om fritakene fra miljøavgiftene og den differensierte arbeidsgiveravgiften. Endelig vedtak fra ESA om disse avgiftsfritakene ventes i løpet av høsten 2003/vinteren 2004; en spesiell redegjørelse av de konkrete sakene vil derfor bli av noe mindre interesse. Når det er sagt, egner likevel sakene seg godt for å illustrere regelverket. Hva gjelder miljøavgiftene, kommer jeg til å

¹¹ For en oppsummering av prosessen, se St. prp. nr. 1 (2003-2004), pkt. 2.8 og 4.7.

konsentrere meg om elavgiften. Fritak fra andre miljøavgifter vil imidlertid også bli berørt, i den utstrekning de har direkte interesse for forholdet mellom avgiftsfritak og statsstøtte.

Temaet for oppgaven er avgiftsfritak. Dette innebærer en avgrensning mot *skattelettelser*. Skattelettelser kan, som avgiftsfritak, også brukes som et virkemiddel for å påvirke private aktørers handlemåter, de gunstige BSU-reglene i lov om skatt av formue og inntekt av 29. mars 1999 nr. 14 (sktl.), § 16-10, kan tjene som eksempel på dette. Slike lettelser er imidlertid ofte generelle av natur, og skaper dermed sjelden problemer i forhold til statsstøttereglene, jf. kap. 5 nedenfor om selektivitetsvilkåret i EØS art. 61 nr. 1. Det samme gjelder *generelle avgiftsfritak* som ligger nært opp til slike skattelettelser. De omfattende unntakene fra plikten til å betale merverdiavgift er et eksempel på slike avgiftsfritak, jf. lov om merverdiavgift av 19. juni 1966 nr. 1969 §§ 5, 5 a og 5 b. Derfor kommer jeg heller ikke til å behandle merverdiavgiftens forhold til statsstøttereglene nærmere.¹² Når det er sagt, vil problemstillingene i forbindelse med avgiftsfritak, skattelettelser og fritak fra merverdiavgiftsplikten ofte være like. Mye av EF-domstolens praksis vedrørende generelle støtteordninger gjelder for eksempel skattelettelser. Denne rettspraksis er også relevant i forhold til støtte i form av avgiftsfritak.

Når det gjelder den nærmere forskjellen på skatter og avgifter beror denne også mer på språklig tradisjon enn rettslig innhold.¹³ En avgrensning basert på begrepene skatt og avgift kan derfor virke misvisende. En mer presis avgrensning av oppgaven i så måte er at inntekts- (herunder trygdeavgift) eller formueskatt ikke vil bli behandlet.

Utover dette innebærer begrepet “avgifter” ingen videre avgrensninger, men med det forbehold at oppgaven må leses slik at hver enkelt avgift må vurderes særskilt i den konkrete saken. Det at sakene om miljøavgiftene og arbeidsgiveravgiften benyttes som eksempler i oppgaven, innebærer imidlertid ikke at drøftelsene ikke er relevante for andre typer avgifter.

¹² For en generell redegjørelse av merverdiavgiftsfritak og skattelettelser og forholdet til felleskapsrettens statsstøtteregler, se bl.a. *EØS-avtalen og norsk skatterett*, kap. 28 og *Delrapport fra merverdiavgiftsutvalget*, avgitt til Finansdepartementet 22. mars 2002.

¹³ Se nærmere *Zimmer* (2001), s. 29.

En fullstendig drøftelse av statsstøttereglene forutsetter også en vurdering av de omfattende unntakene som fremgår av EØS art. 61 nr. 2 og 3 og ODA protokoll 3 art. 1 nr. 2, tredje ledd. Til disse unntaksbestemmelsene knytter det seg imidlertid en stor grad av skjønnsfrihet, med dertil hørende omfattende retningslinjer og praksis. Når det gjelder bestemmelsen i ODA-avtalen, er dette dessuten en regel av mer politisk enn rettslig art. Plassmessige hensyn tilsier derfor at disse bestemmelsene kun vil bli behandlet i den utstrekning de har direkte relevans for tolkningen av hovedregelen i EØS art. 61 nr. 1.

EØS-regelverket inneholder både materielle og prosessuelle regler om statsstøtte. De prosessuelle reglene tar først og fremst sikte på samarbeid og dialog. Det legges opp til et tett samarbeid mellom ESA og EFTAs medlemsstater på den ene siden, og ESA og EUs overvåkningsorgan, Kommisjonen, på den annen. Det første for å lette håndhevelsen av reglene i de ulike medlemsstatene, det andre for å sikre en ensartet anvendelse av statsstøttereglene i det indre marked, se bl.a. EØS art. 62–64 og protokoll 3 til ODA-avtalen. De prosessuelle reglene vil imidlertid ikke bli nærmere behandlet i denne oppgaven med mindre de har direkte relevans for tolkingen av den materielle hovedregelen i EØS art. 61 nr. 1.

1.4 Oversikt over fremstillingen videre

For å danne en basis for behandlingen av de ulike problemstillingene som nevnt ovenfor, er det først nødvendig å gjøre nærmere rede for de internrettslige reglene om avgiftsfritak, samt å presentere det EØS-rettslige regelverket om statsstøtte. Herunder vil jeg redegjøre for begrunnelsene for de nasjonale og fellesskapsrettslige reglene. Disse hensynene vil utgjøre tolkningsmomenter ved den nærmere drøftelsen av avgiftsfritak og forholdet til statsstøttereglene.

Hoveddelen av avhandlingen er en nærmere analyse av det fellesskapsrettslige regelverket når det gjelder avgiftsfritak og statsstøtte. Jeg vil her ta for meg hvert enkelt vilkår i bestemmelsen i EØS art. 61 nr. 1, og drøfte de problemene som oppstår i forbindelse med avgiftsfritak.

2 Internrettslige regler om avgiftsfritak og EØS-reglene om statsstøtte

2.1 Regler om og begrunnelser for avgiftsfritak i norsk rett

2.1.1 Hjemmelsgrunnlaget for avgiftene og avgiftsfritakene

De omfattende avgiftsfritakene i norsk rett er stort sett regulert gjennom forskrifter og stortingsvedtak. Det finnes et vell av avgifter; en gjennomgang av samtlige avgifter vil dermed sprengje oppgavens ramme fullstendig. Det er imidlertid en del fellestrekk mellom de ulike avgiftstypene. Et fellestrekk er bl.a. om avgiften pålegges *direkte* eller *indirekte*.¹⁴ Direkte avgifter er avgifter som betales direkte av en fysisk eller juridisk person, hensikten er at avgiften skal ramme det subjekt som ilegges avgiften. Arbeidsgiveravgiften er en slik direkte avgift. Indirekte avgifter er på den annen side avgifter som pålegges omsetning og import av varer og tjenester. I denne kategorien faller særavgiftene, herunder miljøavgiftene. Et annet fellestrekk som særlig gjelder avgiftsfritak, er om fritakene retter seg mot bestemte regioner i landet eller bestemte sektorer i næringslivet. Forskjellige avgiftstyper og avgiftsfritak har altså ulik begrunnelse og hjemmelsgrunnlag. I det følgende vil jeg illustrere dette ved å drøfte regelverket om og begrunnelsene for arbeidsgiveravgiften og de omtvistede miljøavgiftene.

2.1.1.1 Miljøavgiftene

Forbruksavgiften på elektrisk kraft ble første gang innført i 1971, og er nå regulert i forskrift om særavgifter av 11. desember 2001 nr. 1451 (særavgiftsforskriften) kap. 3-12. Forskriften er gitt med hjemmel i lov om særavgifter av 19. mai 1933 nr. 11, § 1. Selve avgiftssatsen blir imidlertid fastsatt av Stortinget i forbindelse med budsjettbehandlingen hvert år, for budsjetterminen 2003 er satsen satt til 9,5 øre/kWh.¹⁵

Bestemmelsen i særavgiftsforskriftens § 3-12-1 innebærer at det som hovedregel skal betales avgift av all innenlandsk forbruk av elektrisk kraft. Dette omfatter både privat og næringsmessig forbruk. I henhold til forskriftens § 3-12-4 er imidlertid visse

¹⁴ Se nærmere om sontringen i *Zimmer* (2001), s. 30.

¹⁵ Stortingsvedtak av 2. desember 2002 om særavgifter til statskassen for budsjetterminen 2003, kap. 5, § 1.

næringssektorer¹⁶ fritatt for avgiften. Elektrisk kraft som leveres til industri, bergverk, arbeidsmarkedsbedrifter som utøver industriproduksjon, veksthusnæringen og fjernvarmeprodusenter er således avgiftsfri. I tillegg til dette er samtlige elektrisitetskonsumenter i Finnmark og Nord-Troms¹⁷ (den såkalte “tiltakssonen”) fritatt for avgiften, jf. vedtakets § 1, fjerde ledd.

I tillegg til elavgiften, hjemler særavgiftsforskriften også andre miljøavgifter, bl.a. plikt til å betale CO₂- og SO₂-avgift for forbruk av mineralolje, grunnavgift på fyringsolje og avgift på sluttbehandling av avfall, se forskriftens kap. 3-6, 3-7, 3-10 og 3-13. Til alle disse avgiftene knytter det seg unntak. Bl.a. nyter treforedlings- og sildemelindustrien fritak fra grunnavgiften på fyringsolje, se forskriftens kap. 4-5. Når det gjelder CO₂- og SO₂-avgiften, er fritakene fra disse avgiftene nærings- og regionnøytrale. Forskriften gir således hjemmel for avgiftsrefusjon dersom utslippene av CO₂/SO₂ til atmosfæren er mindre enn karboninnholdet/svovelinholdet i de benyttede avgiftsbelagte produkter skulle tilsi, jf. forskriftens §§ 3-6-3 og 3-7-5.

Inntil nylig omfattet også SO₂-avgiften kull, koks og oljeraffinerier. Dette ble opphevet 1. januar 2002, slik at det nå bare er mineralolje som er avgiftsbelagt. Avgiftplikten for kull, koks og oljeraffineringsanlegg ble da erstattet av en intensjonsavtale mellom Miljøverndepartementet og Prosessindustriens Landsforening om utslippsreduksjoner. Dette er dermed et eksempel på at myndighetene har valgt å kombinere avgiftsfritaket med bruk av avtaler. Dette vil bli nærmere behandlet i pkt. 4.2.2 nedenfor.

2.1.1.2 Arbeidsgiveravgiften

Hovedregelen om arbeidsgiveravgift fremgår av lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.), § 23-3, første ledd. Etter denne bestemmelsen er alle arbeidsgivere pålagt å betale avgift av innberetningspliktig lønn og annen godtgjørelse for arbeid og oppdrag i og utenfor tjenesteforhold. Avgiften svarer til en viss prosent av det

¹⁶ Avgrenset etter Statistisk sentralbyrås standard for næringsgruppering.

¹⁷ Nord-Troms omfatter kommunene Karlsøy, Kvænangen, Kåfjord, Lyngen, Nordreisa, Skjervøy og Storfjord.

innberetningspliktige beløpet for vedkommende år. Ftrl. § 23-3, ellefte ledd, tredje punktum, gir imidlertid hjemmel for såkalt *geografisk differensiert arbeidsgiveravgift*.

De nærmere reglene om geografisk differensiering av arbeidsgiveravgiften fremgår av stortingsvedtak av 2. desember 2002 om fastsetting av avgifter til folketrygden for 2003, § 1, bokstavene a) til e). Differensieringen innebærer at den avgiftssats arbeidsgiveren skal betale beror på hvilken kommune i landet arbeidstakeren er skattepliktig til. Landet er delt inn i fem soner, hver sone med sin avgiftssats. Det oppkreves ikke arbeidsgiveravgift i Finnmark og Nord-Troms (sone V). Arbeidsgivere som sysselsetter arbeidstakere som er skattepliktige til sone I (de mest sentrale kommunene i landet, lokalisert rundt større byer i Sør-Norge), betaler på den annen side full avgiftssats, dvs. 14,1 % av lønnskostnadene. Mellom disse ytterpunktene er avgiften differensiert (fra 10,6 % i sone II til 5,1 % i sone IV), alt etter hvor sentralt kommunen ligger i landet.

I motsetning til miljøavgiftene er fritaket fra hovedregelen om arbeidsgiveravgift altså *regionalt* bestemt, som utgangspunkt gjelder avgiftsdifferensieringen alle næringer. Med hjemmel i ftrl. § 23-2, ellefte ledd, siste punktum, er det i stortingsvedtaket likevel fastsatt særregler for enkelte næringer, jf. vedtakets § 1, bokstav f). Arbeidsgivere innen disse næringene skal således betale full sats uavhengig av hvilken kommune arbeidstakeren er skattepliktig til. Denne bestemmelsen har sin bakgrunn i EFTA-domstolens dom fra 1998 om de norske arbeidsgiveravgiftene. Domstolen anså der avgiftsdifferensieringen å være i strid med statsstøttereglene.¹⁸ ESA godkjente siden en revidert ordning bl.a. på bakgrunn av ESAs retningslinjer om transportstøtte.¹⁹ Såkalt stedbunden virksomhet omfattes imidlertid ikke av retningslinjenes regler om transportstøtte. Derfor er det nå plikt til å betale full arbeidsgiveravgift bl.a. i næringene elektrisitetsproduksjon og utvinning av olje og gass, se nærmere stortingsvedtakets § 1, bokstav f).²⁰ Vedtaket ble imidlertid fattet med forbehold om ny vurdering av ordningen

¹⁸ Sak E-6/98, *Norge mot ESA*, EFTA Court Report [1999] 74.

¹⁹ Vedtak nr. 228/99/COL, publisert i EØS-tillegget til EF-Tidende (EFT) nr. 1, 2000.

²⁰ For en nærmere redegjørelse for arbeidsgiveravgiftsreglene etter EFTA-domstolens dom, se *Dajani* (2000).

innen utløpet av 2003, og det er derfor den differensierte arbeidsgiveravgiften nå vurderes hos ESA.²¹

2.1.2 Begrunnelsen for avgiftene og avgiftsfritakene

2.1.2.1 Begrunnelsen for reglene om miljøavgifter

Miljøavgiftene hører systematisk inn under særavgiftene, jf. pkt. 2.1.1 ovenfor. Denne kategorien omfatter alt fra alkoholavgift til sukkeravgift.²² Det er derfor vanskelig å gi noen felles begrunnelse for disse avgiftstypene. Noen felles hensyn ligger imidlertid bak særavgiftene, særlig innenfor de enkelte kategorier av særavgifter (som miljøavgiftene). Rent generelt kan det sies at særavgiftene ikke først og fremst er fiskalt begrunnet. Hovedformålet er heller å bruke avgiftene for å prise *eksterne virkninger* av forbruk og produksjon av de avgiftsbelagte varer og tjenester.²³ Miljøavgiftene legges på miljøskadelige produkter og aktiviteter, slik at markedsprisen på disse i større grad gjenspeiler miljøkostnadene. Et foretaks produksjonsfaktorer (for eksempel elektrisitet) kan ha uheldige virkninger på miljøet. Dette er samfunnsmessige kostnader, men de enkelte foretak har ikke noe incitament til å hensyn til dette ved sin virksomhet. Ved å avgiftsbelegge produksjonsfaktoren internaliseres de samfunnsmessige kostnadene i virksomhetens regnskap, slik at foretaket får incitament til å ta hensyn til miljøulempene ved sin virksomhet, eksempelvis ved å spare strøm.²⁴ Avgiftene bidrar dermed til å påvirke private aktørers handlemåte i en mer miljøvennlig retning.

a. Elavgiften

I dag er hovedformålet med elavgiften å sikre en mer rasjonell bruk av elektrisk kraft.²⁵ Dette innebærer at konsumentene begrenser sitt elektrisitetsforbruk, noe som kan gi positive miljøgevinster. Nå er likevel elektrisitet en ren energikilde. Dette gjelder både

²¹ Se vedtak nr. 141/03/COL, publisert EØS-tillegget til EFT nr. 45, 2003 og vedtak nr. 172/02/COL.

²² Se særavgiftsforskriftens kapitler 3-2 og 3-16.

²³ St. prp. nr. 1 (2002-2003), s. 37.

²⁴ Se nærmere *Eide* (1999), s. 55 flg.

²⁵ Se bl.a. St. meld. nr. 29 (1998-99), pkt. 1.2 og pkt. 4.7. Opprinnelig var avgiften rent fiskalt begrunnet, se rapporten *El-avgift og tilpasninger til ESAs nye retningslinjer for miljøstøtte*, av 19. desember 2002 (Elavgiftsrapporten), s. 28.

med hensyn til produksjon og forbruk. Hovedformen for elektrisk produksjon i Norge i dag er utnyttelse av vassdrag.²⁶ Andre former er vindkraft og elektrisitet generert fra gass. Særlig de to førstnevnte formene for elektrisitetsproduksjon er miljømessig sett rene prosesser, fordi det er snakk om utnyttelse av fornybare ressurser (vann og vind) og fordi produksjonen ikke gir skadelige utslipp. Slik elektrisitetsproduksjon beslaglegger imidlertid arealer. Dette kan forstyrre naturlige biotoper, redusere landskapets estetiske verdi, samt komme i konflikt med bevaring av kulturhistoriske minner og andre næringer.²⁷ Debatten rundt utbyggingen av Altavassdraget i 1981 kan illustrere dette. Dersom konsumentene begrenser sitt forbruk av elektrisitet kan dette imidlertid få den uønskede sidevirkningen at forbruket av kraft fra andre og mer forurensende produksjonsformer, for eksempel kullkraftverk, øker. På denne måten kan elavgiften virke mot sin hensikt. Miljøhensyn alene kan derfor ikke begrunne en avgiftsplikt på forbruk av elektrisk kraft.

Hensynet til en stabil og sikker kraftforsyning er imidlertid også en viktig begrunnelse bak elavgiften. Behovet for kraft er tilstede i alle samfunnssektorer. En ustabil kraftforsyning gjør derfor samfunnet sårbart. I de to siste årene har Norge også vært en nettoimportør av elektrisitet.²⁸ Det viser at kraftressursene slik de er utbygget ikke er utømmelige. Ved å avgiftsbelegge kraftforbruk, gir staten private aktører incitament til å spare på kraftressursene. Dette innebærer at ressursene brukes der de er mest nødvendige, slik at presset på forsyningen blir lavere.

Miljø- og forsyningshensyn er derfor viktige begrunnelser bak hovedregelen om elavgift. Spørsmålet er hvilke hensyn som danner bakgrunnen for de omfattende fritaksordningene.

Avgiftsfritakene omfatter store grupper av elektrisitetsforbrukere. Rundt 45 % av det samlede elektrisitetsforbruket og rundt 70 % av elektrisitetsforbruket i samtlige næringer i Norge er således avgiftsfritt. For 2002 utgjorde de tapte inntektene som følge

²⁶ 99 % av elektrisitetsproduksjonen i Norge foregår på denne måten, jf. Facts 2002, s. 26.

²⁷ Facts 2002, s. 26-29.

²⁸ 6-7 TWh for 2001, Facts 2002, s. 110.

av fritaksordningen for visse næringer ca. 4,6 milliarder kroner.²⁹ Sammen med de miljø- og forsyningsmessige hensynene bak hovedregelen om avgiftsplikt, tilsier dette at de hensynene som kan begrunne unntak fra avgiftsplikten må gjøre seg gjeldende med en viss styrke.

For industrien, og da særlig den kraftkrevende industrien,³⁰ utgjør elektrisitetskostnader en betydelig andel av bedriftenes produksjonskostnader. I sin korrespondanse med ESA i forbindelse med elavgiftsaken, uttalte Finansdepartementet følgende:

“If a full tax rate were to be imposed on energy-intensive manufacturing industries, it would cause increases in production costs and subsequent decreases in profitability that most likely would imply close-downs of many production units.”³¹

Det viktigste hensynet bak fritaket for elavgift er derfor at fritakene skal veie opp for *tapt konkurransevne*. I motsetning til den alminnelige bedriftsbeskatningen, som beregnes av bedriftens overskudd, innebærer elavgiften en ren merkostnad i produksjonsbudsjettet. En slik økning vil nødvendigvis gjenspeile seg i prisene på produktene. Dette gjør at de norske produktene stiller svakere i konkurransen mot produkter som er produsert på en billigere måte i utlandet. Konsekvensen av manglende etterspørsel kan bli nedleggelse av arbeidsplasser og dertil hørende arbeidsledighet. Elavgiftsfritaket tar sikte på å hindre dette. Når det særlig gjelder den kraftkrevende industrien, er denne også lokalisert i distriktene der tilgangen på kraft er størst. Dermed blir også *distriktpolitiske hensyn* viktige begrunnelser for fritaket fra elavgift.

b. Andre miljøavgifter

Utslipp av CO₂ og SO₂ som følge av forbrenning av mineralolje er i større grad enn elektrisitetsforbruk en direkte miljøtrussel.³² Gjennom Gøteborg- og

²⁹ Tall fra ESAs vedtak nr. 149/02/COL, publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 8, 2003, s. 4.

³⁰ Med “kraftkrevende industri” siktes det særlig til produsenter av primæraluminium, ferrolegeringer og kjemiske råvarer.

³¹ Finansdepartementets brev til ESA av 31. januar 2002, pkt. 4. Se også uttalelsene i NOU 1996:9, pkt. 9.3.1.

³² Se NOU 1996:9 og St. prp. nr. 54 (1997-1998) for en bred redegjørelse for begrunnelsen for CO₂- og SO₂-avgiftene og fritakene for disse.

Kyotoprotokollene³³ har norske myndigheter forpliktet seg folkerettslig til å redusere utslippene av CO₂ og SO₂. En viktig begrunnelse for CO₂- og SO₂-avgiftene er derfor *internasjonale forpliktelser*. Avgiftsinstrumentet gir private aktører incitament til å redusere sine utslipp ved at de sparer utgifter. Dermed overholder staten forpliktelsene i henhold til de internasjonale reglene.

De andre miljøavgiftene er også miljømessig begrunnet: Grunnavgiften på fyringsolje ble innført for å unngå en miljømessig uheldig overgang fra bruk av elektrisitet til fyringsolje til oppvarming som følge av økningen av elavgiften i 1999.³⁴ Avgiften på sluttbehandling av avfall skal prise miljøkostnadene ved sluttbehandling av avfall og stimulere til avfallsminimering.³⁵

Fritaket fra CO₂- og SO₂-avgifter er som nevnt betinget av at utslippet av karbon/svovel er mindre enn karboninnholdet/svovelinholdet i de benyttede avgiftsbelagte produkter skulle tilsi. Dette gir de avgiftspliktige incitament til å investere i ny og mer miljøvennlig teknologi for å redusere utgiftene sine. På denne måten får virksomhetene mulighet til å *opprettholde konkurranseevnen*, samtidig som de krav som følger av internasjonale forpliktelser overholdes. Når det gjelder treforedlings- og sildemelindustriens fritak for grunnavgift på fyringsolje, er dette også begrunnet med *konkurransmessige hensyn*: treforedlings- og sildemelindustrien er storforbrukere av fyringsolje, og full avgiftssats vil derfor medføre en betydelig økning i produksjonskostnadene i disse sektorene.

Etter dette kan det generelt sies at mens hovedreglene om miljøavgifter er miljømessig begrunnet, tar unntakene sikte på å nøytralisere de konkurransmessige effektene av avgiftsplikten.

³³ Gothenburg Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-Level Ozone, av 30. november 1999 og Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, av 11. desember 1997.

³⁴ Se Elavgiftsrapporten s. 32.

³⁵ Se pkt. 3 i Vedlegg I til St. meld. nr. 1 (2001-2002).

2.1.2.2 Begrunnelsen for reglene om arbeidsgiveravgift

Som nevnt er arbeidsgiveravgiften en form for direkte beskatning. Slike direkte skatter er hovedsakelig *fiskalt* begrunnet; hovedformålet er å skaffe staten inntekter til å finansiere offentlige utgifter. I tråd med dette bestemmer ftrl. § 23-1 uttrykkelig at formålet med arbeidsgiveravgiften er å dekke bl.a. statens utgifter til trygdeytelser. Avgiftsplikten kan dessuten ses på som utslag av fordelings- og rettferdighetshensyn: utgiftene til trygdeytelsene deles mellom det offentlige via tilskudd (ftrl. §§ 23-9 og 23-10), arbeidstakerne via medlemsavgift (trygdeavgift, ftrl. § 23-3), og arbeidsgiverne via arbeidsgiveravgift etter lovens § 23-2. Det er rettferdig at byrdene fordeles mellom partene i arbeidslivet. Arbeidsgiveravgiften benyttes altså i motsetning til miljøavgiftene ikke for å påvirke private aktørers handlemåter.

Selv om avgiftsplikten er rettferdig og viktig for å finansiere folketrygden, kan den imidlertid også ha sine baksider. Et problem kan være at arbeidsgiverne overvelter kostnadene ved avgiftene på arbeidstakerne i form av lavere lønninger, eller på forbrukere i vid forstand i form av høyere priser på produktene. Høye priser kan i sin tur medføre at bedriftenes konkurransevne svekkes, noe som kan ha nedleggelse av arbeidsplasser og økt arbeidsledighet som konsekvens. Dette kan igjen føre til økte trygdeutgifter i form av arbeidsledighetstrygd etter ftrl. kap. 4. Denne onde sirkelen kan begrunne redusert arbeidsgiveravgift generelt, men er ikke tilstrekkelig til å begrunne den *geografiske* differensieringen av avgiften.

Et annet problem med avgiftsplikten er at når skatten på arbeidskraft er høyere enn skatten på kapitalutstyr (maskiner), vil prissettingen på innsatsfaktorene i produksjonen ved at maskinell arbeidskraft priser ut manuell arbeidskraft.³⁶ På denne måten kan arbeidsgiveravgiften medføre økt arbeidsledighet. Som utgangspunkt virker dette generelt for hele landets produksjon, men siden andelen av arbeidsintensiv produksjon er forholdsvis større i distriktene enn kapitalintensiv produksjon³⁷, blir virkningene av avgiftsplikt på manuell arbeidskraft relativt sett større i distriktene enn i

³⁶ Se *Hatland*, s. 142.

³⁷ Arbeidskrevende næringer som fiskeri og reiseliv er for eksempel i stor grad lokalisert i distriktene. Kapitalintensive næringer er på den annen side i større grad lokalisert i mer sentrale områder.

sentrale strøk. Differensiering av avgiften kan dermed brukes for å demme opp for slike virkninger.

Den viktigste begrunnelsen for den geografiske differensieringen av avgiften, er imidlertid den muligheten differensieringen gir til å *styre etterspørselen av arbeidskraft* til bestemte deler av landet. Ved å prissette arbeidskraften lavere i enkelte deler av landet, skapes det incitamenter til etablering av bedrifter, og dermed arbeidsplasser, i disse områdene. Differensieringen motvirker dessuten utflytting av bedrifter, ved at lønnsomheten ved å legge virksomhetene til et annet sted reduseres.

Avgiftsdifferensieringen kan dermed brukes som et politisk virkemiddel for å sikre sysselsetting i distriktene. Da arbeidsgiveravgiften ble gjort geografisk differensiert i 1975, var det således dette hensynet som stod sentralt.³⁸ I følge Kommunal- og regionaldepartementet er hovedmålsetningen i norsk regionalpolitikk å opprettholde spredt bosetting, og allerede i 1976 ble den geografiske differensieringen av arbeidsgiveravgiften vurdert som hensiktsmessig for å nå denne målsettingen.³⁹ Høsten 2001 ble det oppnevnt et utvalg for å vurdere effektene av statlig innsats for regional utvikling og distriktpolitiske mål ("Effektutvalget"). I en delrapport fra dette utvalget er en av konklusjonene at differensieringen av arbeidsgiveravgiften fremdeles egner seg godt som *distriktpolitisk virkemiddel*.⁴⁰

³⁸ Se NOU 1975:2.

³⁹ Se NOU 1976:36.

⁴⁰ Se rapporten *Regionale og distriktpolitiske effekter av differensiert arbeidsgiveravgift*, av desember 2002.

2.2 De relevante EØS-rettslige reglene og begrunnelsen for disse

2.2.1 EØS-reglenes relevans for avgiftsspørsmål

I motsetning til EU omfatter ikke EØS-samarbeidet harmonisering på skatte- og avgiftsområdet.⁴¹ Etersom skattepolitikken faller utenfor EØS-avtalen, får ikke EUs direktiver og forordninger på skatte- og avgiftsrettens område virkning i Norge. Dette innebærer at medlemsstatene som utgangspunkt står fritt til å utforme sin nasjonale skatte- og avgiftspolitik.

Noe mer enn et utgangspunkt er dette likevel ikke. Avgiftspolitikken kan ha virkninger som innebærer brudd på EØS-avtalens regler om de fire friheter og konkurranse, herunder statsstøtteregeverket. EF-domstolen har således med økende intensitet de siste 10-15 år avsagt dommer der nasjonale skatteregler anses å være i strid med de fire friheter eller statsstøtteregevene. EØS-avtalen har likelydende bestemmelser, og dermed får EF-domstolens praksis også virkning for EØS-avtalen (se nedenfor).

Avgiftsspørsmål er dermed ikke uten relevans for EØS-avtalens statsstøtteregever.

Ved siden av at medlemsstatene i økende grad har brukt skatte- og avgiftsfritak som politisk virkemiddel, har fellesskapsorganenes fokus på slike incitament er også bakgrunn i EUs ønske om å dempe skadevirkningene av skattekonkurranse medlemsstatene imellom.⁴²

2.2.2 Relevante EØS-rettslige kilder på statsstøtteområdet

Det sentrale utgangspunktet i EØS-avtalens statsstøtteregever er traktatteksten i EØS art. 61 nr. 1. Dersom en støtteordning oppfyller vilkårene i bestemmelsen, er

⁴¹ Dette følger av at avtalen er begrenset til å omfatte de fire friheter, konkurranseregler og noen særskilt oppregnede områder i EØS-avtalens del V. I Traktat om opprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskap av 25. mars 1957 (*EF-traktaten*) er det bestemmelser om harmonisering av direkte og indirekte skatter i art. 95 – 99. På EU-nivå er det dessuten nå politisk enighet om å innføre et energiskattedirektiv (se EFT 1997 C 139/14). Direktivet innebærer at foretakene innen EU-området skal betale en standard minste energiavgift. Over denne minstesatsen kan statene fortsatt bestemme sitt eget avgiftsnivå, og differensiere uten å komme i konflikt med statsstøttebestemmelsene. Direktivet er planlagt vedtatt med virkning fra 1. januar 2004.

⁴² Se nærmere *Pinto* (1999), s. 295.

utgangspunktet at ordningen er uforenlig med EØS-avtalen.⁴³ Bestemmelsene i EØS art. 61 nr. 2 og 3 gir imidlertid ESA henholdsvis obligatorisk og diskresjonær kompetanse til å godkjenne støtteordninger som er ulovlige etter EØS art. 61 nr. 1. Det er i tillegg til dette gitt materielle regler i vedlegg XV til EØS-avtalen, og prosessuelle bestemmelser i EØS art. 62 og 64. Traktatbestemmelsene må dessuten suppleres av protokollene 26 og 27 til EØS-avtalen og protokoll 3 til ODA-avtalen. Tolkningen av EØS art. 61 må videre skje på bakgrunn av de likelydende bestemmelsene i EF art. 87 – 89.⁴⁴ Det følger av fjerde ledd i EØS-avtalens fortale at EØS-samarbeidet skal være *dynamisk og ensartet*. Dette innebærer at EØS-bestemmelsene skal tolkes på samme måte som den underliggende EF-retten, slik den er kommet til uttrykk *før og etter* inngåelsen av EØS-avtalen, jf. også EØS art. 6 og ODA art. 3 nr. 2.⁴⁵

Traktattekstenes vaghet gjør andre rettskildefaktorer sentrale. Gjennom EØS art. 62 nr. 1 bokstav b) er ESA gitt kompetanse til å overvåke og granske støtte gitt av EFTA-statene. I henhold til nr. 2 i samme bestemmelse skal denne kompetansen utøves i samarbeid med EF-kommisjonen. Når ESA i tillegg er gitt vid skjønsmessig kompetanse til å godkjenne støtteordninger etter EØS art. 61 nr. 3, tilsier dette at ESAs og Kommisjonens praktisering av regelverket får betydning for tolkningen av statsstøtteregele. ESA har også utstedt retningslinjer for tolkning og anvendelse av EØS art. 61 og 62, samt protokoll 3 til ODA-avtalen.⁴⁶ Retningslinjene er formelt sett ikke juridisk bindende, men for overvåkningsorganet selv har de en viss rettskildemessig vekt. Det har formodningen mot seg at organet ikke følger sine egne retningslinjer, og prinsippene om likebehandling og beskyttelse av den berettigede forventning⁴⁷ tilsier at ESA fører en konsekvent politikk. Retningslinjene bygger endelig i betydelig grad på praksis fra EF-domstolen. I slike tilfelle er det i alle fall liten

⁴³ Rent formelt er imidlertid ikke støtten forbudt før ESA har tatt stilling til spørsmålet, se *Kaasen* (2000), s. 93.

⁴⁴ Tidligere art. 92 – 94. Nummereringen ble endret ved Amsterdamtraktaten av 2. oktober 1997.

⁴⁵ Se bl.a. Rt. 2002 s. 391 (“God Morgon”) og Rt. 1997 s. 1954. For en nærmere redegjørelse for tolkningsdirektivet i EØS art. 6 og bestemmelsen i ODA art. 3, se *EØS-rett*, s. 73-75 og s. 161-167.

⁴⁶ Retningslinjene er gitt gjennom vedtak nr. 4/94/COL, publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 32 1994, med hjemmel i ODA art. 24, annet ledd, jf. art. 5 nr. 2 bokstav b).

⁴⁷ For en generell redegjørelse for disse prinsippene, se bl.a. *Craig* (2003), s. 380 flg.

grunn til å fravike retningslinjene, med mindre andre og mer autoritative kilder tilsier noe annet.

Den klart viktigste rettskildefaktoren utenom traktatteksten selv er likevel rettspraksis fra EFTA-domstolen og EF-domstolen. Bestemmelsene i ODA art. 31 og 36 innebærer at det vil være EFTA-domstolen som har det siste ordet i statsstøttesaker der EFTA-statene er involvert.⁴⁸ EFTA-domstolen har imidlertid truffet få avgjørelser på statsstøtteområdet. EF-domstolen er i så måte viktigere, da det her foreligger en relativt omfattende rettspraksis om statsstøttereglene i EF-traktaten. Tolkningsdirektivet i EØS art. 6, sammenholdt med retningslinjen i ODA art. 3 nr. 2 og hensynet til et ensartet EØS, innebærer at EF-domstolens praksis har direkte relevans som rettskildefaktor ved tolkningen av EØS-avtalen.

Fra 1988 har det også vært en egen Førsteinstansdomstol i EF, opprettet med hjemmel i EF art. 225. Denne domstolen har også kompetanse i statsstøttesaker, og dens praksis er derfor relevant ved tolkningen av *EF-traktatens* statsstøtteregelverk. I *Skotsk Laks-saken*⁴⁹ uttalte EFTA-domstolen at tolkningsdirektivet i EØS art. 6 også gjelder rettspraksis fra Førsteinstansretten. Følgelig er dens praksis også relevant ved tolkningen av statsstøttereglene i *EØS-avtalen*.

Hva gjelder de nasjonale domstoler, er utgangspunktet at disse ikke har kompetanse til å prøve om et støttetiltak er forenlig med EØS art. 61. Denne kompetansen tilligger ESA eksklusivt, jf. protokoll 3 til ODA-avtalen, art. 1 nr. 2.⁵⁰ Dette innebærer at nasjonale

⁴⁸ Det gjelder likevel en reservasjon når det gjelder ESAs hensiktmessighetsskjønn etter EØS art. 61 nr. 3. Som utgangspunkt kan ikke EFTA-domstolen overprøve dette skjønn, med mindre det foreligger myndighetsmisbruk, jf. ODA art. 36, første ledd. Se nærmere *EU-Karnov 2001*, bind I, s. 1030, andre spalte, hva gjelder den likelydende bestemmelsen i EF art. 87 nr. 3.

⁴⁹ Sak E-2/94, *Scottish Salmon Growers Association Ltd. mot EFTA Surveillance Authority*, EFTA Court Report [1994-95] 59, premissene 12 og 13.

⁵⁰ Se sak E-1/00, *State Debt Management Agency mot Íslandsbanki-FBA hf.*, EFTA Court Report [2000-2001] 10, premiss 37. En annen sak er at nasjonale domstoler har en viktig rolle når det gjelder å kreve tilbake ulovlig utbetalt støtte, jf. protokoll 3 til ODA-avtalen, art. 1 nr. 3 og lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117, § 3. "Ulovlig utbetalt" omfatter også overtredelse av meldeplikten etter protokoll 3 til ODA-avtalen, art. 1 nr. 3. I slike tilfeller må de nasjonale domstoler nødvendigvis ta stilling til om støtten er forenlig med EØS art. 61. Nasjonale domstoler kan dessuten trolig treffe midlertidige

domstolers praksis ikke kan være relevant som rettskildefaktor ved tolkningen av statsstøttereglene.

Dette kan allerede sides å følge av at EØS-avtalen etablerer et system med EFTA- og EF-domstolene som øverste tvisteløsningsorganer, og hensynet til rettshomogenitet tilsier at fellesskapsdomstolene neppe vil føle seg bundet av nasjonal rettspraksis.⁵¹

2.2.3 Begrunnelsen for EØS-rettens statsstøtteregler

I fjerde ledd av EØS-avtalens fortale heter det at EØS-samarbeidet skal “(...) *bidra til verdensomspennende handelsliberalisering og samarbeid, på grunnlag av markedsøkonomi*”. Det samme ligger til grunn for EF-traktaten, se for eksempel fjerde og sjette ledd i EF-traktatens fortale. Valget av markedsøkonomi som samfunnsform bygger på forutsetninger om at samfunnets ressurser utnyttes mest mulig rasjonelt under et system med *fri konkurranse*.⁵² Det vil si et system med et variert tilbud av varer og tjenester der prisfastsettelsen bestemmes av markedsmekanismene. En optimal allokering av ressursene under en markedsøkonomisk samfunnsform forutsetter imidlertid at konkurransen er *virksom*, hvilket bl.a. innebærer at aktørene opptrer på like vilkår. Dersom statene behandler noen aktører mer fordelaktig enn andre, ved å gi enkelte markedsaktører økonomisk støtte, slår ikke denne forutsetningen til. Støtten kan imidlertid være nødvendig for å styrke produktiviteten på et marked, og dette må generelt sett anses gunstig for økonomien.

Problemet oppstår når medlemsstatene gir støtte til markedsaktører som ikke lenger har muligheter til å overleve i en rettferdig konkurranse. Dette kan forstyrre den frie konkurransen ved at aktører som utnytter sine ressurser effektivt taper i konkurransen med aktører som mottar støtte. Slik hindres en optimal allokering av samfunnets ressurser, ved at produksjonen ikke skjer der den tar minst ressurser. Dette kan ha store virkninger i arbeidsmarkedet ved at bedriftene søker å etablere seg i stater som tilbyr mest statsstøtte og ved at subsidierte produkter fra en medlemsstat utkonkurrerer

forføyninger der de prejudisielt tar stilling til forbudet i EØS art. 61 nr. 1, se nærmere *EU-Karnov 2001*, bind I, s. 1034-1035 og *Hammer* (2000), s. 27.

⁵¹ Se nærmere *Arnesen* (1995), s. 66-67.

⁵² Se *EØS-rett*, s. 283.

innenlandsk produksjon.⁵³ Isolert sett kan dette hindres ved at også andre stater gir støtte, men dette vil kunne medføre et støttekappløp som innebærer økte utgifter for medlemsstatene og økt konkurransevridning.⁵⁴ I tillegg til dette, kan statsstøtte også brukes mer generelt som et proteksjonistisk instrument.⁵⁵ Støtten kan således ha samme virkninger på konkurransen som importrestriksjoner, ved at innenlandske produkter favoriseres fremfor produkter tilvirket av utenlandske foretak som ikke mottar støtte.

En viktig oppgave for EØS-retten er derfor å hindre dette ved å *sikre konkurranse på like vilkår*. Dette kommer generelt til uttrykk gjennom femte ledd i EØS-avtalens fortale, og mer spesifikt i EØS art. 1 nr. 2, bokstav e):

“For å nå de mål som er satt i nr. 1, skal samarbeidet i samsvar med bestemmelsene i avtalen omfatte:
opprettelse av et system som sikrer at konkurransen ikke vris, og at reglene overholdes på samme måte, (...)”

Statsstøttereglene i EØS Del IV, kap. 2 tar sikte på å ivareta dette formålet. Reglene skal sørge for like konkurransevilkår ved at statene ikke forskjellsbehandler markedsaktørene:

“Formålet med artikkel 92 [87] er at hindre, at samhandelen mellom medlemsstatene påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner”.⁵⁶

Enkelte samfunnsmessige målsetninger, som for eksempel distriktpolitiske hensyn og miljøvern, kan imidlertid ikke alltid realiseres ved hjelp av markedsmechanismene (markedssvikt). Dette kan nødvendiggjøre statsinngrep, for eksempel ved bruk av incitament som avgiftsfritak.⁵⁷ Hensynet til effektiv konkurranse må derfor veies mot

⁵³ Se *Europakommisjonen, Report on Competition Policy*, (1981) pkt. 179, (1982), pkt. 158 og (1988) pkt. 164.

⁵⁴ Se *EU-Karnov 2001*, bind I s. 1013, første spalte.

⁵⁵ Se *Wishlade* (2003), s. 1.

⁵⁶ Sak 173/73, *Italia mot Kommisjonen* (“Tekstilsaken”), Sml. 1974 s. 709, premiss 26.

⁵⁷ Se *Eide* (1999), s. 61.

andre samfunnsmessige konsekvenser av manglende støtte.⁵⁸ Dette er bakgrunnen for unntaksreglene i EØS art. 61 nr. 2 og 3.

⁵⁸ *Lund* (2002), s. 24.

3 Avgiftsfritak og statsstøttereglene i EØS art. 61 nr. 1

3.1 Innledning

Den overordnede problemstillingen i fremstillingen videre blir hvordan støtteordninger i form av avgiftsfritak forholder seg til de enkelte vilkårene i hovedregelen om statsstøtte i EØS art. 61 nr. 1. Dette vil skje gjennom en analyse av de rettskildefaktorene som knytter seg til bestemmelsen, jf. pkt. 2.2.2 ovenfor.

3.2 Generelt om vilkårene i EØS art. 61 nr. 1

Etter sin ordlyd oppstiller EØS art. 61 nr. 1 fire kumulative vilkår for at det skal foreligge statsstøtte i EØS-rettslig forstand.⁵⁹ For det første må det foreligge støtte, og denne må være gitt av medlemsstatene eller av statsmidler i enhver form (*støttevilkåret*).

Med “støttevilkåret” sikter jeg altså til to størrelser. Støttevilkåret benyttes dermed i en videre betydning enn det snevrere *støttebegrepet*, som sikter til det første elementet i støttevilkåret (det må foreligge støtte).

Videre må denne støtten være spesifikk, ved at den begunstiger enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer (*selektivitetsvilkåret*), og den må vri eller true med å vri konkurransen (*konkurransesvridningsvilkåret*). Endelig er det et vilkår at støtten må påvirke samhandelen mellom EØS-statene (*samhandelsvilkåret*).⁶⁰

Dersom alle⁶¹ disse vilkårene er oppfylt, er støtteordningen “uforenlig” med EØS-avtalens funksjon. Dette innebærer at slik støtte er forbudt, dvs. at dersom statene yter slik støtte uten godkjenning fra ESA, vil det innebære traktatbrudd som kan påtales etter bestemmelsen i art. 1 nr. 2 i protokoll 3 til ODA-avtalen. Når det gjelder

⁵⁹ Se pkt. 1.1 ovenfor.

⁶⁰ Systematikken med hensyn til vilkårene varierer både i juridisk teori og rettspraksis. Det har således vært vanlig å systematisere statsstøttebestemmelsen slik at den har enten tre, fire eller fem vilkår, se *Bacon* (2003) s. 54 og 55. Tradisjonelt har det vært mest vanlig å operere med fire vilkår, og jeg velger denne systematikken. Systematikken har ingen rettslige konsekvenser.

⁶¹ Dette utelukker at en ordning med *tilsvarende virkning* som ulovlig støtte karakteriseres som statsstøtte dersom et av vilkårene ikke er tilstede, se sak 290/83, *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1985 s. 439, sml. EØS art. 10-12.

medlemsstatenes notifikasjonsplikt overfor ESA om planlagte støtteordninger, jf. art. 1 nr. 3 i protokoll 3 til ODA-avtalen, er det tilstrekkelig at kun *støttevilkåret* er oppfylt.⁶²

I det følgende vil jeg ta for meg hvert av de fire vilkårene, og drøfte hvorvidt avgiftsfritak generelt sett kan rammes av bestemmelsen i EØS art. 61 nr. 1.

⁶² Se *Karnov 2001*, s. 1014, pkt. 3.2. Notifikasjonsplikten vil imidlertid også gjelde der det er rimelig tvil om det foreligger støtte, se sak C-301/87, *Frankrike mot Kommisjonen* (“Boussac”), Sml. 1990 s. I-307.

4 Støttevilkåret

4.1 Generelt om støttevilkåret

4.1.1 Innledning

Ordlyden i EØS art. 61 nr. 1, “støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form”, er svært generell. En tolkning basert på ordlyden alene tilsier at enhver støtte gitt av medlemsstatene faller inn under begrepet. Bestemmelsens generelle utforming innebærer at den gir få holdepunkter ved den nærmere fastleggelsen av vilkårets innhold. Det gis for eksempel ingen legaldefinisjon av begrepet “støtte”.⁶³ Årsaken til manglende presisjon på dette punkt, er behovet for en fleksibel regel som skal kunne tilpasses utviklingen i fellesskapets politikk og medlemsstatenes praksis, jf. målsetningen i femte ledd i EØS-avtalens fortale om et dynamisk EØS. En presis definisjon ville dessuten oppfordret medlemsstatene til kreative omgåelser av regelverket.⁶⁴ En viss veiledning ved den nærmere avgrensningen gir imidlertid statsstøttebestemmelsens formål, og i følge EF-domstolens praksis er det med utgangspunkt i formålet at det nærmere innholdet av støttevilkåret må fastlegges.⁶⁵

Materielt sett krever støttevilkåret for det første at det må foreligge “støtte” (støttebegrepet), og for det annet at denne støtten må ytes av medlemsstatene eller av statsmidler i enhver form. En slik todeling vil disposisjonsmessig sett bli benyttet i det følgende.

4.1.2 Støttebegrepet

I tråd med utviklingen i medlemsstatenes praksis, har fellesskapsorganene til grunn et vidt og fleksibelt støttebegrep. Det avgjørende for om den konkrete ordningen faller inn under regelverket, er således ikke støttens form eller begrunnelse, men dens

⁶³ Kommisjonen utga imidlertid allerede i 1963 en liste over foranstaltninger som kunne representere “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. Denne er også senere utvidet, se *Vaughan* (1986), pkt. 7.03 med videre henvisninger. Den fleksible standarden i EØS art. 61 nr. 1 og EF art. 87 nr. 1 innebærer likevel at slike lister ikke kan anses uttømmende.

⁶⁴ Se *Schina* (1987) s. 13.

⁶⁵ Se bl.a. sak 173/73, *Italia mot Kommisjonen* (“Tekstilsaken”), Sml. 1974 s. 709, premissene 29 til 35.

virksomheter.⁶⁶ Medlemsstatene kan derfor ikke argumentere med at støtteordningen faller utenfor regelverket fordi intensjonen med ordningen har vært å oppnå et samfunnsmessig sett “godt” formål.⁶⁷ Et slikt skille mellom støtteordningens formål og virkning sikrer reglens effektivitet, idet medlemsstatene ellers kunne påberope seg ethvert prisverdig formål for å unngå regelverket. Dessuten gjøres håndhevelsen av reglene lettere når overvåkningsorganene ikke behøver å se hen til subjektive motiver hos medlemsstatenes myndigheter. Når tiltaket er politisk motivert, kan ordningen på den annen side godkjennes dersom det objektivt sett har kommersielle virkninger.⁶⁸

I juridisk teori⁶⁹ er det likevel uttalt at formålet bak støtteordningen ikke nødvendigvis er irrelevant i alle saker. Der overvåkningsorganene må vurdere et støttetiltak før tiltaket er iverksatt, kan det være vanskelig å fastslå de eksakte virkningene. I slike tilfeller vil formålet være relevant som et moment i vurderingen av støtten. Tiltak som har sosiale eller økonomiske formål vil således lettere bli klassifisert som statsstøtte enn rent kommersielt begrunnede tiltak. Formålet er videre sentralt ved vurderingen av om støtten er selektiv, jf. kap. 5 nedenfor, og ved vurderingen av om støtten skal godkjennes etter EØS art. 61 nr. 2 og 3.

En språklig forståelse av begrepet “støtte” tilsier at tiltaket må gi støttemottakeren en fordel, og den fellesskapsrettslige og konkurranserettslige konteksten tilsier at fordelene må kunne måles i penger. EF-domstolen har da også slått fast at støttebegrepet omfatter ytelser av enhver art som innebærer en *økonomisk fordel* for mottakeren.⁷⁰ I dette begrepet ligger det en avgrensning mot ytelser som støttemottakeren yter *vederlag* for. Gjensidighetsytelser faller dermed utenfor støttebegrepet. Det er likevel ikke tilstrekkelig for å komme utenfor støttebegrepet at det offentlige oppebærer en ytelse som er lavere enn markedspris. I slike tilfeller vil det foreligge en fordel for differansen

⁶⁶ Se bl.a. sak C-387/92, *Banco Exterior de España mot Ayuntamiento de Valencia*, Sml. 1994 s. I-887, premiss 13.

⁶⁷ Se bl.a. *Tekstilsaken*, premiss 17.

⁶⁸ Se for eksempel sak C-56/93, *Belgia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. I-723.

⁶⁹ Se *Quigley* (2003), s. 6. Det pågår dessuten en teoretisk diskusjon om fellesskapsdomstolens nyeste praksis innebærer en mer formalistisk tilnærming til statsstøttebestemmelsen, se nærmere *Hancher* (2003).

⁷⁰ Se for eksempel sak C-75/97, *Belgia mot Kommisjonen* (“Maribel bis/ter”), Sml. 1999 s. I-3671, premissene 23 og 24.

mellom støttebeløpet og mottakerens ytelse.⁷¹ Den nærmere avgrensningen av vederlagselementet kan imidlertid by på problemer. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor under pkt. 4.2.2.

Etter dette kan hovedinnholdet i støttebegrepet sammenfattes til å omfatte *enhver vederlagsfri økonomisk fordel*.

4.1.3 Støtten må ytes av medlemsstatene eller av statsmidler i enhver form

Støttevilkåret krever videre at støtten må være gitt av medlemsstatene eller “*av statsmidler i enhver form*”, jf. EØS art. 61 nr. 1. Dette innebærer bl.a. at støtte som er gitt av fellesskapsorganene selv eller støtte gitt av private midler ikke omfattes av statsstøtteforbudet i EØS-avtalen.

At forbudet ikke omfatter støtte som er gitt av private *midler*, utelukker imidlertid ikke at forbudet kan omfatte støtte som er gitt gjennom private *rettssubjekter*, men av offentlige midler. Traktattekstens sontring mellom støtte gitt av staten og statsmidler i enhver form, har nemlig som funksjon å fange opp tilfeller der støtten ikke er ytet direkte gjennom staten, men der staten har delegert denne myndigheten.⁷² På den annen side er det ikke noe krav at midlene til enhver tid kan disponeres av staten, så lenge midlene forvaltes av et offentlig organ, slik tilfellet for eksempel er der det offentlige forvalter private midler gjennom fonds. Dette ble av Førsteinstansretten i *Air France-saken* formulert slik:

“Bestemmelsen omfatter således alle økonomiske midler, som den offentlige sektor faktisk kan anvende til at støtte virksomheder, uden at det har nogen betydning, om disse midler permanent er en del af den pågældende sektors formue”.⁷³ Denne rettsoppfatningen er senere bekreftet av EF-domstolen i *Ladbroke-saken*.⁷⁴

⁷¹ Se til illustrasjon sak T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. II-139, premiss 72.

⁷² Se bl.a. forente saker C-52-54/97, *Viscidio m. fl mot Ente Poste Italiane*, Sml. 1998 s. I-2629, premiss 13.

⁷³ Sak T-358/94, *Compagnie nationale Air France mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. II-2109, premiss 67.

⁷⁴ Sak C-83/98, *Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd. og Kommisjonen*, Sml. 2000 s. I-3271, premiss 50.

En ren bokstavfortolkning av ordlyden i EØS art. 61 nr. 1 gir tilsynelatende ikke grunnlag for å oppstille et vilkår om at ordningen må innebære en økonomisk byrde for staten. Det hersker imidlertid liten tvil om at det er et minstevilkår at offentlige midler er belastet; støtten må være finansiert av statsmidler. Dette fremgår av fast og langvarig praksis fra EF-domstolen.⁷⁵

På bakgrunn av denne rettspraksis har juridisk teori sammenfattet dette elementet i støttevilkåret slik at det ikke er nødvendig å sondre ettersom støtten ytes av staten eller av statlige eller private organer som er utpekt til å forvalte støtten. Det kreves imidlertid at støtten kan *tilskrives* staten; staten må på en eller annen måte ha medvirket til støtteordningen.⁷⁶

Etter å ha fastlagt hovedinnholdet i støttevilkåret, blir spørsmålet så hvordan avgiftsfritaksordninger forholder seg til dette. Problemstillingen blir for det første hvorvidt fritak fra avgifter innebærer at støttemottakeren får en økonomisk fordel han ellers ikke ville hatt. Dernest blir spørsmålet om avgiftsfritaket kan tilskrives staten.

4.2 Avgiftsfritak og støttebegrepet

4.2.1 Støtten må innebære en økonomisk fordel for mottakeren

Avgiftsfritak skiller seg fra det tradisjonelle subsidiebegrepet ved at det ikke skjer noen direkte overføring av statlige midler, men innebærer en mer indirekte form for støtte. Spørsmålet er om dette omfattes av statsstøttereglenes fordelsbegrep.

Når det gjelder arbeidsgiveravgifter og andre *direkte avgifter*, tok EF-domstolen tidlig stilling til dette spørsmålet. *Steenkolenkolenmijnensaken*⁷⁷ fra 1961 gjelder således støtte i form av fritak fra arbeidsgiveravgift. En nederlandsk organisasjon av

⁷⁵ For en oppsummering av denne praksis, se Sak C-482/99, *Frankrike mot Kommisjonen* ("Stardust"), Sml. 2002 s. I-4397, premiss 24.

⁷⁶ Stardust, premiss 52.

⁷⁷ Sak 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Den Høye Myndighet for Det europeiske Kull- og Stålfellesskap*, Sml. 1954-1964, s. 211.

kullgruvevirksomheter gikk til sak mot overvåkningsorganet under EKSF-traktaten⁷⁸ med påstand om at overvåkningsorganet skulle vedta at innføringen av et minearbeidertillegg i Tyskland skulle kjennes uforenlig med statsstøttereglene i EKSF-traktaten.

Avgjørelsen gjelder altså støttebegrepet i EKSF art. 4, bokstav c), men ordlyden i denne bestemmelsen er svært lik bestemmelsene i EF art. 87 nr. 1 og EØS art. 61 nr. 1.

Det skulle ikke betales arbeidsgiveravgift av dette tillegget, og ordningen innebar dermed et avgiftsfritak. Spørsmålet var om slik indirekte støtte falt inn under traktatens støttebegrep. EF-domstolen bekreftet dette, og uttalte:

“Støttebegrepet er (...) mere generelt end tilskudsbegrepet, fordi det ikke blot omfatter positive ydelser så som selve tilskudene, men ligeledes de indgreb, der under forskellige former *letter de byrder, som normalt belaster en virksomheds budget* [min uth.], og derved, uden at være tilskud i ordets egentlige forstand, er af samme art og har tilsvarende virkninger.”⁷⁹

EF-domstolen markerte altså tidlig at det fellesskapsrettslige støttebegrepet omfatter mer enn direkte støtte i form av tradisjonelle subsidier. Avgjørelsen er imidlertid gammel. Spørsmålet er dermed om en slik vid forståelse av støttebegrepet har festnet seg i fellesskapsretten.

Problemstillingen om støtte i form av fritak for arbeidsgiveravgifter faller inn under EF-traktatens støttebegrep, var igjen oppe for EF-domstolen i 1974, i *Tekstilsaken*.⁸⁰ Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt en reduksjon i arbeidsgiveravgiften fra 15 % til 10 % til fordel for virksomheter i den italienske tekstilindustrien kunne anses som statsstøtte i henhold til EF art. 87. Fritaket var fra italienske myndigheters side begrunnet med sosiale hensyn. De fleste av arbeidstakerne i tekstilsektoren var kvinner, og disse hadde gjennomsnittlig et høyere arbeidsfravær enn menn (bl.a. på grunn av omsorg for syke barn). EF-domstolen avfeide imidlertid at dette formålet gjorde at ordningen falt utenfor

⁷⁸ Traktat om opprettelse af Det europæiske Kul- og Stålfællesskab, av 18. april 1951.

⁷⁹ Sak 30/59, sml. 1954-1964 s. 211, på s. 217.

⁸⁰ Sak 173/73, sml. 1974 s. 709.

statsstøttebegrepet.⁸¹ I følge Domstolen var det relevante spørsmålet om fritaket hadde en slik *virkning*, at det innebar en fordel for de virksomhetene som var omfattet av ordningen. Retten kom til at dette var tilfellet, fordi avgiftsfritaket:

“(...) skal fritage virksomhederne inden for en særlig industrisektor for de pekuniære byrder, som følger af en normal anvendelse af det almindelige sociale forsorgssystem (...).”⁸²

Denne rettstilstanden er nå så innarbeidet, at det er uomtvistet at reduksjoner og fritak fra arbeidsgiveravgifter og andre direkte avgifter kan innebære støtte i fellesskapsrettslig forstand. Avgjørelsen om de belgiske arbeidsgiveravgiftsfritakene i *Maribel bis/ter-saken*⁸³ kan illustrere dette. I 1981 innførte myndighetene i Spania en såkalt “Maribel-ordning”, som innebar at arbeidsgivere i konkurranseutsatte sektorer som ansatte spesialarbeidere hadde rett til reduksjon inntil et visst beløp av arbeidsgiveravgiften for hver spesialarbeider de sysselsatte. Kommisjonen fant at dette innebar ulovlig statsstøtte, og saken kom opp for EF-domstolen etter klage fra den belgiske regjeringen. Det var i saken *uomtvistet* at fritakene innebar en fordel for mottakerne, og dermed var omfattet av støttebegrepet i EF art. 87, jf. dommens premisser 23 og 24.

Bakgrunnen for at fritak fra arbeidsgiveravgifter og andre sosiale avgifter på denne måten faller inn under støttebegrepet, er at slike avgifter er økonomiske byrder som enhver virksomhet normalt belastes med. Fritaket vil dermed innebære en økonomisk fordel, ved at utgiftene reduseres. En slik fordel forutsetter imidlertid at virksomhetene hadde vært avgiftspliktige dersom fritaket tenkes utelatt. Utgangspunktet for vurderingen av om et avgiftsfritak må karakteriseres som støtte i henhold til EØS art. 61 nr. 1, er derfor om det snakk om fritak fra en avgift som støttemottakeren *under normale markedsforhold er forpliktet til å betale*. Først da kan man si at mottakeren har oppnådd en fordel han ellers ikke ville hatt.

⁸¹ Se dommens premiss 28 og punkt 4.1.2 ovenfor.

⁸² Dommens premiss 33.

⁸³ Sak C-75/97, *Belgia mot Kommisjonen* (“Maribel bis/ter”), Sml. 1999 s. I-3671.

I denne forbindelse er det ikke avgjørende om støttemottakeren også tidligere har vært fritatt fra avgiftsplikten: Det innføres for eksempel en avgift, som enkelte foretak gis fritak fra. Myndighetene kan her ikke anføre at fritaket ikke innebærer en fordel kun fordi mottakeren heller ikke var forpliktet til å betale avgiften før avgiften ble innført.⁸⁴

Den utviklingen i EF-domstolens praksis som *Maribel bis/ter* viser, kan tyde på at når EF-domstolen finner at det foreligger et fritak fra arbeidsgiveravgifter og andre sosiale avgifter, tar den det for gitt at dette utgjør en fordel og at dette omfattes av begrepet “støtte” i EF art. 87. Det kan således synes som om det i den konkrete saken er tilstrekkelig å konstatere at avgiftsfritak generelt sett kan omfattes av fellesskapsrettens støttebegrep. Domstolens avgjørelse i *Maribel bis/ter* kan etter min mening likevel ikke tas til inntekt for en slik tolkning. Bakgrunnen for at EF-domstolen i saken kun konstaterte at ordningen innebar støtte, var at belgiske myndigheter ikke hadde bestridt dette. Domstolen trengte dermed ikke ta stilling til spørsmålet. Det må derfor undersøkes konkret om mottakeren har oppnådd en fordel ved fritaket. På den annen side vil det konkrete avgiftsfritaket som oftest innebære en fordel.

To nyere avgjørelser fra EF-domstolen viser at dette synet på avgiftsfritak som en fordel også gjør seg gjeldende for *indirekte avgifter* i form av miljøavgifter.

Saken *Italia mot Kommisjonen*⁸⁵ gjelder forbruksavgift på drivstoff. For skatteårene 1993 og 1994 innførte myndighetene i Italia en fradragssordning for italienske transportører på bakgrunn av at disse transportørene ble rammet av høyt avgiftsnivå i begynnelsen av 1990-årene. Skattefradraget var satt til en viss prosent av transportørens faktiske drivstoffutgifter, opp til et maksimumsbeløp. Ordningen innebar dermed reelt sett et avgiftsfritak. I 1996 fastslo Kommisjonen at denne ordningen innebar ulovlig statsstøtte, og den italienske regjeringen påklaget dette vedtaket til EF-domstolen. Et av spørsmålene som EF-domstolen måtte ta stilling til, var om fradragssordningen innebar støtte i fellesskapsrettslig forstand. For å besvare spørsmålet henviste EF-domstolen til avgjørelsen i *Steenkolenmijnensaken*, og viste til at skatte- og avgiftsfritak generelt sett

⁸⁴ Se sak C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) m. fl. mot La Poste m. fl.*, Sml. 1996 s. I-3547, premiss 60, og Generaladvokat Jacobs' forslag til avgjørelse i sak C-126/01, *GEMO* (verserende sak), premiss 77.

⁸⁵ Sak C-6/97, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-2981.

kunne omfattes av støttebegrepet i EF art. 87. Dette viser at EF-domstolens uttalelser i *Steenkolenmijnensaken* er generelle, og kan anvendes utenfor området for fritak fra direkte avgifter. På spørsmålet om den konkrete ordningen innebar støtte, uttalte EF-domstolen at når fradragssystemet innebar en lettelse i transportørens skattbyrde, var dette tilstrekkelig for å klassifisere fritaket som “støtte” i EF art 87s forstand.⁸⁶ Skattefradraget medførte at transportørene sparte utgifter, og dermed fikk de en økonomisk fordel av myndighetene.

Fritak fra forbruksavgifter på energi var også omtvistet i *Adria Wien-saken*.⁸⁷ I 1996 ble det vedtatt to lover i Østerrike om avgifter på elektrisitet og gass samt en lov om godtgjørelse for disse avgiftene. Sistnevnte lov ga vareproduserende virksomheter rett til godtgjørelse for energiavgiftene når avgiftene oversteg 35 % av verdien av konsumentens nettoproduksjon. Spørsmålet om denne godtgjørelsesordningen innebar statsstøtte i strid med EF art. 87 ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse i henhold til EF art. 234. Utgangspunktet for EF-domstolens avgjørelse av om godtgjørelsesordningen innebar “støtte” i EF art. 87s forstand, var rettsetningen fra *Steenkolenmijnensaken*. Domstolen konstaterte deretter på bakgrunn av tidligere praksis om reduserte energitariffer, at en slik godtgjørelsesordning ville innebære en fordel for de aktuelle virksomhetene:

“(…) Domstolen [har] allerede fastslået, at den omstendighet, at tariffen (...) er fastsat på et lavere nivå end det, som normalt ville være blitt valgt, kan være statsstøtte (...)”⁸⁸

Den praksis EF-domstolen særlig henviste til, var *Van der Kooy-saken*.⁸⁹ Denne saken gjelder ikke avgiftsfritak, men statlig salg av gass til reduserte priser. Det kan derfor reises spørsmål om det ikke hadde vært mer hensiktsmessig å henvise til *Italia mot Kommisjonen* fra 1999, siden denne saken mer direkte gjelder fritak fra miljøavgifter. Domstolen fant imidlertid ingen grunn til å skille mellom avgiftsfritak og salg av gass

⁸⁶ Premiss 16 og 17.

⁸⁷ Sak C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten*, Sml. 2001 s. I-8365.

⁸⁸ Premiss 39.

⁸⁹ Forente saker 67, 68 og 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m. fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 219.

til reduserte priser, ettersom *virkingen* ble den samme. Det avgjørende for EF-domstolen var således at støttemottakerne hadde hatt høyere energiutgifter dersom godtgjørelsesordningen ikke hadde eksistert. Godtgjørelsesordningen innebar dermed at støttemottakerne fikk en økonomisk fordel.

Etter dette hersker det ingen tvil om at også fritak fra miljøavgifter og andre indirekte avgifter kan innebære “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. På samme måte som fritak fra direkte avgifter, innebærer også fritak fra indirekte avgifter at de som omfattes av ordningene sparer utgifter som de ellers hadde blitt belastet. Mottakerne får dermed en økonomisk fordel. Domstolens generelle uttalelser i *Steenkolenmijnensaken*, og den tilslutning dette har fått gjennom senere praksis, gir dekning for å hevde at avgiftsfritak *generelt sett* kan omfattes av støttebegrepet i EØS art. 61 nr. 1.⁹⁰

Når det gjelder de *konkrete* sakene om fritakene fra de norske miljøavgiftene og den differensierte arbeidsgiveravgiften, er det på det rene at disse fritaksordningene innebærer en økonomisk fordel for de bedrifter som omfattes av ordningene. Det samlede omfanget av avgiftsreduksjonene og -fritakene knyttet til den differensierte arbeidsgiveravgiften, ble i 2002 anslått til å utgjøre i størrelsesorden 8 milliarder kroner brutto (inklusive offentlig sektor). Likeledes innebar fritaksordningene knyttet til elavgiften, CO₂-avgiften og SO₂-avgiften statlige skatteutgifter på til sammen ca. 7,5 milliarder kroner (ekskl. skatteutgifter som følge av det regionale fritaket fra elavgiften).⁹¹ Dette tilsvarer de sparte utgiftene for de som er omfattet av ordningene. Dersom det ikke hadde eksistert noen fritaksordninger, ville avgiftene vært utgifter som “belaster en virksomheds budget”.

⁹⁰ ESAs retningslinjer forutsetter også at avgiftsfritak kan innebære en slik økonomisk fordel for mottakerne at ordningen faller inn under støttebegrepet i EØS art. 61 nr. 1, se pkt. 17B.3.(1) Det samme er dessuten lagt til grunn i tilknytning til subsidiereglene i GATT/WTO-systemet, se *Schön*, (1999) s. 920 med videre henvisninger.

⁹¹ Tallene er hentet fra St. meld. nr. 1 (2002-2003), pkt. 4.6.2 og ESAs vedtak nr. 149/02/COL, EØS-tillegget til EFT nr. 8, 2003, s. 4, 5 og 8.

4.2.2 Fordelen må være vederlagsfri

I henhold til den generelle tolkning av støttebegrepet i EØS art. 61 nr. 1, er det imidlertid ikke tilstrekkelig at ordningen med avgiftsfritak gir støttemottakeren en økonomisk fordel. Bare dersom denne fordelene ikke motsvares av en etter markedsforholdene likeverdig ytelse, vil det være snakk om “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. Spørsmålet er så om dette reiser særlige problemer i forbindelse med avgiftsfritak.

4.2.2.1 “Lovtilpasning” og betaling av andre skatter og avgifter

Fra statenes side innrømmes avgiftsfritak først og fremst for å påvirke adferden til de som omfattes av ordningene. Som “motytelse” påtar støttemottakerne seg å tilpasse sin adferd til statens ønsker, for eksempel ved å legge bedriften et særskilt sted i landet. Det staten oppnår ved dette, kan imidlertid ikke karakteriseres som markedsmessig vederlag, men heller tilpasning til en rettsregel. Vederlagsbegrepet henspiller partenes gjensidige ytelsesplikt i kommersielle kontrakter. Det avgjørende ved avgiftsfritak uten noen form for vederlag er således at støttemottakerne ikke hadde oppnådd tilsvarende fordeler ved å tilby det samme vederlaget i et kommersielt kontraktsforhold.⁹² Det at støttemottakerne tilpasser seg lovgivningen og dermed påtar seg enkelte “forpliktelser” i forbindelse med avgiftsfritaket, er ikke tilstrekkelig.⁹³ Generelt sett kan derfor avgiftsfritakene ikke ses på som statens ytelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. I de konkrete sakene om differensiert arbeidsgiveravgift og miljøavgifter, kan det dermed ikke anføres at støttemottakerne betaler vederlag ved å oppfylle de betingelsene som stortingsvedtaket om arbeidsgiveravgiftene og særavgiftsforskriften oppstiller.

Jeg ser også bort i fra tilfeller som omfattes av EØS art. 59 nr. 2. I henhold til denne bestemmelsen skal “[f]oretak som er blitt tillagt oppgaven å utføre tjenester av almen økonomisk betydning” bare være undergitt fellesskapsretten “i den utstrekning anvendelsen av disse regler ikke rettslig eller faktisk hindrer dem i å utføre de særlige oppgaver som er tillagt dem”. Dersom slike foretak er tillagt tjenester ved lov, anses støtte som ytes for å kompensere for foretakenes omkostninger forbundet med å utføre deres lovpålagte oppgaver ikke å være i

⁹² Se *Hancher* (1999) s. 22.

⁹³ Se bl.a. premiss 54 i Generaladvokat Jacobs’ forslag til avgjørelse i sak C-241/94, *Frankrike mot Kommisjonen* (“Kimberly Clark”), Sml. 1996 s. I-4551.

strid med statsstøttereglene. Grensen mellom tilfeller som ikke anses som statsstøtte fordi støttemottakeren yter vederlag, og tilfeller som faller utenfor regelverket fordi EØS art. 59 nr. 2 får anvendelse, er likevel ikke skarp.⁹⁴ Sondringen har den praktiske konsekvens at statene i førstnevnte tilfelle ikke vil ha meldeplikt om ordningen til ESA. Dersom man på den annen side anser EØS art. 59 nr. 2 anvendelig, vil ordningen som sådan være meldepliktig statsstøtte, jf. EØS art. 62 og ODA protokoll 3 art. 1 nr. 1.

En måte å vurdere avgiftsfritakene på, kan være at støttemottakerne har betalt vederlag i form av at fritaksordningen finansieres med midler som det offentlige oppebærer som følge av skatte- og avgiftsinntekter fra støttemottakerne.⁹⁵ De som omfattes av reglene om differensiert arbeidsgiveravgift og fritak for miljøavgifter betaler for eksempel andre skatter og avgifter, og det kan dermed anføres at dette bidrar til å finansiere avgiftsfritakene. Spørsmålet er om dette synspunktet holder som argumentasjon for EF-domstolen.

*Steinikesaken*⁹⁶ er interessant i denne sammenheng. Saken gjelder en avgift alle tyske virksomheter ble pålagt til finansiering av et fond til å fremme omsetning og utnyttelse av tyske landbruks-, skogsbruks- og næringsmiddelindustriprodukter. Det tyske firmaet Steinike & Weinlig gikk til sak mot tyske myndigheter om lovligheten av avgiftsplikten, og begrunnet søksmålet bl.a. med at avgiftene var i strid med fellesskapsretten idet avgiftene gikk til finansiering av støtte uforenlig med EF art. 87. Et særlig spørsmål som reiste seg i saken, var om fordelene mottakerne oppebar kunne anses som vederlagsfri når støttemottakerne selv betalte bidrag til fondet. I sin prejudisielle avgjørelse (jf. EF art. 234) avviste Domstolen at slike bidrag fra støttemottakerne innebærer vederlag:

“En foranstaltning som træffes af en offentlig myndighed, og som begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, mister ikke sin karakter af vederlagsfri fordel, fordi den helt eller delvist finansieres gennem bidrag, som det offentlige opkræver hos de pågældende virksomheder”.⁹⁷

⁹⁴ For en oppsummering av EF-domstolens og Førsteinstansrettens praksis på dette punkt, se premiss 98 flg. i Generaladvokat Jacobs forslag til avgjørelse av 30. april 2002 i sak C-126/01, *GEMO* (verserende sak).

⁹⁵ Dette kan også ses under synsvinkelen statsmidler, se pkt. 4.3.1 nedenfor.

⁹⁶ Sak 78/76, *Steinike & Weinlig mot Tyskland*, Sml. 1977 s. 595.

⁹⁷ Premiss 22.

Det samme kommer til uttrykk i den italienske *Tekstilsaken* fra 1974. Til forsvar for at arbeidsgiveravgiftsfritaket ikke innebar statsstøtte, anførte den italienske regjeringen at støttebeløpet ble utlignet ved støttemottakernes bidrag til forsikring mot arbeidsledighet. EF-domstolen forkastet imidlertid dette argumentet fordi:

“(…) de midler som det drejer sig om, hidrører fra de obligatoriske bidrag, som lovgivningen i staten foreskriver, og da de, som den foreliggende sag viser, bestyres og fordeles i henhold til denne lovgivning, må de betraktes som støtte (…).”⁹⁸

Ytelser som støttemottakerne uansett er forpliktet til å betale gjennom den nasjonale skatte- og avgiftslovgivningen, kan følgelig ikke innebære vederlag som gjør at det offentliges ytelse ikke kan anses som “støtte”. Det er flere hensyn som tilsier denne løsningen.⁹⁹ For det første er en stor del av det offentliges midler kommet til ved innkreving av skatter og avgifter. Dersom dette skulle blitt ansett som vederlag fra støttemottakerne, kunne det offentlige påberope seg dette argumentet i enhver statsstøttesak. Dette ville uthule regelverket fullstendig. For det annet er det svært vanskelig å finne ut om det konkrete støttebeløpet i saken virkelig stammer fra bidrag fra støttemottakerne. Dette gjelder med hensyn til hvilke skatter og avgifter mottakerne har betalt, og med hensyn til hvor stor andel av skattene og avgiftene støttemottakeren har betalt. Den samlede skatte- og avgiftsbelastningen på støttemottakeren trenger likevel ikke være så vanskelig å konstatere; man kunne dermed i prinsippet tenke seg at dette beløpet skulle gå til fradrag i støttebeløpet. Det ville da bare være den del av støttebeløpet som overstiger mottakerens ytelse som ville innebære “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. En slik rettsstilstand kan imidlertid medføre mangelfull håndhevelse på grunn av merarbeid for overvåkningsorganene.

Den kanskje viktigste årsaken til at EF-domstolen ikke har godkjent dette argumentet, er likevel at det tradisjonelle vederlagsbegrepet henviser til at motytelsen har skjedd på *kommersielle vilkår*. I *SFEI-saken*¹⁰⁰ uttalte for eksempel EF-domstolen at det

⁹⁸ Sak 173/73, premiss 35.

⁹⁹ Se *Lund* (2002), s. 43-44.

¹⁰⁰ Sak C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) m. fl. mot La Poste m. fl.*, Sml. 1996 s. I-3547.

avgjørende ved vurderingen er om støttemottakeren har oppnådd en fordel “*som den ikke ville have opnået under sædvanlige markedsbetingelser.*”¹⁰¹ Mottakerens betaling av skatter og avgifter kan ikke sies å være noe markedsmessig vederlag, fordi det er generelle forpliktelser i henhold til lovgivningen, og ikke spesifikke forpliktelser som oppstår i forbindelse med støtteordningen. Betaling av skatter og avgifter kan ikke anses som mottakerens vederlag i en kommersiell “ytelse mot ytelse”-situasjon.

Det kan også diskuteres om *statens* ytelse (avgiftsfritaket) kan ses på som en markedsmessig ytelse. Myndigheten til å pålegge avgifter og frita for dette er utslag av det offentliges eksklusive kompetanse som *myndighetsutøver*. Når staten benytter denne muligheten for å oppnå politiske målsetninger, opptrer den dermed ikke som markedsdeltaker. Spørsmålet om hvilken betydning dette har for vederlagselementet i støttebegrepet kommer jeg tilbake til straks nedenfor.

I ett henseende har imidlertid EF-domstolen ansett støttemottakernes betaling av andre skatter og avgifter som vederlag for det offentliges ytelse. *Denkavitsaken*¹⁰² gjelder et slikt tilfelle. Firmaet Denkavit italiana anla rettssak mot de italienske myndigheter, med krav om tilbakebetaling av grenseavgifter som bedriften måtte betale i henhold til italienske regler om sunnhetskontroll av meieriprodukter. Tilbakebetalingskravet var begrunnet med at grenseavgiften var oppkrevet i strid med regelverket om kvantitative restriksjoner mellom medlemsstatene.¹⁰³ En slik tilbakebetaling ville isolert sett innebære støtte, men det faktum at Denkavit italiana hadde betalt avgiftene tidligere innebærer en form for vederlag. Spørsmålet om tilbakebetalingen ville være forenlig med statsstøttereglene ble derfor henvist til EF-domstolen med anmodning om prejudisiell avgjørelse, jf. EF art. 234. Domstolen redegjorde først for den generelle tolkningen av støttebegrepet i EF art. 87, og uttalte deretter:

“Bestemmelsen tager (...) sigte på de beslutninger fra medlemsstaterne, hvorved disse med henblik på gennemførelsen af deres egne økonomiske og sociale mål, *ensidigt og selvstændigt* [min uth.] stiller økonomiske midler til rådighed for virksomheder eller andre retssubjekter eller giver dem fordele, der skal begunstige virkeliggørelsen af de ønskede økonomiske eller sociale mål.”¹⁰⁴

¹⁰¹ Premiss 60, i.f.

¹⁰² Sak 61/79, Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denkavit italiana Srl., Sml. 1980 s. 1205

¹⁰³ EF art. 28 – 31, tilsvarende EØS art. 11 – 13.

¹⁰⁴ Premiss 31, første punktum.

Spørsmålet var så hvordan dette kravet til ensidighet og selvstendighet forholdt seg når bakgrunnen for refusjonen av grenseavgiftene var at oppkrevingen av avgiftene var i strid med EFs regelverk om forbud mot importrestriksjoner. Ville refusjonen da være “ensidig og selvstendig”? Til dette uttalte Domstolen:

“Bestemmelsen omfatter ikke en plikt til at betale eller tilbakebetale beløp, som beror på, at de pågældende beløp ikke skyldtes af den, som betalte dem. Det følger heraf, at et indenlandsk afgiftssystem, som hjemler den afgiftspliktige mulighed for at rejse indsigelse mot tilbagebetaling af en afgift, ikke er en støtte efter betydningen i traktatens artikel 92's [87] forstand.”¹⁰⁵

Denkavitsaken innebærer derfor at refusjon av avgifter som er blitt oppkrevet i strid med EF-retten ikke innebærer statsstøtte. Støttemottakeren har her gitt “vederlag” i form av at han har betalt avgiften uten å være rettslig forpliktet til det. Spørsmålet er imidlertid hvordan Domstolens godkjennelse av dette som vederlag forholder seg til *Tekstilsaken* og *Steinikesaken*, der EF-domstolen ikke godkjente at støttemottakerens betaling av skatter og avgifter kunne innebære “markedsmessig vederlag”. Problemstillingen er således om *Denkavitsaken* gir uttrykk for en avvikende rettsoppfatning på dette punkt.

Etter min mening representerer *Denkavitsaken* ikke noe brudd med de nevnte avgjørelsene om vederlagselementet i støttebegrepet. For det første var tilknytningen mellom støttebeløpet og mottakerens ytelse langt sterkere i *Denkavitsaken* enn i de to andre sakene. Beløpet *Denkavit italiana* mottok fra myndighetene svarte til det foretaket urettmessig hadde betalt, og det dreide seg om tilbakebetaling av den samme avgiften. I de andre avgjørelsene var det ikke slik sammenheng mellom det støttemottakerne hadde betalt i andre skatter og avgifter og det de fikk utbetalt i støtte.

Forskjellene blir kanskje enda klarere dersom man ser problemstillingen under vilkåret om at støtten må belaste offentlige midler, jf. pkt. 4.3.1 nedenfor. Avgifter som er *urettmessig* oppkrevet, kan ikke sies å utgjøre en del av det offentliges formue. Derfor kan det i *Denkavitsaken* hevdes at refusjonsbeløpet *Denkavit italiana* mottok, ikke belastet offentlige midler. I de andre sakene dreide det seg imidlertid om *rettmessig* oppkrevde skatter og avgifter. Slike midler må utvilsomt anses som en del av det offentliges formue.

¹⁰⁵ Premiss 31, annet og tredje punktum.

Domstolens resultat i *Denkavitsaken* kan videre forklares med hensynet til rettsharmoni. Hensynet til sammenheng mellom bestemmelsene i EF-traktaten tilsa en presisering av det generelle utgangspunktet om at betaling av skatter og avgifter ikke innebærer vederlag. Den nå opphevede EF art. 13 nr. 2 påbød nemlig medlemsstatene å avskaffe avgifter som har samme virkninger som toll på import av varer.¹⁰⁶ Bestemmelsen hadde såkalt *direkte virkning*, hvilket innebærer at private kan utlede rettigheter direkte fra bestemmelsen, og håndheve disse for nasjonale domstoler.¹⁰⁷ Denne håndhevelsen hadde blitt betydelig svekket dersom de som urettmessig har måttet betale slike avgifter ikke kan kreve dem tilbake på grunn av statsstøttereplene. Private rettssubjekter hadde da ikke hatt noe incitament til å gå til domstolene for å få forbudet håndhevet, fordi de ikke hadde fått noen økonomisk gevinst av søksmålet. *Denkavitsaken* kan derfor ikke sies å svekke det rettslige grunnlaget for at innbetaling av andre skatter og avgifter ikke innebærer slikt vederlag at vi kommer utenfor støttebegrepet.

Utgangspunktet må derfor fortsatt være at støttemottakerens betaling av skatter og avgifter ikke anses som vederlag. Etter *Denkavitsaken* gjelder dette imidlertid ikke dersom støttemottakeren har betalt avgiften uten å være rettslig forpliktet til det. Selv om saken direkte gjelder avgifter som er oppkrevet i strid med EF-retten, må dette også gjelde avgifter som er oppkrevet i strid med *nasjonal rett*, for eksempel ved overtredelse av tilbakevirkningsforbudet i Grunnlovens § 97. Begrunnelsen for dette er den samme som med avgifter oppkrevet i strid med fellesskapsretten: For det første sikrer det en effektiv håndhevelse av nasjonale regler, og for det annet kan ikke avgiftene som tilbakebetales sies å utgjøre en del av det offentliges formue.

¹⁰⁶ Bestemmelsen ble opphevet ved Amsterdamtraktaten av 2. oktober 1997.

¹⁰⁷ Jf. sak 26/62, *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen*, Sml. 1954-64 s. 375.

4.2.2.2 Vederlag i henhold til gjensidig bebyrdende kontrakter

a. Generelt

Som nevnt er SO₂-avgiften på kull og koks nå opphevet, og erstattet med en intensjonsavtale mellom PIL og Miljøverndepartementet.¹⁰⁸ Avtalen innebærer at prosessindustrien forplikter seg til å redusere SO₂-utlippene med minimum 5000 tonn i forhold til utslippet i 1999 innen 2010. I tillegg skal de bedrifter som tidligere var omfattet av SO₂-avgiftsplikten betale et beløp tilsvarende SO₂-avgiften slik den var i 2001 til Prosessindustriens Miljøfond. Statens bidrag er at SO₂-avgiften avskaffes. Spørsmålet er om de forpliktelsene støttemottakerne har påtatt seg i henhold til slike *avtaler* kan innebære vederlag, slik at avgiftsfritaket ikke kan anses som “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. Synspunktet som leder til at slike ordninger ikke innebærer en ”fordel” for mottakeren, må her være at avgiftsfritaket anses som betaling for at mottakeren påtar seg å iverksette tiltak i det offentliges interesse.

Det ses bort fra støtte i forbindelse med avtaler som kan godkjennes etter ESAs skjønn, jf. EØS art. 61 nr. 3 og retningslinjenes pkt. 15.D.3.2. ESA åpner således for at fritak som anses som støtte i henhold til EØS art. 61 nr. 1 kan godkjennes i en 10-års periode, dersom mottakerne påtar seg miljømessige forpliktelser.

Kommisjonen har på visse vilkår godkjent en dansk ordning som innebærer at bedrifter som samler inn brukte dekk og batterier får betaling fra de danske myndighetene for dette.¹⁰⁹ Innsamlingsordningen finansieres gjennom avgifter på salg og import av dekk. Når dekkforhandlere og -importører samler inn brukte dekk og får betaling for dette, innebærer ordningen således at disse bedriftene godtgjøres avgiften. Dette vil isolert sett innebære en fordel. Dekkinnsamlingen er imidlertid bedriftenes motytelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold, og dette vederlagselementet gjør at det ikke er snakk om “støtte” i fellesskapsrettslig forstand. Kommisjonen har også godtatt en dansk ordning som innebærer at bedrifter som samler inn spillolje, får betaling for dette av

¹⁰⁸ Intensjonsavtalen er tilgjengelig på PILs hjemmesider på internett

(<http://www.pil.no/ressursbank/publikasjoner/rapporter/intensjonsavtale+svoveldioks.htm>)

[sitert 22.10.2003] Et sammendrag av avtaleverket i forbindelse med Prosessindustriens Miljøfond er tilgjengelig på <http://www.pil.no/NR/rdonlyres/2C56F25B-7387-4151-8761-1EEBE7426909/87/>

[FaktaSvovelavtalensoppbyggingvirke.doc](#) [sitert 22.10.2003].

¹⁰⁹ Se nærmere *Mørch* (1997) s. 126-127.

myndighetene.¹¹⁰ Innsamlingen av oljen er her mottakernes vederlag som gjør at ordningen faller utenfor statsstøttereglene. En nederlandsk ordning som innebærer at foretak som samler inn og fjerner bilvrak får godtgjørelse til dette fra myndighetene er også godkjent av Kommisjonen, fordi godtgjørelsen innebærer statens ytelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold.¹¹¹

Fra EF-domstolens praksis kan den nylig avsatte dommen i *Altmarksaken*¹¹² illustrere. Saken gjelder støtte i form av tilskudd til regionale rutebilselskaper. Altmark Trans GmbH var gjennom en anbudskonkurranse tildelt konsesjon til å drive offentlig persontrafikk, men kunne ikke drive ruten uten offentlige tilskudd. Regionale myndigheter ytet derfor støtte i form av tilskudd for å utligne Altmarks underskudd. I sin form er tilskudd noe annet enn avgiftsfritak, men dommen illustrerer problemstillinger som også er relevante her.

Spørsmålet om støtten forenlig med statsstøttereglene kom opp for EF-domstolen ved at en av Altmarks forbigåtte konkurrenter gikk til sak mot myndighetene for å kjenne tildelingen av anbudet ugyldig. Et hovedspørsmål i saken var om tilskuddet kunne innebære en fordel når Altmark gjennom anbudsgrunnlaget var forpliktet til å yte offentlige tjenester i form av personbefraktning. Etter å ha vist til *Ferringsaken*,¹¹³ uttalte EF-domstolen:

“(…)for så vidt som en statslig foranstaltning må betragtes som en kompensasjon, der er et vederlag for de af de begunstigede virksomheder leverede ydelser til opfyldelse af forpligtelser til offentlig tjeneste, således at disse virksomheder reelt ikke har en økonomisk fordel, og denne foranstaltning således ikke har den virkning at sætte disse virksomheder i en konkurrencemæssigt fordelagtig position i forhold til de virksomheder, der konkurrerer med dem, falder en sådan støtte ikke ind under traktatens artikel 92 [87], stk. 1.”¹¹⁴

¹¹⁰ Sak N 520/93, publisert i EFT 1993 C 287/5.

¹¹¹ Se XXXIst Report on Competition Policy (2001), pkt. 364.

¹¹² Sak C-280/00, *Altmark Trans GmbH og Regieringsprädisium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, dom av 24. juli 2003, ennå ikke publisert i Sml.

¹¹³ Sak C-53/00, *Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Sml. 2001 s. I-9067, se pkt. 5.5.3 nedenfor

¹¹⁴ Premiss 87.

Domstolen konstaterte altså at støtten utgjorde statens ytelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold. Støtten ble ansett som vederlag for mottakerens ytelse, og omvendt kan det anføres at mottakerens ytelse ble ansett som vederlag for statens ytelse. EF-domstolen presiserte imidlertid at en slik vederlagsbetraktning kun vil være aktuell under visse betingelser: For det første må mottakeren være rettslig forpliktet til å yte vederlaget. Videre må grunnlaget for statens ytelse må på forhånd være klart definert på en objektiv og gjennomiktig måte. Endelig må statens ytelse ikke overstige mottakerens utgifter til å oppfylle forpliktelsene.

b. Krav til sammenheng mellom avgiftsfritaket og mottakerens forpliktelse

Forutsetningen for at slike ordninger kan godtas, er imidlertid at motytelsen er *frivillig* for støttemottakeren. Det er kun i slike tilfeller at statens ytelse kan begrunnes (også) med kommersielle hensyn. Krav/tjenester som støttemottakerne uansett er rettslig forpliktet til å oppfylle i henhold til folkerettslige avtaler (forutsatt at slike avtaler også forplikter private rettssubjekter), fellesskapsretten eller nasjonal rett, kan derfor ikke sies å utgjøre vederlag. Slike forpliktelser ville mottakerne ikke påtatt seg i egen privatøkonomisk interesse, jf. EF-domstolens uttalelser i premiss 60 i *SFEI-saken*, og det vil i dette tilfellet heller ikke være noen direkte sammenheng mellom avgiftsfritaket og mottakerens vederlag, jf. EF-domstolens uttalelser i *Altmarksaken* premiss 87 flg. og premiss 119 i Generaladvokatens uttalelser i *GEMO-saken*. Det kreves altså at det er *støtteordningen som aktualiserer vederlagsforpliktelsen* (og omvendt). Det vil si at mottakeren ikke hadde hatt noen slik forpliktelse dersom støtten tenkes utelatt.

Dersom en slik sammenheng mangler at det ikke er naturlig å rubrisere tilfellet under fordelsanalysen, kan ordningen likevel falle utenfor statsstøttereglene enten fordi støtteordningen ikke kan anses selektiv, jf. drøftelsen nedenfor under pkt. 5.5.3 om *Ferringsaken*, eller fordi unntaksbestemmelsen i EØS art. 59 nr. 2 kommer til anvendelse.

c. Grensen mellom frivillige og lovpålagte forpliktelser

Grensen mellom vederlag i form av frivillige forpliktelser som mottakeren påtar seg i forbindelse med avgiftsfritaket og ytelser som allerede påligger mottakeren i henhold til lovgivningen, er imidlertid ikke skarp. *Kimberly Clark-saken*¹¹⁵ kan illustrere dette. Det

¹¹⁵ Sak C-241/94, *Frankrike mot Kommisjonen* ("Kimberly Clark"), Sml. 1996 s. I-4551.

franske selskapet Kimberly Clark gjennomførte et program i forbindelse med oppsigelse av arbeidstakere i bedriften. Dette var bedriften forpliktet til i henhold til fransk lovgivning. Gjennomføringen av programmet var dels finansiert av bedriften selv, dels av myndighetene gjennom et statlig fond (Fonds national de l'Emploi, FNE). En del av programmet innebar også at FNE og de aktuelle virksomhetene kunne slutte avtaler som innebar ytterligere forpliktelser enn det som fremgikk av lovgivningen. I saken for EF-domstolen anførte derfor den franske regjeringen at ordningens finansiering ikke kunne anses som støtte, fordi bedriftens tiltak utover de lovpålagte forpliktelsene måtte anses som vederlag for FNE's ytelse. De franske myndighetene fikk imidlertid ikke medhold i dette, fordi de ikke kunne fremlegge bevis for at statens ytelser kun gikk til dekning av de merutgiftene Kimberly Clark hadde som følge av at foretaket hadde påtatt seg forpliktelser som gikk utover det lovgivningen krevde.¹¹⁶ EF-domstolen tok dermed ikke direkte stilling til spørsmålet om det kunne innebære vederlag når mottakeren gikk ut over sine lovbestemte forpliktelser. Dersom myndighetene hadde fremlagt bevis for at støtten utelukkende gikk til dekning av Kimberly Clarks utgifter i forbindelse med å gå utover de lovbestemte kravene, synes det imidlertid forutsatt i EF-domstolens avgjørelse at ordningen ikke innebar støtte. Det saken uansett illustrerer, er at det i slike tilfelle kan være vanskelig å fastslå om statens bidrag kun dekker merutgiftene ved å gå utover lovens minimum, eller om bidraget også dekker utgifter til å oppfylle lovens krav. Dersom det godtgjøres at bidraget kun dekker førstnevnte utgifter vil dette kunne innebære statens ytelse i en gjensidig bebyrdende kontrakt, slik at man etter min mening er utenfor statsstøttereglene. Det er ingen grunn til å skille mellom slike tilfeller og tilfeller hvor støttemottakerens forpliktelser utelukkende har et kontraktuelt grunnlag.

Senere praksis fra EF-domstolen kan tilsynelatende tyde på at Domstolens avgjørelse i *Kimberly Clark-saken* likevel kan tas til inntekt for at bidrag til dekning av merutgifter ved å gå utover lovens minimumskrav innebærer støtte. I en sak om franske fritak fra arbeidsgiveravgifter til bedrifter som nedsatte arbeidstiden for å skape flere arbeidsplasser, forkastet Domstolen myndighetenes argumenter om at avgiftsfritaket måtte anses som kompensasjon for at støttemottakerne gjennom tariffavtaler hadde påtatt seg merutgifter for å sikre arbeidsplasser, bl.a. under henvisning til *Kimberly Clark*. Domstolen uttalte at slike utgifter "*skal etter deres art afholdes over*

¹¹⁶ Premissene 36 og 37.

virksomhedernes budget”.¹¹⁷ Årsaken til dette var imidlertid at arbeidsgiverne allerede gjennom lovgivningen eller gjennom sin tilslutning til avtalene var forpliktet til enhver tid å overholde tariffavtalene, derunder å bære de omkostninger dette medførte. Det var således ikke snakk om noen forpliktelser utover det som allerede fulgte av lovgivningen. Derved skiller saken seg fra *Kimberly Clark*, hvor støttmottakerne *frivillig* kunne slutte seg til FNE-avtalene. EF-domstolens henvisning til *Kimberly Clark* kan derfor kritiseres.

Det er viktig å merke seg at EF-domstolen ikke avviste at vederlagssynspunktet kan være relevant der kostnaden ved å bedre arbeidsforholdene ellers hadde vært pålagt staten, det vil si der støttmottakerne ikke allerede er forpliktet. I dette tilfellet vil nemlig mottakerens forpliktelse innebære en tilsvarende fordel for staten.

Av nyere praksis omkring spørsmålet, er *Lindesaken*¹¹⁸ interessant. Som ledd i privatiseringen av virksomhetene i det tidligere Øst-Tyskland, ytet tyske myndigheter tilskudd til foretaket Linde AG i forbindelse med bygging av et kulloksidanlegg. Linde var på den annen side kontraktsforpliktet til å levere rimelig gass til foretaket UCB Chemie GmbH, en forpliktelse som tidligere lå hos tyske myndigheter. Spørsmålet var dermed om Lindes forpliktelser til å levere gass innebar vederlag for det offentliges ytelse. Med henvisning til Domstolens avgjørelse i *SFEI-saken*, konstaterte Førsteinstansretten at tilskuddet fra staten måtte være markedsmessig for ikke å utgjøre statsstøtte. Dersom tilskuddet oversteg de omkostningene Linde hadde ved den kontraktsbaserte gassleveringsforpliktelsen, forelå det statsstøtte for det overskytende beløp. Kommisjonen hadde ikke vurdert dette, og derfor annullerte Førsteinstansretten vedtaket om at tilskuddet utgjorde statsstøtte. I dette ligger det en klar forutsetning om at mottakerens ytelser i henhold til frivillige avtaler kan utgjøre vederlag, og at statens bidrag i henhold til avtalen dermed ikke utgjør støtte, såfremt statens ytelser skjer på markedsmessige betingelser. Selv om saken ikke direkte gjelder forholdet mellom lovbestemte og kontraktsbestemte forpliktelser, er uttalelsene relevante for dette tilfellet. Avgjørelsen føyer seg inn blant en rekke dommer som foreskriver at mottakerens ytelse i et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold kan utgjøre vederlag i den

¹¹⁷ Sak C-251/97, *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-6639, premiss 40.

¹¹⁸ Sak T-98/00, *Linde AG mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-3961.

utstrekning statens ytelse ikke går lenger enn det som ville vært avtalt mellom kommersielle aktører. Det synes da irrelevant om mottakeren allerede er delvis forpliktet i henhold til lovgivningen. Som en kommentar til avgjørelsen i *Kimberly Clark*-saken uttaler da også *Quigley* at dersom det hadde vært bevis for at foretakets utgifter var større enn det som trengtes til å dekke de lovmessige forpliktelsene, er det:

“[A]rguable that financial assistance to make payments of such redundancy compensation to employees in accordance with an agreement with a public authority did not benefit the undertaking itself”.¹¹⁹

d. Statens ytelse som markedsmessig

En problemstilling som har blitt reist i juridisk teori¹²⁰ er om det *offentliges* ytelse (avgiftsfritaket) kan ses som en markedsmessig ytelse når utøvelse av skatte- og avgiftsmyndigheten innebærer at staten utøver eksklusiv kompetanse i kraft av sin høyhetsrett. Synspunktet er at siden støttmottakeren ikke kunne ha oppnådd avgiftsfritak ved å kontrahere med private aktører, så kan ikke mottakeren sies å ha ville oppnådd en tilsvarende fordel under normale markedsforhold, jf. uttalelsene i *SFEI-saken*. I slike tilfelle kan det i følge *Bacon* være vanskelig å sammenligne det offentliges opptreden med en “normal markedsaktør”, siden myndigheten til å pålegge og frita for avgifter tilligger statene eksklusivt. *Bacon* hevder således at det er riktigere å rubrisere slike tilfeller under selektivitetsvilkåret: Når mottakeren betaler vederlag for avgiftsfritaket, er dette en særlig omstendighet som innebærer at avgiftsfritaket kan berettiges som en del av systemets natur, jf. pkt. 5.5 nedenfor. Etter min mening kan dette være hensiktsmessig i visse tilfeller, se nedenfor om *Ferringsaken*.

Det er imidlertid liten tvil om at fellesskapsdomstolene har godkjent støtteordninger der det offentliges ytelse har blitt ansett som et markedsmessig vederlag for mottakerens ytelse, selv om ytelsen har form av fritak fra avgifter.¹²¹ Dersom man legger til grunn at

¹¹⁹ *Quigley* (2003), s. 22.

¹²⁰ Se *Bacon* (2003), s. 55. Se videre *Schön* (1999), s. 923.

¹²¹ Se bl.a. saku T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1997 s. II-229. I saken ble avgiftsfritaket riktignok godkjent på grunnlag av EF art. 86 (tilsvarende EØS art. 59 nr. 2). Årsaken til dette var imidlertid manglende tilknytning mellom avgiftsfritaket og mottakerens forpliktelser til offentlig service. Førsteinstansretten hevdet således ikke at karakteren av det offentliges ytelse hindret en vederlagsbetraktning i henhold til EF art. 87.

Domstolens uttalelser i *SFEI-saken* ikke bare gjelder mottakerens nettoresultat som følge av transaksjonen, men også *hva* som benyttes som motytelse kan det som *Bacon* anfører være vanskelig å forklare disse dommene ved å benytte den analysen som *SFEI-saken* gir anvisning på.

I følge Domstolens uttalelse er det imidlertid avgjørende om mottakeren har oppnådd en *økonomisk fordel* han ikke ville oppnådd under normale markedsforhold. Dommen nevner ikke bakgrunnen for denne fordel, om det er avgiftsfritak eller mer direkte tilskudd. Synspunktet må derfor være at det ikke er avgjørende *hva* som benyttes som det offentliges motytelse, men hvorvidt mottakerens *økonomiske resultat* som følge av kontrakten avviker fra det han kunne oppnådd ved å kontrahere med en privat markedsaktør. Dersom mottakeren kunne oppnådd det samme resultat med private aktører, må dermed det offentliges ytelse anses som markedsmessig vederlag, uansett om det skjer i form av avgiftsfritak eller ved direkte tilskudd. Selv om *SFEI-saken* ikke direkte gjelder skatte- og avgiftsspørsmål, stenger dommen etter min mening ikke for at tilsvarende vurdering kan foretas i forhold til spørsmålet om avgiftsfritak og statsstøtte.

4.2.2.3 Vederlagsfri fordel: Oppsummering

Analysen av fellesskapsorganenes praksis viser etter dette at vi er utenfor støttebegrepet når mottakeren betaler vederlag for avgiftsfritaket i henhold til en gjensidig bebyrdende avtale, forutsatt at denne er inngått på kommersielle vilkår. Mottakeren har i slike tilfelle ikke mottatt en "fordel" i fellesskapsrettslig forstand. Ytelser som ikke har sammenheng med støtten i den forstand at mottakeren uansett vil være forpliktet gjennom lovgivningen kan imidlertid ikke utgjøre vederlag, med forbehold for betaling av ulovlig oppkrevde avgifter.

Med hensyn til den konkrete intensjonsavtalen mellom PIL og Miljøverndepartementet, blir spørsmålet om mottakerbedriftenes ytelser i henhold til avtalene kan utgjøre vederlag, slik at avgiftsfritaket ikke innebærer støtte. Domstolens praksis forutsetter at mottakerne må være *rettslig forpliktet* i henhold til avtalen, og dette kan skape problemer her. Intensjonsavtaler skaper generelt sett ingen rettslige forpliktelser etter

sitt innhold,¹²² og det fremgår også uttrykkelig av pkt. 8 i avtalen at den “*er å anse som en intensjonsavtale som ikke binder partene rettslig*”. Gjennomføringsavtalene i tilknytning til miljøfondet er imidlertid rettslig bindende for partene. Avtalene innebærer en betalingsforpliktelse for PILs medlemsbedrifter til Miljøfondet. Forutsatt at avtalen følger markedsmessige betingelser, ville denne forpliktelsen utgjøre vederlag for opphevelsen av SO₂-avgiften på kull og koks. Uten denne avtalen, ville de omfattede bedriftene ikke hatt rettslig plikt til å redusere utslippene. Gøteborgprotokollen forplikter ikke private rettssubjekter, men kun de *statene* som har vedtatt og ratifisert protokollen.¹²³ Det er altså snakk om frivillige forpliktelser for medlemsbedriftene. Det avgjørende blir her altså om mottakerne frivillig har forpliktet seg rettslig til å redusere utslippene.

4.3 Avgiftsfritak og vilkåret om at støtten må tilregnes staten

Kravet om at støtten må ytes av medlemsstatene eller “*av statsmidler i enhver form*”, jf. EØS art. 61 nr. 1, innebærer som nevnt at støtten må tilregnes staten. I dette ligger for det første at støtten må innebære en *økonomisk byrde* for staten. For det annet må støtten ytes med *statlige* midler. Problemstillingen blir hvordan disse vilkårene forholder seg til avgiftsfritak.

4.3.1 Støtteordningen må innebære en økonomisk byrde for staten

4.3.1.1 Krav til direkte utgifter?

Et tilsynelatende problem ved avgiftsfritak, er at slik støtte ikke *direkte* innebærer noen byrde for staten. Staten taper riktignok inntekter, men avgiftsfritaket innebærer ingen direkte overførsel av økonomiske midler. Spørsmålet er om denne omstendigheten gjør at avgiftsfritak faller utenfor statsstøtteregelverket.

¹²² Se for eksempel *Hov* (1998), s. 74-75.

¹²³ Dette fordi protokollen ikke fraviker det tradisjonelle utgangspunktet om at private aktører ikke anses som folkerettssubjekter, se nærmere *Ruud* (2002), s. 89 flg.

EF-domstolen tok stilling til dette i *Banco Exterior-saken*.¹²⁴ Hovedspørsmålet i saken var om en avgiftsfritaksordning til fordel for offentlige kredittinstitusjoner innebar ulovlig statsstøtte etter EF art. 87. Et av spørsmålene var herunder om avgiftsordningen falt utenfor statsstøttereglene fordi det ikke hadde skjedd noen direkte overførsel av økonomiske midler. For å besvare dette spørsmålet tok Domstolen utgangspunkt i den forståelsen av støttebegrepet som ble lagt til grunn i *Steenkolenmijnensaken*, og uttalte at:

“(…) en foranstaltning, hvorved offentlige myndigheder indrømmer visse virksomheder en afgiftsfritagelse, der, *selv om den ikke indebærer en overførsel af statslige midler* [min uth.], giver de fritagne virksomheder en gunstigere økonomisk stilling end andre afgiftspligtige, udgør en statsstøtte som omhandlet i traktatens artikel 92 [87], stk. 1.”¹²⁵

Domstolen fant det altså klart at den forståelsen av støttebegrepet som ble lagt til grunn i *Steenkolenmijnensaken*, og som senere er slått fast ved langvarig rettspraksis, ikke krever at det skjer en direkte overføring av statsmidler for at en støtteordning skal kunne rammes av regelverket. Denne rettsoppfatningen har også nylig blitt bekreftet i saken *Kommisjonen mot Portugal*,¹²⁶ der Domstolen uttalte:

“(…) det [er] således tilstrækkeligt at bemærke, at det ikke er nødvendigt for, at en foranstaltning udgør en støtte i traktatens artikel 92 [87], stk. 1's forstand, at der har fundet nogen overførsel af midler sted fra staten til støttedtageren.”

Dette kan ses som den naturlige motsatsen til at fordelsbegrepet også omfatter indirekte fordeler i form av sparte utgifter for støttedtageren, jf. pkt. 4.2.1 ovenfor. Indirekte fordeler for mottakerne motsvares av indirekte utgifter for staten. Det ville derfor vært meningsløst om indirekte fordeler skulle omfattes av støttebegrepet, mens indirekte utgifter ikke anses som “statsmidler”.

¹²⁴ Sak C-387/92, *Banco Exterior de España SA mot Ayuntamiento de Valencia*, Sml. 1994 s. I-877.

¹²⁵ Premiss 14.

¹²⁶ Sak 404/97, *Kommisjonen mot Portugal*, Sml. 2000 s. I-4897, premiss 45.

4.3.1.2 Krav om at støtten får virkning for det offentlige økonomi

Dette er imidlertid ikke det samme som at det ikke kreves at støtten får *virkning* for det offentlige økonomi. En viktig presisering av begrepet “statsmidler” ble således foretatt i *PreussenElektra-saken*.¹²⁷

I henhold til tysk lovgivning var elektrisitetsforsyningsvirksomheten Schleswag forpliktet til å kjøpe elektrisitet fra produsenter som baserte produksjonen på fornybare energikilder til en minstepris høyere enn den reelle verdien på elektrisiteten. Schleswag krevde meromkostningene i forbindelse med dette dekket av systemoperatøren PreussenElektra, fordi kostnadene i forbindelse med minsteprisordningen i følge tysk lov skulle fordeles mellom forsyningsvirksomhetene og systemoperatørene. PreussenElektra prøvde lovligheten av dette kravet for en tysk domstol, og et av spørsmålene som meldte seg var om minsteprisordningen innebar statsstøtte i strid med EF art. 87. Minsteprisordningen innebar ingen direkte eller indirekte overførsel av statlige midler, siden kostnadene ved ordningen skulle fordeles mellom forsyningsvirksomheter og systemoperatører, uten hensyn til om virksomhetene var statlige eller private. Fordelen produsentene oppnådde som følge av ordningen, hadde imidlertid sin bakgrunn i den kjøpsforpliktelsen loven statuerte. Spørsmålet var om dette var tilstrekkelig for å anse støtten som gitt av “statsmidler”. Til dette uttalte EF-domstolen:

“Den sondring, der i denne bestemmelse foretages mellem ‘statsstøtte’ og ‘støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler’, betyder (...) ikke, at alle de fordele, der indrømmes af en stat, udgør støtte, uanset om de er finansieret ved hjælp af statsmidler eller ej.”¹²⁸

Det at ordningen var lovbestemt var dermed ikke tilstrekkelig til å rubrisere den inn under statsstøttereglene. EF-domstolen presiserte at det kreves en sterkere *tilknytning* til det offentlige økonomi enn en lovhjemlet minsteprisordning.

Problemstillingen blir så om dette argumentet kan påberopes til støtte for at avgiftsfritak faller utenfor statsstøttereglene, med andre om PreussenElektra har endret den

¹²⁷ Sak C-379/98, *PreussenElektra AG mot Schleswag AG*, Sml. 2001 s. I-2099.

¹²⁸ Premiss 58, annet punktum.

rettsoppfatningen som ble lagt til grunn til i bl.a. *Banco Exterior-saken*. Generaladvokatens forslag til avgjørelse i *Adria Wien-saken* kan gi uttrykk for at tilsvarende resonnement kan brukes i saker om avgiftsfritak. Spørsmålet var om den omtvistede østerrikske godtgjørelsesordningen vedrørende energiavgifter medførte noen økonomisk byrde for staten. Generaladvokaten mente dette ikke var tilfellet, fordi:

“Den del af den betalte afgift, der overstiger 0,35 % af nettoværdien af virksomhedens produktion, tilhører retmæssigt den virksomhed, som har betalt dette beløb i første fase, eftersom staten ikke kan nægte at godtgøre beløbet. Den har ingen skønsbeføjelser hverken med hensyn til størrelsen af det beløb, der skal betales, eller hvilke virksomheder det skal betales til.”¹²⁹

Siden støttebeløpene på denne måten aldri hadde tilhørt staten, mente Generaladvokaten at avgiftsfritakene ikke kunne anses ytet ved statsmidler. Denne snevre tolkningen av begrepet “statsmidler” leder til at kun direkte utgifter for staten omfattes. Utgifter som staten har forpliktet seg gjennom lovgivningen faller således utenfor statsstøttereglene. I så måte representerer denne rettsoppfatningen et brudd med det som fremgikk av *Banco Exterior-saken*. EF-domstolen fulgte imidlertid ikke Generaladvokatens forslag på dette punkt, noe som reduserer den rettskildemessige betydningen av Generaladvokatens uttalelser.¹³⁰ I sin avgjørelse henviste Domstolen til bl.a. *Banco Exterior-saken*, og uttalte at når statlige organer på denne måten gir avkall på fortjeneste, innebærer støtten en økonomisk byrde for det offentlige.¹³¹

EF-domstolens avvisende holdning i forhold til Generaladvokatens forslag på dette punkt, kan forklares med de ulike saksforholdene i *Adria Wien* og *PreussenElektra*. Minsteprisordninger er ikke det samme som avgiftsfritak eller godtgjørelser for avgifter. Det er riktignok snakk om fordeler som følge av offentlige handlinger i begge henseender, men avgiftsfritak har mye sterkere tilknytning til det offentliges økonomi, ved at staten gir avkall på en inntektskilde.¹³² Dette vil dermed innebære en *indirekte* økonomisk byrde for staten. Minsteprisordninger innebærer på sin side merutgifter for

¹²⁹ Premiss 62 i Generaladvokat Mischos forslag til avgjørelse i sak C-143/99.

¹³⁰ For en nærmere redegjørelse av den rettskildemessige betydningen av Generaladvokatens innstilling, se *Arnesen* (1995), s. 67 flg.

¹³¹ Premiss 38 og 39 i EF-domstolens dom i sak C-143/99.

¹³² Se *Kaasen* (2001), s. 514.

kjøperne av det subsidierte produkt, og dette kan like gjerne (og i de fleste tilfeller) være private som offentlige rettssubjekter. EF-domstolen har også gjennom en rekke tidligere avgjørelser avgjort at slike minsteprisordninger faller utenfor statsstøttereglene, tidligst i *Van Tiggele-saken*.¹³³ Forskjellene på avgiftsfritak og minsteprisordninger er således at mens førstnevnte styringsmiddel innebærer en indirekte økonomisk byrde for staten, innebærer minsteprisordninger et statlig inngrep som forrykker rettighetene i partenes kontraktsforhold. Ved minsteprisordninger får realdebitor en fordel på samme måte som mottakeren etter et avgiftsfritak. Til forskjell fra avgiftsfritak innebærer imidlertid ikke denne fordelingen noen *korresponderende byrde* for staten.

4.3.1.3 Nærmere om kravet til virkning: Tilknytning

Interessant i dette henseende er EF-domstolens avgjørelse i *Sloman Neptun-saken*.¹³⁴ Saken gjelder arbeidsavtaler i sjøfartsforhold med utenlandske sjømenn. I henhold til tysk lovgivning var utenlandske sjømenn uten fast bopel eller opphold i Tyskland ikke omfattet av tyske kollektive arbeidsavtaler, men av hjemlandets arbeidsavtaler. Slike sjømenn kunne dermed ansettes på dårligere arbeidsvilkår enn tyske sjømenn, herunder lavere lønn. Denne reduksjonen i inntektsgrunnlaget medførte at myndighetene tapte skatteinntekter, og det kan derfor anføres at ordningen indirekte innebar en økonomisk byrde for staten.

Spørsmålet om ordningens forenlighet med statsstøttereglene ble forelagt EF-domstolen til prejudisiell avgjørelse, fordi bedriftsforsamlingen i rederiet Sloman Neptun nektet å godta ansettelsen av fem filippinske sjømenn. EF-domstolen kom til at den fordelingen rederiet oppebar som følge av loven ikke kunne anses gitt av statsmidler, fordi ordningen kun endret rammebetingelsene for det kontraktsrettslige forholdet mellom rederiet og deres ansatte. Myndighetene tapte altså skatteinntekter, men dette var kun en utilsiktet følge av at det kontraktsrettslige forholdet mellom rederiene og deres ansatte ble endret. På tilsvarende måte var det ikke tilsiktet at ordningen:

¹³³ Sak 82/77, *Nederland mot Jacobus Philippus van Tiggele*, Sml. 1978 s. 25.

¹³⁴ Sak C-72 og 73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG mot Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, Sml. 1993 s. I-887. Se også sak C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack mot Nurhan Sidal*, Sml. 1993 s. I-6185.

“(…) ved sit formål eller sin opbygning at skabe en fordel, der udgør en supplerende byrde for staten (…) men indebærer udelukkende en ændring - til fordel for rederierne - af de rammer, som gælder for de kontraktlige forhold mellem virksomhederne og deres ansatte.”¹³⁵

De tapte skatteinntektene i seg selv var ikke nok til å karakterisere ordningen som statsstøtte, idet tapet ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til det offentlige økonomi. Likevel er det en viss forskjell fra *PreussenElektra*, fordi det i *Sloman Neptun-saken* var staten som til sist måtte betale for ordningen. Det kan derfor være vanskelig å sonde mellom fordeler som innebærer en korresponderende byrde for staten, og fordeler som ikke gjør det. Det er likevel klart at åpenbare avgiftsfritak (som den differensierte arbeidsgiveravgiften og fritaket fra elavgiften) har en slik tilknytning til statlig økonomi at det hører inn under den første kategorien.¹³⁶ Karakteristisk for denne type støtte er således at staten avstår fra å innkreve penger den i utgangspunktet har krav på, noe som gir seg direkte utslag i statens økonomi.

Ved avgiftsfritak som er mer indirekte (fritaket kommer eksempelvis som en følge av at staten endrer rammebetingelsene for foretakets privatrettslige forhold), viser *Sloman Neptun* at man må inn på en vurdering av hva som er den vesentligste konsekvensen av reguleringen. I tilfeller der den viktigste virkningen av reguleringen er avgiftsfritak, vil fritaket kunne representere støtte. Hvor på den annen side fritaket kommer som en utilsiktet og mer beskjeden sidevirkning av reguleringen, kan ordningen falle utenfor statsstøttereglene. Tapte skatteinntekter i seg selv trenger altså ikke være tilstrekkelig for å konstatere at fordelene er ytet med statsmidler. Man må foreta en konkret helhetsvurdering av ordningen, og herunder ta i betraktning ordningens formål. Dette innslaget av subjektivitet endrer imidlertid ikke det grunnleggende utgangspunktet for tolkningen; de konkurransemessige virkningene. Det dommen viser, er at ordningens formål er et relevant *moment* ved vurderingen av om den nødvendige tilknytning er tilstede.¹³⁷ Dersom Domstolen i en konkret sak således finner at tilknytningen mellom mottakerens fordel og de tapte skatteinntektene er tilstrekkelig, er den

¹³⁵ Premiss 21.

¹³⁶ Se *Kaasen* (2001), s. 514.

¹³⁷ Se *Hancher* (2003), s. 368 og *Kaasen* (2000), s. 100.

virkningsorienterte tolkningen av statsstøttereglene et redskap for å skjære igjennom omgåelser av statsstøttereglene også på dette området.

4.3.1.4 Økonomisk byrde: Oppsummering

Det hersker etter dette ingen tvil om at begrepet “statsmidler” ikke krever at det har skjedd noen *direkte* overførsel av midler. Medlemsstatene kan derfor ikke argumentere med at avgiftsfritak ikke omfattes av statsstøttereglene fordi det ikke innebærer noen direkte utgiftspost for staten. *PreussenElektra* viser likevel at det er mulig å omgå statsstøttereglene også på området for avgiftsfritak, for eksempel ved bruk av fond.¹³⁸ Dersom staten gjennom lovgivningen pålegger en direkte eller indirekte avgift og disse avgiftene går til finansiering av et fond, vil ikke fritak fra å betale avgift til fondet innebære statsstøtte. I dette tilfellet innebærer ikke utbetalingen fra fondet noen byrde for det offentlige økonomi, siden det er private midler som belastes. For de som mottar støtten vil imidlertid ordningen ha den samme virkningen som avgiftsfritak. Slike fond kan særlig tenkes aktuelle i miljøraker, for eksempel fond til finansiering av miljøtiltak. *Slovan Neptun* viser likeledes at man kan komme utenom statsstøttereglene når avgiftsfritaket er en utilsiktet følge av at medlemsstatene endrer de privatrettslige rammebetingelsene foretakene imellom. I slike tilfeller kan det tapet som oppstår mangle den nødvendige tilknytningen til statens finanser.

EF-domstolen har imidlertid gjennom en rekke avgjørelser presisert at det ikke er støttens form, men dens virkning som er avgjørende for om støtten strider mot statsstøttereglene. Det er derfor ikke utenkelig at Domstolen vil skjære gjennom i slike tilfeller. Førsteinstansrettens avgjørelse i *Air France-saken* (se pkt. 4.1.3) viser for eksempel at der det offentlige forvalter private midler gjennom fonds, kan dette bli ansett som statsstøtte. Det samme gjelder også der det er private som forvalter fondet, forutsatt at staten har det avgjørende ordet ved forvaltningen av fondet, for eksempel ved å oppstille betingelsene for utdeling av midler fra fondet, eventuelt at staten utpeker fondets ledelse.¹³⁹

¹³⁸ *EU-Karnov 2001*, bind I, s. 1016.

¹³⁹ Se bl.a. sak C-305/89, *Italia mot Kommisjonen*, (“Alfa Romeo”), Sml. 1991 s. I-1603, og sak C-482/99 (*Stardust*), premiss 38.

4.3.2 Statlige midler

Fremstillingen hittil har vært konsentrert rundt støtte som ytes av de sentrale myndighetene. Dette er uten tvil også det mest vanlige. *Kommunale* og *regionale* myndigheter kan imidlertid også bruke avgiftsinstrument for å påvirke private aktørers handlemåter. Det finnes således også mange kommunale avgifter; vann-, kloakk- og renovasjonsavgifter kan tjene som eksempler. Avgiftsfritak kan i slike tilfelle for eksempel benyttes for å gi bedrifter incitament til å etablere seg i vedkommende kommune. Spørsmålet som da melder seg, er om EØS art. 61 nr. 1 dekker slike tilfeller.

En snever forståelse av begrepet “statsmidler” tilsier at EØS art. 61 nr. 1 kun dekker tilfelle hvor *statlige* midler er belastet. Formålet med statsstøttereglene tilsier imidlertid at det legges til grunn en noe videre forståelse av begrepet “statsmidler”. Formålet er å hindre at konkurransen fordreies på grunn av inngrep fra det offentlige, og da skulle det være uten betydning om denne vridningen skjer ved at statlige eller kommunale midler belastes. Dersom statsstøtteforbudet var begrenset til å gjelde støtte ytet av staten, ville reglene lett kunne omgås ved at staten dikterte til kommunene at visse virksomheter skal være unntatt fra avgiftsplikt. Siden ordlyden i EØS art. 61 nr. 1 er såpass vidt formulert, kan en slik forståelse heller ikke anses å stride mot denne. Uttrykket “statsmidler i enhver form” innebærer en utvidelse av anvendelsesområdet fra støtte gitt av medlemsstatene til støtte gitt av det *offentlige* generelt sett. Dersom uttrykket “statsmidler i enhver form” begrenser seg til å gjelde *statlige* midler i enhver form, bringer den lite nytt til bestemmelsen utover at støtte gitt av medlemsstatene omfattes.

EF-domstolen måtte ta stilling til spørsmålet om kommunale og regionale støtteordninger var i strid med statsstøttereglene i *Nordrhein-saken*.¹⁴⁰ Saken gjelder spørsmålet om hvorvidt investeringsstøtte til virksomheter beliggende i den tyske delstaten Nordrhein-Westfalen gitt av regionale myndigheter var i strid med fellesskapsrettens statsstøtteregler. På bakgrunn av ordlyden i EF art. 87 nr. 1, uttalte domstolen at:

¹⁴⁰ Sak 248/84, *Tyskland mot Kommisjonen* (“Nordrhein”), Sml. 1987 s. 4013.

“(…) bestemmelsen, som angår ‘statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tenkelig form’, omfatter enhver form for støtte, der finansieres af offentlige midler. Det følger heraf, at støtte ydet af regionale og lokale myndigheder i medlemsstaterne, uanset disses retlige stilling og betegnelse, er underlagt kontrollreglerne i EØF-Traktatens artikkel 92 [87].”¹⁴¹

Det må dermed anses som sikker rett at også fritak fra kommunale avgifter kan innebære statsstøtte, forutsatt at de andre vilkårene i EØS art. 61 nr. 1 er oppfylt. Også i slike tilfelle kan støtten tilregnes det offentlige. Statene kan derfor ikke komme unna regelverket ved å gi virksomhetene fritak for kommunale avgifter.

4.4 Støttevilkåret – Konklusjon

Vi har etter dette sett at støttevilkåret for det første krever at mottakeren har oppnådd en *fordel*. Fellesskapsorganenes praksis viser at avgiftsfritak helt klart kan innebære en slik fordel for mottakerne at man er innenfor støttebegrepet i EØS art. 61. Det relevante spørsmålet er således om det konkrete avgiftsfritaket innebærer at mottakeren blir fritatt for en avgift han under normale markedsforhold er forpliktet til å betale.

Slik praksis har utviklet seg, kan man imidlertid komme utenfor støttebegrepet dersom mottakeren betaler *vederlag* for avgiftsfritaket. Vilråene for dette er at mottakerens vederlag er markedsmessig, og at det rettslige grunnlaget for vederlaget er en gjensidig bebyrdende kontrakt, det vil si at ytelsen er frivillig. Mottakeren må altså ikke være forpliktet til å yte vederlaget dersom vi tenker oss avgiftsfritaket utelatt; avgiftsfritaket må initiere vederlaget.

For det annet krever støttevilkåret at denne fordelten må innebære en *korresponderende byrde* for staten (som i dette henseende også innbefatter regionale og lokale myndigheter); støtten må enten direkte eller indirekte belaste offentlige midler. Avgiftsfritak innebærer en slik indirekte utgift for det offentlige at dette vilrået normalt vil være oppfylt. Det er imidlertid et vilkår at statens tapte inntekter på grunn av fritaket må ha en viss tilknytning til det offentliges økonomi. Statlige reguleringer av private kontraktsforhold som har til følge at staten taper avgiftsinntekter faller dermed som utgangspunkt utenfor regelverket. Den samme tilknytningen vil også mangle der

¹⁴¹ Premiss 17.

avgiftsfritakene finansieres gjennom private fond. Selv om slike ordninger også kan ha tilsvarende *virkning* som støtte, viser Domstolens seneste praksis at statsstøttebestemmelsen ikke rammer slike tilfeller. I forlengelsen av denne praksis har det i juridisk teori blitt diskutert om Domstolen med dette inntar et mer formalistisk utgangspunkt ved tolkningen av statsstøttereglene.¹⁴² Etter min mening kan Domstolens praksis ikke tolkes på denne måten, i den utstrekning det vil innebære at Domstolen ikke lenger anser virkningen som avgjørende ved vurderingen av om et avgiftsfritak innebærer støtte. Det praksis derimot bebuder, er at ordningens formål kan være et relevant moment i grensetilfeller. Statsstøttebestemmelsens fleksible ordlyd innebærer under enhver omstendighet at Domstolen kan slå ned på rene omgåelser av reglene.

¹⁴² Se *Hancher* (2003).

5 Selektivitetsvilkåret

5.1 Innledning – Bakgrunn og problemstillinger

Statsstøttereglene tar som nevnt sikte på å sikre virksom konkurranse. Derfor er det bare støtte som er egnet til å påvirke konkurranseforholdet *markedsaktørene imellom* som er uforenlig med EØS-avtalen. Støtte som ytes samtlige markedsaktører kan riktignok påvirke konkurransen, men forholdet mellom markedsaktørene vil være uendret. Dermed er det ikke tilstrekkelig å konstatere at mottakerne har mottatt en “fordel”. På denne bakgrunn krever EØS art. 61 nr. 1 at støtten må være selektiv ved at enkelte markedsdeltakere gis mer fordelaktige rammevilkår enn andre. Dette er kommet til uttrykk ved at støtten må “*begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer*”.

Derfor er det bare støtteordninger som tilkommer bestemte virksomheter eller bestemte produksjonssektorer som anses uforenlig med EØS-avtalen. Generelle økonomiske støtteordninger som kommer alle virksomheter eller produksjonssektorer til gode, rammes ikke av støtteforbudet i EØS-avtalen. Som nevnt innledningsvis under pkt. 2.2.1, faller medlemsstatenes generelle økonomiske politikk utenfor anvendelsesområdet til EØS-avtalen; det er opp til statene å føre den til enhver tid mest hensiktsmessige økonomiske politikken. Dette innebærer at medlemsstatene i prinsippet kan avskaffe alle sine avgifter, uten at det strider mot statsstøtteforbudet. Forutsetningen er imidlertid at denne politikken ikke rammer selektivt. Med dette forbeholdet tilligger altså fastsettelsen av det alminnelige avgiftsnivået statenes suverenitet, på samme måte som den alminnelige beskatningsretten:

“General measures of economic policy are normally outside the scope of application of Article 87(1) EC and cannot be considered as measures involving State aid. It follows that measures setting the general rates of corporate taxation do not constitute State aid, since they are generally applicable throughout the Member State to all undertakings operate within the State.”¹⁴³

Slike generelle avgiftsfritak kan likevel ha negative vridningseffekter på konkurransen i fellesmarkedet, ved at forholdet mellom virksomheter i *fellesmarkedet* påvirkes. Det er

¹⁴³ *Quigley* (2003), s. 53.

imidlertid ikke statsstøttereglene, men harmoniseringsregler på skatte- og avgiftsområdet som skal demme opp for dette.

Utgangspunktet er altså at foranstaltninger av generell økonomisk eller sosial karakter faller utenfor regelverket. Problemet er å trekke den nærmere grensen mellom generelle ordninger og selektiv støtte. For mange typer støttetiltak oppstår det ingen spesielle problemer med hensyn til tiltakets selektive karakter. I den ene enden av skalaen finner vi direkte tilskudd. Som oftest vil slike subsidier være adressert direkte mot et bestemt foretak eller en bestemt næring, og da vil det følge av støttetiltaket selv at det er selektivt. Det var for eksempel uomtvistet at selektivitetsvilkåret var oppfylt i *Cityflyer-saken*,¹⁴⁴ der regionale myndigheter i Belgia ga et gunstig lån direkte til et privat flyselskap. På den andre siden av skalaen har jeg nevnt at ordninger som kommer samtlige virksomheter til gode ikke anses selektive. Et eksempel på dette er utbygging av veier (eller infrastruktur i vid forstand).¹⁴⁵ Selv om slik utbygging kan medføre større fordeler for enkelte bedrifter enn andre, er det ikke til fordel kun for bestemte aktører.

Problemet med avgiftsfritak er at fritaksordningene normalt har sin basis i generelle regler. Miljøavgiftsfritakene er for eksempel hjemlet i forskrift, mens differensiert arbeidsgiveravgift er hjemlet i lov. Begge disse normeringsformene er generelle av natur, fritaket for miljøavgifter er for eksempel rettet mot "*et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer*", jf. lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967, § 2, første ledd, bokstav c). Det kan derfor være vanskelig å vurdere om fritakene er rettet selektivt mot bestemte foretak eller sektorer, eller om de er en del av det generelle systemet.

¹⁴⁴ Sak T-16/96, *Cityflyer Express Ltd mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-757.

¹⁴⁵ Se til illustrasjon sak C-225/91, *Matra SA mot Kommisjonen*, Sml. 1993 s. I-3203.

5.2 Utgangspunkter: Støttemottakerne og referansesituasjonen

5.2.1 Hvem kan være mottakere?

Et særlig problem ved avgiftsfritak kan være å identifisere støttens mottakere. Dette gjelder særlig ved fritak fra indirekte avgifter, dvs. avgifter der hensikten ikke er å ramme det subjekt som pålegges avgiften. Men også ved fritak fra direkte avgifter kan det være vanskelig å identifisere mottakeren. Avgiftsfritakets selektive virkning må i slike tilfelle vurderes med hensyn til alle involverte parter; selv om støtten ikke er selektiv når det gjelder den som betaler avgiften, kan den være selektiv med hensyn til de som indirekte nyter godt av fritaket.¹⁴⁶

Det er to elementer i statsstøttebestemmelsens mottakerbegrep; støtten må enten begunstige enkelte *foretak* eller produksjonen av enkelte *varer*. Begrepet “foretak” benyttes i flere av EØS-avtalens konkurranseregler, se art. 53, 54 og 56, og det er ingen grunn til å benytte et annet foretaksbegrep med hensyn til EØS art. 61. Begge regelsett regulerer konkurransen, og gjelder for aktørenes opptreden på det samme geografiske markedet. Derfor må begrepet tolkes på samme måte i statstøttebestemmelsen som i de øvrige konkurransereglene.¹⁴⁷ Begrepet “foretak” i EØS art. 56, er nærmere definert i art. 1 i protokoll 22 til EØS-avtalen:

“[M]ed ‘foretak’ [menes] enhver enhet som utøver virksomhet av handelsmessig eller økonomisk art.”

Denne definisjonen er vid. Det stilles verken krav til virksomhetens rettslige status, formål eller finansieringsmåte. Det avgjørende er at virksomheten driver økonomisk virksomhet og opptrer på et marked i konkurranse med andre aktører.¹⁴⁸ Så lenge dette er tilfellet, er det også irrelevant om foretaket er offentlig eller privat. Vi er imidlertid utenfor fellesskapsrettens virksomhetsbegrep når foretaket utøver offentlig myndighetsutøvelse.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Se Schön (1999), s. 931.

¹⁴⁷ Se EØS-rett s. 286 og note 314 på s. 328.

¹⁴⁸ Se sak C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH, Sml. 1991 s. I-1979, premiss 21.

¹⁴⁹ Se sak 30/87, Corinne Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées, Sml. 1988 s. 2479 og videre Whish (2001), s. 66-71.

Dette vide foretaksbegrepet innebærer også at støtte til enkeltmannsforetak kan rammes av statsstøttebestemmelsen. Støtte som ytes rettssubjekter som ikke driver næringsvirksomhet (personlig støtte) faller imidlertid utenfor regelverket. De gunstige skattereglene som gjelder *fysiske personer* bosatt i Finnmark og Nord-Troms¹⁵⁰ kommer derfor ikke i konflikt med statsstøttereglene. Dersom dette har til virkning at støtten tilgodeser næringslivet, kan imidlertid Domstolens virkningsbaserte tolkning av regelverket medføre at også støtte som utformes som personlig støtte rammes av statsstøttereglene.

En streng ordlydsbasert fortolkning av EØS art. 61 nr. 1 kan tilsi at mottakervirksomhetene må drive med vareproduksjon, jf. “*produksjonen av enkelte varer*”. Fellesskapsorganene har imidlertid lagt en videre forståelse til grunn. Statsstøttereglene får derfor også anvendelse slike sektorer; *Banco Exterior-saken* gjaldt for eksempel støtte til kredittinstitusjoner.

Det andre elementet i mottakerangivelsen, “*produksjonen av enkelte varer*”, tar sikte på å fange opp tilfeller der støtten ikke ytes bestemte foretak, men bestemte sektorer i næringslivet. Foretaksbegrepet omfatter som nevnt også *foretak* utenfor vareproduksjonssektoren. Hensynet til harmoni i regelverket tilsier da at det andre elementet i mottakerbegrepet også omfatter andre *sektorer* enn vareproduserende industri. Det er derfor liten tvil om at reglene må tolkes slik at støtte til andre sektorer enn de rent industrielle kan omfattes. I *Maribel bis/ter-saken* var det for eksempel snakk om støtte til samtlige sektorer som var utsatt for internasjonal konkurranse. Dette kan omfatte mer enn vareproduksjonssektoren.

For arbeidsgiveravgiftens vedkommende er det tilsynelatende et problem at fritaket verken er rettet mot bestemte foretak eller bestemte sektorer; den er *geografisk* differensiert. I den diskresjonære unntaksbestemmelsen i EØS art. 61 nr. 3, bokstav a), ligger det imidlertid en forutsetning om at mottakerbegrepet også dekker slike tilfeller.

¹⁵⁰ Staten gir gjennom skattelovgivningen en rekke incitamentter for å sikre bosettingen i Finnmark og Nord-Troms. Bl.a. er innslagspunktet for toppskatt høyere for skattytere som er skattepliktige til kommuner i dette området enn for skattytere som er skattepliktige til andre kommuner, jf. Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2003, § 3-1, annet ledd.

Bestemmelsen lyder:

“Som forenlig med denne avtales funksjon kan anses: støtte som har til formål å fremme den økonomiske utvikling i områder der levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse.”

Bestemmelsen synes å forutsette at også støtte som begunstiger ubestemte foretak i ubestemte sektorer, men i et bestemt geografisk område, kan omfattes av støtteforbudet. *Nordrhein-saken* viser da også at EF-domstolen tolker bestemmelsen slik at regionsstøtte omfattes.

Etter dette kan mottakerbegrepet i EØS art. 61 nr. 1 oppsummeres til å omfatte bestemte individuelle foretak, foretak i bestemte sektorer og endelig foretak i bestemte regioner. Poenget er at vilkåret søker å ramme støtteordninger hvis mottakere er begrenset og definert gjennom felles karakteristika.¹⁵¹ Derfor faller såkalt *horisontal støtte* som utgangspunkt utenfor bestemmelsen i EØS art. 61.¹⁵² Dette er støtte som er åpen for alle foretak, uavhengig av næringsmessig sektor eller geografisk beliggenhet. Horisontal støtte er således rettet mot visse aktiviteter, snarere enn sektorer og regioner. Dersom slik horisontal støtte har den tilsiktede *virkning* at kun enkelte foretak, sektorer eller regioner begunstiges, kan ordningen imidlertid komme i konflikt med statsstøttereglene, jf. nedenfor under pkt. 5.4.

5.2.2 Begrensninger på antall mottakere?

Det er svært sjelden at støtte i form av avgiftsfritak er adressert direkte mot bestemte foretak. Det er langt vanligere å adressere slik støtte til næringer eller regioner. Støttemottakerne utgjør dermed ofte en stor og uensartet gruppe av foretak. Særlig når det gjelder differensiert arbeidsgiveravgift, er det store næringsmessige og størrelsesmessige forskjeller mellom de som omfattes av ordningen. Spørsmålet er om dette kan ha betydning ved vurderingen av om støtten er selektiv.

Ordlyden i EØS art. 61 nr. 1, “*enkelte foretak*” og “*produksjonen av enkelte varer*” kan tilsa at det må være snakk om et begrenset antall mottakere for at støtten skal anses

¹⁵¹ Se *Baudenbacher* (1997), s. 21.

¹⁵² Se bl.a. ESAs retningslinjer, pkt. 17b.3.1(1).

selektiv. Når støtten tilfaller store foretaksgrupper innen ulike sektorer, er det ikke naturlig å karakterisere dette som støtte gitt *enkelte* foretak eller sektorer. En formålsoverordnet tolkning av bestemmelsen kan til en viss grad også gi støtte for en slik forståelse av selektivitetsvilkåret. Formålet med selektivitetsvilkåret er som nevnt å skille mellom støtte som ikke endrer konkurranseforholdet aktørene imellom, og støtte som innebærer at noen aktører behandles gunstigere enn andre. Fritak som nesten omfatter hele kategorier av næringsdrivende trenger ikke endre konkurranseforholdet aktørene imellom i betydelig grad.

EF-domstolens uttalelser i *Maribel bis/ter-saken*, kan likevel tyde på at statsstøttebestemmelsen ikke kan tas på ordet på dette punkt. Som nevnt ovenfor gjelder saken avgiftsfritak til fordel for foretak som sysselsatte spesialarbeidere. Ordningen kunne således omfatte et stort antall små og store bedrifter i ulike næringssektorer. Til Belgias anførsel om at dette faktum innebar at fritaket ikke var selektivt, uttalte Domstolen:

“Hverken den omstændighed, at ordningen omfatter et stort antal virksomheder, eller at disse virksomheder hører til i forskelligartede og store erhvervssektorer, gør det muligt at fastslå, at Maribel bis/ter-ordningen, som påstået af den belgiske regering, udgør en generell økonomisk-politisk foranstaltning.”¹⁵³

EF-domstolen støttet seg på avgjørelsen i *Nordrhein-saken*, der Domstolen utelukket at den omstendighet at støtten omfattet en hel økonomisk sektor medførte at støtteordningen ikke var selektiv.¹⁵⁴

Generaladvokat Mischo gir imidlertid uttrykk for et annet syn på rettstilstanden i sitt forslag til avgjørelse i *Adria Wien-saken*. Godtgjørelsesordningen for energiavgifter omfattet mange virksomheter, og i mange næringssektorer. På denne måten mente Generaladvokaten at saksforholdet var forskjellig fra *Maribel bis/ter*, fordi mottakerne i sistnevnte sak var mer spesifiserte siden de var karakterisert ved at de sysselsatte manuell arbeidskraft:

¹⁵³ Sak C-75/97, premiss 32.

¹⁵⁴ Sak 248/84, premiss 18.

“En foranstaltning, der vedrører et større antal konkret anførte produktionstyper, [er] ikke nødvendigvis det samme som en foranstaltning, der vedrører hele primær- og sekundærsektoren i en national økonomi. Det bør også erindres, at Domstolen har fastslået, at ‘[d]et fremgår [...] af ordlyden af traktatens artikkel 92 [87], stk. 1, at generelle foranstaltninger, der *ikke udelukkende begunstiger* visse virksomheder eller visse produktioner, ikke henhører under denne bestemmelse.’”¹⁵⁵

Generaladvokaten erkjente imidlertid at retstilstanden ikke var entydig på dette punkt, noe som kan vise tilbakeholdenhet med å innføre en begrensning på antall støttemottakere til Domstolen har gitt sin tilslutning til dette. I den konkrete saken uttalte derfor Generaladvokaten at støtten ikke var selektiv fordi det ikke utgjorde et *unntak* fra det generelle avgiftssystemet, jf. pkt. 5.4 nedenfor. At mottakerne var såpass mange synes derfor ikke å være den eneste årsaken til at Generaladvokaten fant at godtgjørelsesordningen manglet den nødvendige selektivitet.

EF-domstolen ga ikke sin tilslutning til Generaladvokatens syn med hensyn til relevansen av antallet mottakere, men viste til Domstolens dom i *Maribel bis/ter-saken*.¹⁵⁶ Generaladvokatens argument om at Maribelordningen var mer spesifikk enn det som var tilfelle med den østerrikske godtgjørelsesordningen ble imidlertid ikke vurdert av Domstolen. En slik manglende begrunnelse kan svekke avgjørelsens kvalitet. Det kan anføres at den belgiske ordningen var mer spesifikk fordi den omfattet de sektorer som var mest utsatt for internasjonal konkurranse. Den østerrikske ordningen gjaldt på den annen side alle vareproduserende virksomheter.

Senere praksis fra EF-domstolen viser likevel at den rettsoppfatningen som ble lagt til grunn i *Maribel bis/ter* fortsatt representerer Domstolens holdning til spørsmålet. I premiss 48 i den nylig avsagte dommen *Spania mot Kommisjonen*¹⁵⁷ refererte EF-domstolen for eksempel uttalelsene i *Maribel bis/ter-saken*, og ga således sin tilslutning til dette. EF-domstolens manglende begrunnelse i *Adria Wien* kan dermed ikke tas til inntekt for at antall støttemottakere må være begrenset.

¹⁵⁵ Premiss 48 i Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-143/99.

¹⁵⁶ Sak C-143/99, premiss 48 i Domstolens dom.

¹⁵⁷ Sak C-409/00, *Spania mot Kommisjonen*, Sml. 2003 s. I-1487. Se også sak C-351/98, *Spania mot Kommisjonen* (“Plan Renove Industrial”), Sml. 2002 s. I-8031, premiss 40.

Etter dette kan det neppe herske tvil om at antallet potensielle støttemottakere ikke kan være et relevant hensyn ved vurderingen av om avgiftsfritaket er en generell ordning eller selektiv støtte.

5.2.3 Sammenligningsgrunnlag og virkning

Bakgrunnen for selektivitetsvilkåret er altså å skille mellom støtte som påvirker konkurransen ved at forholdet mellom markedsaktørene endres, og støtte som påvirker konkurransen uten endring av forholdet aktørene imellom. Hvor avgiftsfritaket er åpent for alle virksomheter i en stat, er derfor kravet til selektivitet ikke oppfylt.

I *Adria Wien-saken* fikk EF-domstolen spørsmål om slike ikke-diskriminerende ordninger rammes av statsstøttereglene, og avkreftet dette:

“En statslig foranstaltning, som uden forskel er til fordel for alle virksomheder på det nationale område, kan (...) ikke udgøre statsstøtte.”¹⁵⁸

Forutsetningen for dette, er imidlertid at ordningene med avgiftsfritak rent *faktisk* er åpne for alle virksomhetene i vedkommende medlemsstat. Dette tilsier at kriteriene for å oppnå fritak må være objektive og at regelverket praktiseres på en ikke-diskriminerende måte. Som nevnt ovenfor i tilknytning til støttevilkåret, er det tradisjonelle utgangspunktet for fellesskapsorganenes vurdering av om en ordning innebærer støtte, ordningens *virkning*. Dette gjelder tilsvarende for selektivitetsvilkåret. En ordning som i sin *form* er horisontal og dekker alle virksomhetene i en medlemsstat, faller dermed ikke automatisk utenfor statsstøttereglenes anvendelsesområde. Dersom *effekten* av ordningen er at kun enkelte foretak blir begunstiget ved avgiftsfritaket, er det dette som er avgjørende:

“For a measure to be sufficiently selective in nature under European Law, there must be an undertaking or class of undertakings to whom, when compared to others, a benefit is granted, whether *de iure* or *de facto* [min uth.]”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Sak 143/99, premiss 35.

¹⁵⁹ *Hancher* (2003), s. 367.

Den danske *SEAS-saken*¹⁶⁰ er illustrerende. Saken gjelder ikke avgiftsfritak, men er likevel godt egnet til å vise at det er virkningen av ordningen som er avgjørende. Kjernevirksomheten til SEAS var kraftdistribusjon, men foretaket drev i tillegg med annen virksomhet, bl.a. vindmøller og akvakultur. Disse prosjektene gikk imidlertid med underskudd, og for å dekke tapene fra de andre prosjektene bestemte SEAS seg for å satse utelukkende på kraftdistribusjon. En måte å gjøre dette på, var å heve strømprisene og derved internalisere kostnadene ved de ulønnsomme prosjektene. Den danske elektrisitetsforsyningsloven stengte imidlertid for dette, da den baserte strømkostnadene på et kostpris-prinsipp. Myndighetene endret derfor loven til fordel for SEAS. Siden myndighetene brukte lovgivningskompetansen, kunne i prinsippet alle kraftforetakene i Danmark dra fordel av ordningen. Loven var imidlertid konstruert slik at det utelukkende var SEAS som *faktisk* kunne dra nytte av den, og dermed ble ordningen av Kommisjonen vurdert til å være selektiv støtte.

Når det gjelder de konkrete avgiftsfritakssakene her hjemme, har en slik virkningsbasert tolkning av selektivitetsvilkåret særlig betydning for den differensierte arbeidsgiveravgiften. Formelt sett er ordningen åpen for alle virksomheter, siden differensieringen skjer på grunnlag *arbeidstakerens* skattekommune. Saken for EFTA-domstolen i 1999 viser imidlertid at dette ikke er tilstrekkelig:

“Although the advantageous contribution rates are formally open to all undertakings, the Court finds that the system does *in fact* [min uth.] confer direct competitive advantages on undertakings in the favoured regions compared to undertakings located elsewhere, due to the high correlation between the zone of location of an undertaking and the place of residence of its workforce.”¹⁶¹

EFTA-domstolen la altså vekt på at sammenhengen mellom bosted og arbeidssted medførte at ordningen *faktisk* sett var selektiv, ved at ikke alle foretakene kunne nyttiggjøre seg ordningen.

Den nærmere grensen mellom generelle horisontale ordninger og selektiv statsstøtte er imidlertid ikke skarp. Selv om enkelte virksomheter har større fordeler av den i

¹⁶⁰ Se *XXIVth Report on Competition Policy 1994*, s. 167.

¹⁶¹ Sak E-6/98, *Norge mot ESA*, EFTA Court Report [1999] 74.

utgangspunktet horisontale ordningen enn andre, kan dette ha sin naturlige årsak. Dette kommer jeg tilbake nedenfor under pkt. 5.4.

Her vil jeg begrense meg til å nevne at denne virkningen kan forklares med forskjeller støttemottakerne imellom. Dette sier dermed noe om hvilket *sammenligningsgrunnlag* man må legge til grunn som utgangspunkt ved selektivitetsvurderingen. I saken *Spania mot Kommisjonen* uttalte således EF-domstolen:

“[M]ed hensyn til anvendelsen af traktatens artikel 92 [87], stk. 1, [skal det] udelukkende (...) tages stilling til, om en statslig foranstaltning som led i en bestemt retlig ordning kan begunstige »visse virksomheder eller visse produktioner« i forhold til andre virksomheder, der under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende ordning, befinder sig i en *tilsvarende faktisk og retlig situation* [min uth.]”¹⁶²

Det er altså bare støtte som forskjellsbehandler foretak i samme posisjon som utgjør en selektiv fordel for mottakeren. Dette tilsier at selv om avgiftsfritaket ikke omfatter alle virksomheter, kan støtten like fullt bli ansett som generell. Der avgiftsfritaket på den annen side medfører at virksomheter i samme faktiske og rettslige posisjon behandles forskjellig, vil kravet til selektivitet være oppfylt.

Utgangspunktet for vurderingen av om avgiftsfritaket innebærer en generell ordning eller selektiv støtte, er etter dette om fritaksordningen *faktisk* favoriserer enkelte virksomheter i forhold til virksomheter i *samme faktiske og rettslige situasjon*.

5.3 Hvordan skille generelle ordninger fra selektiv støtte?

5.3.1 Innledning

Med de ovenfor nevnte utgangspunktene in mente, blir problemstillingen hvordan man nærmere går frem for å skille mellom generelle avgiftsfritak og fritak som innebærer selektiv støtte.

¹⁶² Sak C-409/00, premiss 47.

Hovedregelen er at alt som ikke er avgiftsbelagt gjennom lov, forskrift eller stortingsvedtak, er avgiftsfritt. Påleggelse av avgifter er et slikt inngrep i borgernes rettsfære at det i henhold til legalitetsprinsippet krever hjemmel i lov, men Grunnloven § 75, bokstav a) gir hjemmel for at skatter og avgifter også kan pålegges gjennom stortingsvedtak. Noe upresist kan man derfor si at det generelle systemet bygger på avgiftsfrihet. På de områdene hvor en avgift er innført, er den generelle hovedregelen likevel avgiftsplikt fordi betalingsplikten normalt påligger alle.

Selve unntakene fra hovedregelen om avgiftsplikt kan imidlertid også være generelle, slik at avgiftsfritakene ikke oppfyller det nødvendige kravet til selektivitet. Problemet blir derfor nærmere bestemt å trekke grensen mellom generelle og selektive fritak.

5.3.2 Metoden

En analyse som utelukkende tar stilling til hvorvidt støtteordningen innebærer at noen foretak får fordeler i forhold til andre foretak, er ikke tilstrekkelig for å skille generelle og selektive ordninger når det gjelder avgiftsfritak. Selv om generelle regler i utgangspunktet gjelder alle foretak, medfører foretakenes ulike karakteristika at de ikke rammes på samme måte. Det kan således være naturlige årsaker som medfører at enkelte foretak blir begunstiget. En ren fordelsbasert analyse tar ikke hensyn til dette.¹⁶³

Overvåkningsorganene og fellesskapsdomstolene har derfor gjennom sin praksis utviklet en *totrinnsprosess* for å fastsette om slike generelle virkemidler som avgiftsfritak utgjør en generell foranstaltning eller et selektivt unntak:

“The common system applicable should (...) first be determined. It must then be examined whether the exceptions to the system or differentiations within that system are justified ‘by the nature or general scheme’ of the tax system (...).”¹⁶⁴

Første trinn i prosessen er en vurdering av avgiftssystemets oppbygning. Nærmere bestemt må det vurderes om oppbygningen av systemet er slik at avgiftsfritaket innebærer et selektivt unntak fra generelle regler, eller om avgiftsfritakene i seg selv må

¹⁶³ Bacon (1997), s. 303 og s. 320.

¹⁶⁴ Retningslinjenes pkt. 17B.3.1(4).

anses som generelle ordninger. Først dersom det er snakk om *unntak* fra generelle regler, kan avgiftsfritaket være selektivt.

At fritaksordningen innebærer unntak fra generelle regler er altså et *nødvendig* vilkår for at ordningen skal anses selektiv. Det er imidlertid ikke *tilstrekkelig*. Neste trinn i analysen er derfor å ta stilling til om fritaket kan anses *berettiget ut i fra avgiftssystemets natur eller generelle oppbygning*. Spørsmålet er her om differensieringen og fritakene kan berettiges som følge av en naturlig anvendelse av de generelle reglene. Først dersom unntaket ikke anses berettiget ut i fra slike synspunkter, er avgiftsfritaksordningene selektive i EØS art. 61 nr. 1s forstand. Annet ledd i vurderingsprosessen virker dermed som en unntaksregel eller sikkerhetsventil, som skal fange opp tilfeller som ikke rammes av statsstøtteregele, til tross for at ordningen isolert sett innebærer et unntak fra det generelle systemet.

Selv om ESAs og Kommisjonens uttalelser gir et klart uttrykk for at metoden for å skille generelle og selektive ordninger bygger på en totrinnsprosess, er det ingen klare skiller mellom vurderingene i prosessen. Som vi skal se nedenfor, er det ofte vanskelig å se at overvåkningsorganene eller fellesskapsdomstolene foretar et strengt skille mellom de to prosessene når de foretar en vurdering av det konkrete avgiftsfritaket. Mye av de samme vurderingene går dessuten igjen med hensyn til om fritaket skal anses som et unntak og om det i så fall kan anses berettiget ut i fra systemets natur.

I det følgende skal jeg presentere og analysere det rettslige grunnlaget for totrinnsprosessen ved vurderingen av avgiftsfritakets selektive karakter og derved presentere de nærmere retningslinjene for vurderingen.

5.4 Avgiftssystemets oppbygning – Innebærer fritaket et unntak fra det generelle systemet?

Dersom avgiftsfritaket ikke innebærer noe unntak fra det generelle systemet, men i seg selv må anses som en del av et generelt system, er ikke selektivitetsvilkåret oppfylt. For å kunne fastslå dette, må man nødvendigvis vurdere avgiftssystemets oppbygning.

5.4.1 Rettslig grunnlag

EF-domstolen måtte således vurdere oppbygningen av det italienske trygdesystemet i *Tekstilsaken* fra 1974. Domstolen konstaterte at avgiftsreduksjonen for arbeidsgivere i tekstilindustrien utgjorde “støtte” i EF art. 87s forstand. Spørsmålet var videre om denne støtten var selektiv. Den italienske regjeringen anførte at avgiftsreduksjonen ikke innebar noe selektivt unntak fra trygdesystemet, fordi den skulle oppveie den avgiftsbelastningen som falt på tekstilindustrien på grunn av dens mange kvinnelige arbeidstakere. EF-domstolen måtte dermed vurdere om reduksjonen var en naturlig del av arbeidsgiveravgiftsreglene, eller om det innebar et selektivt unntak fra de nevnte regler. Domstolene vurderte avgiftssystemet, og konstaterte at tekstilsektoren hadde høye produksjonskostnader. Avgiftsreduksjonen var imidlertid ingen følge av systemets oppbygning, men heller en ivaretagelse av politiske målsetninger (konkurrans- og likestillingshensyn). En normal anvendelse av avgiftsreglene ville tvert i mot medført at også arbeidsgivere i denne sektoren måtte betale avgift etter full sats. Domstolen kom derfor til at fritaket innebar et unntak fra det “*som følger af en normal anvendelse af det almindelige sociale forsorgssystem*”.¹⁶⁵

Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i *Sloman Neptun*-saken viser også at det er nødvendig å foreta en vurdering av systemets oppbygning for å fastslå om det foreligger et unntak, og om dette i tilfelle kan berettiges. Som nevnt under pkt. 4.3.1 kom EF-domstolen til at den fordelene rederiet oppebar som følge av loven ikke kunne anses gitt av statsmidler, fordi ordningen kun endret rammebetingelsene for det kontraktsrettslige forholdet mellom rederiet og deres ansatte. Domstolen gikk derfor ikke inn på selektivitetsvurderingen. Generaladvokat Darmon drøftet imidlertid dette vilkåret. Han henviste til tidligere praksis om at avgiftsfritak kan rettfærdiggjøres ut ifra systemets natur, blant annet *Tekstilsaken*, og uttalte at:

“Henvisningen til muligheden af at retfærdiggøre fritagelsen ved systemets ‘karakter eller forvaltning’ viser tydeligt, at det er nødvendigt at fastslå, om den omtvistede bestemmelse på en måde er en undtagelse i forhold til ‘den retlige normalitet’.”¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sak 173/73, premiss 33.

¹⁶⁶ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-72 og 73/91, premiss 53.

Videre anførte Generaladvokaten at unntaksbegrepet gjorde det lettere å skille mellom selektiv støtte og generelle ordninger enn “*hvis man blot identificerer de særlige begunstigede*”,¹⁶⁷ det vil si at det ikke er tilstrekkelig med en ren fordelsbasert analyse lik den man foretar ved vurderingen av om avgiftsfritaket innebærer “støtte”.

Senere praksis viser også at EF-domstolen i selektivitetsvurderingen først undersøker hvorvidt det aktuelle fritaket innebærer et unntak fra det alminnelige systemet. Det første trinnet i den analysemodellen som ble presentert ovenfor har således et solid rettslig grunnlag.

Problemstillingen er så hvordan fellesskapsorganene nærmere foretar denne vurderingen. Siden det er tiltakets virkning, og ikke dets form eller betegnelse som er avgjørende, må utgangspunktet for vurderingen være om den aktuelle fritaksordningen er av en slik *art* at den *faktisk* innebærer et unntak fra det alminnelige systemet. Spørsmålet er hva som nærmere ligger i begrepene “unntak” og “alminnelig system”.

5.4.2 Begrepene “unntak” og “alminnelig system”

5.4.2.1 “Unntak”

Slik EF-domstolen har benyttet unntaksbegrepet, synes hovedinnholdet å være at støttemottakeren behandles mer fordelaktig enn det som følger av hovedregelen innenfor vedkommende rettsområde. En slik tilnæringsmåte innebærer at det sentrale vurderingstemaet for avgiftsfritak blir om støttemottakeren hadde vært avgiftspliktig dersom han hadde blitt behandlet på linje med andre foretak i samme faktiske og rettslige posisjon. Spørsmålet er altså om støttemottakeren hadde måttet betale avgift etter full sats dersom man tenker seg at staten ikke hadde benyttet seg av avgiftsfritaket som virkemiddel.

a. Unntaksanalysen og forholdet til fordelsanalysen: Diskriminering

Denne vurderingen har store likhetstrekk med vurderingen av fordelselementet i støttebegrepet, jf. pkt. 4.2.1 ovenfor. Begge størrelsene sikter til en vurdering av om

¹⁶⁷ Premiss 55, i.f.

mottakeren er fritatt fra en avgift han under normale omstendigheter hadde vært pliktig til å betale. I *Tekstilsaken* synes det for eksempel som om EF-domstolen har foretatt en felles behandling av dette, se premiss 33. Likevel er det en forskjell: Ved vurderingen av om avgiftsfritaket innebærer en fordel, er vurderingstemaet om mottakeren hadde måttet betale avgiften selv dersom fritaket tenkes utelatt, dvs. om mottakeren *isolert sett* har blitt fritatt fra å betale en avgift. Ved vurderingen av om fordelene er selektiv, er imidlertid spørsmålet om mottakeren blir begunstiget *i forhold til andre virksomheter*.

Dermed er det bare *diskriminerende* fordeler som rammes av selektivitetsvilkåret. Fritak til fordel for virksomheter som mangler konkurranse ved at det i vedkommende medlemsstat ikke er noen andre virksomheter som befinner seg i den samme rettslige og faktiske situasjon, rammes dermed ikke av statsstøtteregele. Det sammenligningsgrunnlaget avgjørelsen i *Spania mot Kommisjonen* bygger på, jf. pkt. 5.2.3, synes også å forutsette at unntaksbegrepet må presiseres på denne måten.

I sitt forslag til avgjørelse i *Sloman Neptun-saken* mener imidlertid Generaladvokat Darmon tilsynelatende at det ikke er nødvendig å fastslå om unntaket innebærer at medlemsstatens virksomheter forskjellsbehandles. Dette begrunner han med at statsstøtteregele også kan ramme fordeler som gis virksomheter uten konkurrenter i medlemsstaten. Unntak i slike tilfeller vil etter hans mening likevel påvirke *“konkurrencen til skade for de i andre medlemsstater etablerte virksomheder”*.¹⁶⁸ En slik tilnærming er likevel vanskelig å forene med det faktum at det er opp til medlemsstatene å fastsette sin generelle økonomiske politikk, selv om dette kan påvirke konkurransen i *fellesmarkedet*. Når det er slik at alle sammenlignbare virksomheter omfattes av et avgiftsfritak, er det ikke naturlig å si at fritaket innebærer et unntak. I slike tilfeller er det mer naturlig å karakterisere fritaket som en del av det generelle systemet. Denne presiseringen kan imidlertid ikke medføre at det kun er fritak til fordel for enkelte foretak i en spesiell sektor som kan innebære unntak. Uttrykket *“tilsvarende faktisk og rettslig situasjon”* kan ikke brukes så snevert at det kun omfatter virksomheter som konkurrerer på det samme markedet. Flere avgjørelser fra EF-domstolen viser at støtte gitt til en hel sektor kan innebære et unntak fra det generelle systemet. I *Tekstilsaken* ble for eksempel støtte gitt til en hel industrisektor underkjent som

¹⁶⁸ Premiss 61.

stridende mot statsstøttereglene, og denne sektoren hadde forutsetningsvis ingen andre italienske konkurrenter. Poenget er at sammenligningsgrunnlaget viser til at det skjer forskjellsbehandling innenfor ett og samme *avgiftsregime*. For norske forhold får dette betydning både for elavgiftsfritaket og den differensierte arbeidsgiveravgiften, siden mottakerne til dels opererer på ulike markeder.

Selektivitetsvilkåret kan etter dette bare sies å omfatte *diskriminerende* unntak. Spørsmålet som da reiser seg, er om det stiller seg likt med både *direkte* og *indirekte* (skjult) diskriminering. Forskjellsbehandlingsbegrepet tilsier at i alle fall direkte diskriminering anses som unntak. Det typiske eksempelet er der myndighetene adresserer støtte direkte til virksomheter som oppfyller visse betingelser, noe dagens fritak for elavgift kan illustrere. Fritaket er her kun tilgjengelig for virksomheter innen visse sektorer, og er dermed diskriminerende allerede i sin form. Spørsmålet er om det også er plass til indirekte diskriminering i en unntaksmodell som baserer seg på et element av diskriminering.

Dette vil i så fall sikre at støtteordninger som ikke i sin *form eller betegnelse* gir visse foretak fordel i forhold til andre foretak, men som like fullt har en slik diskriminerende *virkning*, rammes av selektivitetsvilkåret. *SEAS-saken* er i så måte et eksempel. Myndighetenes handlinger i denne saken innebar ingen direkte diskriminering til fordel for SEAS. Når loven likevel ble konstruert slik at kun SEAS kunne dra nytte av den, var det indirekte diskriminering. Vi har sett at Kommisjonen klassifiserte denne ordningen som statsstøtte. På samme måte underkjente EF-domstolen nederlandske prisregler ved levering av naturgass i *CdF-saken*.¹⁶⁹ Ordningen pekte ikke ut noen støtemottakere direkte, men kun ammoniakkprodusenter oppfylte vilkårene for å få gass levert til nedsatt pris. Derfor innebar dette indirekte diskriminering til fordel for en spesiell sektor, og kravet til selektivitet var dermed oppfylt, se premiss 22 og 23. Fra nyere praksis kan Førsteinstansrettens avgjørelse i saken *Diputación Foral de Guipúzcoa mot Kommisjonen*¹⁷⁰ illustrere. Regionale

¹⁶⁹ Sak 169/84, *Société CdF Chimie azote et fertilisants SA og Société chimique de la Grande Paroisse SA mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-3083.

¹⁷⁰ Forente saker T-269/99, T-271/99 og T-272/99, *Diputación Foral Guipúzcoa mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-4217.

spanske myndigheter ga her skattelettelser til virksomheter som foretok investeringer på mer enn 2,5 mrd. ESP (ca. € 15 mill.) i fysiske anleggsgjenstander. Skattelettelsen var avgrenset etter objektive kriterier, og ordningen utpekte ingen støttemottakere direkte. Likevel anså Førsteinstansretten skattelettelsen som selektiv fordi ordningen:

“(…) begrenser indrømmelsen af skattelempelsen til virksomheder, der foretager investeringer i nye materielle anlægsaktiver på mere end 2,5 mia. ESP. De omtvistede skatteforanstaltninger begrænser derved de facto indrømmelsen af skattelempelsen til virksomheder, der har betragtelige finansielle midler. På dette grundlag har Kommissionen derfor med rette foreløbigt kunnet lægge til grund, at den skattelempelse, der er indført ved de omtvistede skatteforanstaltninger, var forbeholdt »visse virksomheder« som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF.”¹⁷¹

Det avgjørende var altså at støtteordningen faktisk sett kun var tilgjengelig for større virksomheter og at den dermed innebar indirekte diskriminering.

b. Tilfeldige utslag av regelverket

På den annen side viser Kommisjonspraksis at visse former for indirekte diskriminerende støtte har blitt ansett som generelle ordninger. Kommisjonen har for eksempel godkjent en dansk ordning med avgiftsfritak for elektrisitet som benyttes til produksjon.¹⁷² Det danske elavgiftsfritaket er altså ikke rettet mot bestemte foretak, sektorer eller regioner, men mot produksjonsprosesser. Fritaket gjelder således ikke for elektrisitet som benyttes til oppvarming og belysning. På denne måten avgrenses fritaket etter objektive og i utgangspunktet ikke-diskriminerende kriterier, likevel har ordningen den virkning at visse sektorer (først og fremst kraftkrevende industri) har *større fordeler* av fritaket enn sektorer med et mindre elektrisitetsforbruk. Selv om det danske fritaket gjelder hele næringslivet, blir elektrisitet til produksjonsformål i hovedsak bare brukt av produksjonsindustrien. Dermed innebærer ordningen tilsynelatende en forskjellsbehandling til fordel for slike brukere i forhold til for eksempel den tjenesteytende sektor, fordi sistnevnte sektor etter sin karakter vil dra langt mindre nytte av fritaket enn førstnevnte. Likevel har altså Kommisjonen godkjent dette. Kommisjonens begrunnelse er at avgiftsfritaket ikke er adressert mot bestemte foretak, sektorer eller regioner, men er avgrenset etter bruk. Ordningen er dermed

¹⁷¹ Premiss 57.

¹⁷² Sak N 416/1999, Publisert i EFT 2000 C 354/17.

objektivt sett tilgjengelig for alle, også den tjenesteytende sektor kan dra nytte av ordningen, selv om forbruket av elektrisitet til produksjonsformål er være begrenset.

Når det gjelder det norske elavgiftsfritaket, er dette som nevnt rettet mot bestemte sektorer, og dermed innebærer dette er mer direkte form for diskriminering fordi ikke alle produksjonsprosesser omfattes. Det norske elavgiftsfritaket har imidlertid som virkning at den *vesentlige* andelen av elektrisk kraft som benyttes til produksjonsformål omfattes av fritaket. I andre sektorer enn industrien benyttes således elektrisk kraft til produksjonsformål i langt mindre grad. Dermed har denne ordningen tilnærmet samme *virkning* som den godkjente ordningen i Danmark. Likevel har ESA i sin foreløpige vurdering av det norske systemet konkludert med at fritaket er selektivt.

En måte å forklare denne forskjellen på, er hvorvidt tiltakets selektive virkning er spesielt *tilsiktet* eller ikke. Førstnevnte tilfelle omfatter da tiltak som er adressert mot bestemte foretak, sektorer eller regioner, mens sistnevnte tilfelle omfatter ordninger som knytter virkningen til et rettsfaktum (hendelse). Selv om virkningen av slike tiltak også kan være at enkelte foretak har større fordeler enn andre, er ikke denne virkningen tilsiktet, men kommer som en følge av støttemottakernes ulike karakteristika. Når fritaket er objektivt og faktisk sett er åpent for alle, oppfyller ordningen dermed ikke kravet til selektivitet.

En god illustrasjon gir *Maribel quater-saken*,¹⁷³ om oppfølgeren til Maribel bis/ter ordningen. Som følge av at EF-domstolen konkluderte med at Maribel bis/ter ordningen innebar ulovlig statsstøtte, endret belgiske myndigheter ordningen slik at den nå omfattet alle foretak som sysselsatte manuell arbeidskraft, og fjernet det ekstra fritaket til foretak som var særlig utsatt for internasjonal konkurranse. Selv om avgiftsfritaket nå omfattet alle arbeidsgivere som sysselsatte manuell arbeidskraft, er det liten tvil om at arbeidsgivere som sysselsatte en større andel manuell arbeidskraft fikk en fordel i forhold til andre arbeidsgivere. Kommisjonen godkjente likevel ordningen, fordi avgiftsfritaket ikke lenger var rettet mot bestemte sektorer, men objektivt sett var åpen for alle arbeidsgivere. At noen virksomheter hadde større fordeler av ordningen enn andre, endret ikke på dette. I den norske elavgiftssaken har myndighetene tatt

¹⁷³ Sak N-132/97, Publisert i EFT 1997 C 201/6.

konsekvensen av dette skillet. På sikt vil således Regjeringen endre elavgiftssystemet slik at det skilles mellom elektrisitet som benyttes til produksjonsformål og andre formål uten å adressere støtten til enkelte sektorer.¹⁷⁴ Virkningen vil imidlertid i hovedsak bli den samme som den er i dag, der det er den kraftkrevende industrien som har størst fordeler av ordningen.

I slike tilfeller er altså det forhold at enkelte foretak får større fordeler enn andre et *tilfeldig utslag* av reglene, og kan på denne måten ikke sies å innebære noen indirekte diskriminering:

“Almost any State measure has the effect of benefiting some undertakings over others. The reduction of employer’s social contributions benefits labour-intensive industries. (...) While these kinds of measures, like almost any State regulatory measure may, distort competition within the EC where undertakings in different Member States are subject to different conditions, no-one has suggested that they might amount to State aid.”¹⁷⁵

Derfor er det ved vurderingen av om fritaket innebærer et unntak nødvendig å presisere dette slik at unntaket indirekte eller direkte må være diskriminerende. Dette skiller *SEAS-*, *CdF-* og *Diputación Foral Guipúzcoa-sakene* fra sakene om den *danske elreformen* og *Maribel quater*. Det er likevel en balansegang mellom fritak som har en direkte eller indirekte diskriminerende virkning, og fritak som åpenbart gir noen foretak større fordeler enn andre, men kan begrunnes i tilfeldige utslag av regelverket. Denne grensen mellom indirekte diskriminering og fordeler som er tilfeldige utslag av reglene, kan være spesielt vanskelig fordi virkningen av ordningene er de samme.

Kommisjonens seneste praksis kan således tyde på at Kommisjonen er i ferd med å legge mindre vekt på tiltakets virkning, og heller se hen til formelle diskrimineringskriterier. Dette kan tilsynelatende innebære et brudd med langvarig praksis fra EF-domstolen om at det er virkningen som er avgjørende ved vurderingen av om tiltaket innebærer statsstøtte. Det er dermed ikke sikkert at EF-domstolen vil følge

¹⁷⁴ Se St. prp. nr. 1 (2003-2004), pkt. 4.7.

¹⁷⁵ *Bacon* (1997), s. 302. Se videre *Quigley* (2003), s. 54 og *Hancher* (2003) s. 367. ESA gir også uttrykk for det samme synspunktet i retningslinjenes pkt. 17B.3.1(2). *Schön* (1999), s. 934 synes å mene det motsatte uten å begrunne dette nærmere.

Kommisjonens praksis på dette punkt. Domstolen har imidlertid ikke tatt eksplisitt stilling til spørsmålet enda. Foreløpig vil derfor Kommisjonens praksis være retningsgivende, slik at tilfeldige utslag av regelverket ikke utgjør statstøtte. En slik tolkning av selektivitetsvilkåret kan være vanskelig å håndtere i praksis, da det kan være problematisk å vurdere om den selektive virkningen er tilsiktet fra myndighetenes side, eller om det er et tilfeldig utslag av generelle regler. Dette forholdet kan tale mot at EF-domstolen bør godkjenne Kommisjonens praksis. En sikrere løsning på elavgiftssaken vil dermed kanskje være å frita hele næringslivet for avgiften, uavhengig av om elektrisiteten benyttes til produksjon eller til oppvarming og belysning.

På den annen side vil det som nevnt alltid være noen som har større fordeler av en generell ordning enn andre. Når avgiftsfritaket ikke innebærer diskriminerende elementer, men er basert på objektive kriterier som alle aktører har adgang til å oppfylle (typisk der en bestemt bruk av det avgiftsbelagte produktet fritas for avgiftsplikt), kan det således føre for langt å trekke den virkningsorienterte vurderingen dit hen at også slike tilfeller omfattes. Dersom slike tilfeller skulle rammes av statsstøttebestemmelsen, kan det medføre at *alle* generelle ordninger må forhåndsmeldes til ESA og Kommisjonen, noe som ville medføre en betydelig merbelastning i overvåkningsorganenes arbeid og dermed svekket håndhevelse av reglene. Derfor vil det i slike tilfeller være mest riktig å legge avgjørende vekt på at ordningen faktisk er åpen for alle virksomheter, og heller se bort fra at enkelte drar større fordeler av ordningen enn andre. Det synes noe søkt å karakterisere et avgiftsfritak som selektivt i forhold til aktører som ikke benytter den avgiftsfritatte produksjonsfaktoren. EF-domstolens fokus på fritakets *virkning* stenger etter min mening ikke for dette. De nederlandske prisreglene i *CdF-saken* ble for eksempel underkjent fordi ordningen ikke *faktisk* var tilgjengelig for alle brukere av gass. Det er ikke sikkert Domstolen hadde kommet til samme løsning dersom prisreglene faktisk omfattet alle, men hvor ammoniakkprodusentene dro størst nytte av ordningen. I denne forbindelse minnes det også om EF-domstolens uttalelse i premiss 35 i *Adria Wien-saken* (se pkt. 5.2.3 ovenfor). Domstolen ga her klare signaler om at en støtteordning som er til fordel for alle virksomheter i en stat, ikke vil utgjøre statsstøtte. Dette må gjelde uansett om enkelte foretak har større nytte av fritaket enn andre. I *DM-Transport-saken* uttalte da også Domstolen at:

“Det fremgår af ordlyden af traktatens artikel 92 [87], stk. 1, at generelle foranstaltninger, der ikke udelukkende begunstiger visse virksomheder eller visse produktioner, ikke henhører under denne bestemmelse.”¹⁷⁶

Det avgjørende må derfor etter min mening være om avgiftsfritaket er til fordel *utelukkende* for visse foretak, sektorer eller regioner eller ikke. Avgiftsfritak som både rettslig og faktisk sett er åpen for samtlige aktører utgjør dermed ikke statsstøtte, selv om enkelte foretak har større fordeler av fritaket enn andre.

Oppsummeringsvis peker unntaksbegrepet på en vurdering av om myndighetene direkte eller indirekte forskjellsbehandler virksomhetene i medlemsstaten ved at noen av de ellers avgiftspliktige foretak gis fritak fra denne plikten. Slik praksis hos Kommissjonen har utviklet seg, kan det synes som at slik forskjellsbehandling ikke foreligger hvor avgiftsfritakets selektive virkning ikke er tilsiktet, men beror på tilfeldige utslag av regelverket. Etter min mening stenger EF-domstolens virkningsorienterte tolkning av selektivitetsvilkåret ikke for en slik løsning.

5.4.2.2 “Alminnelig system”

Når unntaksbegrepet på denne måten setter fokus på om det er snakk om fritak fra en avgift støttemottakeren ellers hadde måttet betale, må det nødvendigvis vurderes om det foreligger en slik avgiftsplikt etter det alminnelige system. Når det gjelder de norske sakene om differensiert arbeidsgiveravgift og fritak fra miljøavgifter, blir da spørsmålet om det alminnelige systemet med arbeidsgiveravgifter og miljøavgifter forutsetter full avgiftsplikt. Med hensyn til elavgiften, er hovedregelen i henhold til særavgiftsforskriften § 3-12-1 (1) at alt innenlandsk forbruk av elektrisk kraft er avgiftsbelagt. Elavgiftsfritaket representerer derfor i utgangspunktet et unntak fra denne hovedregelen. På samme måte innebærer differensieringen av arbeidsgiveravgiften tilsynelatende et unntak fra hovedregelen i ftrl. § 23-2, første ledd, om full avgiftsplikt for alle arbeidsgivere. Dersom man ser disse ordningene som ett system, er det klart at fritakene innebærer selektive unntak.

¹⁷⁶ Sak C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA* (“DM-Transport”), Sml. 1999 s. I-3913.

a. Forskjellige rettslige systemer

Spørsmålet er imidlertid om det eksisterer *separate systemer* for avgiftsplikten for de som omfattes av ordningen, og om dette i så fall er relevant ved vurderingen av skillet mellom generelle og selektive tiltak. Når det gjelder det sistnevnte spørsmålet, angår dette problemstillingen om hva som ligger i begrepet “alminnelig system”. Peker dette på det alminnelige, overordnede rettssystemet i en stat, eller henviser begrepet til at det i dette overordnede systemet kan eksistere egne, separate systemer?

En dansk sak for Kommisjonen kan illustrere problemstillingen.¹⁷⁷ Danske myndigheter ville gi arbeidsgivere et incitament til å heve standarden på arbeidsmiljøet utover det lovgivningen krevde. Arbeidsgivere som ville forbedre arbeidsmiljøet ble således tilbudt å betale lavere arbeidsgiveravgifter og dessuten tilskudd til dekning av kostnadene til den sertifiseringen som ordningen innebar. Avgiftsfritaket og tilskuddet var imidlertid bare rettet mot landbaserte virksomheter. Selskaper innen offshore, shipping og luftfart var ikke omfattet av ordningen. De reduserte arbeidsgiveravgiftene innebar dermed en fordel som kun foretak innen visse sektorer kunne dra nytte av. Likevel godkjente Kommisjonen ordningen. Det ble da bl.a. lagt vekt på at det var etablert egne regler for arbeidsforhold i særlover for luftfart, offshore og shipping.

En annen mulig grunn til å godkjenne ordningen kunne vært at mottakerne ytet vederlag for avgiftsreduksjonen ved å påta seg forpliktelser utover det loven krevde, jf. pkt. 4.2.2 overfor. Dette grunnlaget ble imidlertid ikke vurdert av Kommisjonen.

Det eksisterte således et eget separat avgiftsregime for landbasert virksomhet, og når fritaket var åpent for alle innenfor dette systemet, innebar det ikke noe selektivt unntak til fordel for en bestemt sektor. Det kunne derimot ha forholdt seg annerledes hvis fritaket bare var tilgjengelig for visse foretak innen *denne* sektoren. *Quigley* sier det slik:

“A distinction must be drawn between sectoral taxation and sectoral elements of general taxation.”¹⁷⁸

¹⁷⁷ Sak N 246/2001, ennå ikke publisert i EFT. Et resymé av saken er gitt i *XXXIst Report on Competition Policy* (2001), pkt. 381.

¹⁷⁸ *Quigley* (1988), s. 254.

Et avgiftsfritak som er til fordel for virksomheter i en bestemt sektor utgjør altså ikke selektiv støtte i forhold til virksomheter i sektorer som ikke er omfattet av den avgiftsplikten det gis fritak fra. Dette kan allerede sies å ligge i sammenligningsgrunnlaget; virksomhetene befinner seg rettslig sett i ulike posisjoner.

Dersom staten for eksempel gir fritak fra den avgiftsplikten som foreligger etter lov om avgift på utslipp av CO₂ i petroleumsvirksomhet på kontinentalsokkelen av 21. desember 1990 nr. 72, innebærer dette ikke selektiv støtte i forhold til de som omfattes av CO₂-avgiftsplikten som pålegges i henhold til *særagiftsforskriften*. Det er her snakk om separate avgiftssystemer. Den samme problemstillingen gjør seg gjeldende i forhold til avgiftsfritak som gis etter regionale kriterier, som geografisk differensiert arbeidsgiveravgift. Dette innebærer at avgiftsfritak som innrømmes virksomheter beliggende i visse regioner ikke er selektive, under forutsetning av at det eksisterer et eget avgiftssystem i vedkommende region. Det norske systemet med kommunale vann-, kloakk- og renovasjonsavgifter kan tjene som eksempel. Staten har på dette området gitt kommunene myndighet til selv å bestemme om de vil innkreve slike avgifter, og i tilfelle til hvilken sats, se lov om kommunale vass- og kloakkavgifter av 31. mai 1974 nr. 17, med tilhørende forskrifter. På samme måte er det kommunestyret som bestemmer om det skal innkreves eiendomsskatt i henhold til lov om eiendomsskatt til kommunane av 6. juni 1975 nr. 29, § 2.

b. Hva kjennetegner et system?¹⁷⁹

Det er etter dette klart at uttrykket “alminnelig system” ikke bare omfatter det overordnede generelle rettssystemet i medlemsstatene, men også mer spesifikke systemer for en snevrere gruppe av rettssubjekter. Den presiseringen som ligger i sammenligningsgrunnlaget innebærer at spørsmålet er hvorledes det alminnelige systemet er for foretak i samme faktiske posisjon. Særlig når det gjelder egne systemer i ulike sektorer, er dette et godt utgangspunkt for vurderingen av det alminnelige systemet. Hensynet til statsstøttereglenes effektivitet tilsier nemlig at medlemsstatene ikke kan opprette separate avgiftsregimer etter eget forgodtbefinnende, for på denne måten å unngå at en begunstiging er selektiv. EF-domstolens uttalelser om

¹⁷⁹ For en rettsfilosofisk behandling av spørsmålet, se nærmere *Eckhoff* (1991) kap. 2.

sammenligningsgrunnlaget forutsetter klart at det må være en viss sammenheng mellom den rettslige posisjonen og den faktiske situasjonen. Det er for eksempel ikke tilstrekkelig å konstruere to ulike elavgiftsregimer for henholdsvis industrisektoren og den tjenesteytende sektor, med mindre rettssubjektenes faktiske forhold tilsier dette. *Adria Wien-saken* kan illustrere. Spørsmålet var her om miljøhensyn kunne begrunne ulik behandling av produksjonssektoren og den tjenesteytende sektor. Til dette uttalte EF-domstolen:

“[D]e økologiske hensyn, der ligger til grund for de i hovedsagerne omtvistede nationale bestemmelser, (...) kan [ikke] begrunde, at tjenesteydelsesvirksomheders anvendelse af naturgas og elektricitet behandles anderledes end anvendelsen af de pågældende energikilder af virksomheder, der fremstiller materielle goder. Begge grupper af virksomheders energiforbrug er lige skadeligt for miljøet.”¹⁸⁰

I denne saken var det riktignok ikke snakk om separate rettslige systemer; den siterte uttalelsen gjelder spørsmålet om unntaket er naturlig, jf. pkt. 5.5 nedenfor. Uttalelsen illustrerer likevel at det kreves sammenheng mellom de rettslige og de faktiske forhold.

Ved vurderingen av om det foreligger et eget system i en spesiell sektor, synes altså det relevante spørsmål for det første å være om mottakervirksomhetene *rettslig sett* sorterer under ett eget regime. For å unngå omgåelser fra medlemsstatene blir det andre spørsmålet om virksomhetenes *faktiske forhold* berettiger et slikt særskilt system. Når det gjelder den konkrete saken om fritak fra elavgift, kan det ikke sies å eksistere noe eget system for de som omfattes av fritakene. Selv om de rettssubjektene som omfattes av særavgiftsforskriften er såpass forskjellige at de faktiske forhold kanskje kunne tilsi separate regimer, er det slik avgiftssystemet er bygget opp i dag ingen tvil om at det rettslig sett ikke gjelder noe separat system for de som er fritatt for elavgiften.

Når det gjelder avgiftsfritak som gis etter regionale kriterier, som arbeidsgiveravgiften, kan det være vanskelig å vurdere om foretakenes ulike faktiske forhold berettiger forskjellsbehandling. Virksomhetenes faktiske forhold er ikke vesentlig forskjellige fra region til region; det er ikke slik at hver sektor er lokalisert i hver sin region. Bortsett fra det faktum at foretakene er lokalisert i ulike regioner kan det være flere likheter enn

¹⁸⁰ Premiss 52.

forskjeller mellom foretakene. Det relevante spørsmålet å stille i denne forbindelse, er derfor om det rettslig sett eksisterer egne regimer i de ulike regionene. Problemstillingen er imidlertid hva som skal til for å karakterisere en regional ordning som et eget rettslig regime.

Utgangspunktet for denne vurderingen synes å være om den regionale ordningen er *initiert* av staten, eller av regionale eller kommunale myndigheter. I førstnevnte tilfelle er det klart at det alminnelige systemet er det statlige. Staten vedtar felles regler for hele landet. Differensiering innenfor dette vil derfor være “regional elements of general taxation”, for å bruke *Quigleys* uttrykk. For at et system skal sies å være alminnelig innenfor en bestemt region, må derfor beslutningsmyndigheten innenfor denne regionen tilkomme de regionale/kommunale myndigheter alene. Selv om statlige overføringer muliggjør fritak, jf. *Nordrhein-saken*, er det da regionale og kommunale myndigheter som bestemmer hvordan disse skal brukes. Det faktum at systemet finansieres av staten er ikke avgjørende for vurderingen av om støtten er selektiv. Så lenge staten ikke bestemmer hvordan midlene skal brukes, vil beslutningsmyndigheten tilligge kommunene, og nettopp slik *autonomi* er et særtrekk for et rettssystem.¹⁸¹

Fordi reglene om satsene på arbeidsgiveravgiften og hvem som skal omfattes av de ulike satsene bestemmes sentralt av Stortinget, er det på det rene at det ikke eksisterer egne systemer for arbeidsgiveravgift i de ulike sonene.

Selv om lokale myndigheter gis formell beslutningskompetanse, kan staten imidlertid gi mer eller mindre vage føringer på hvordan de midler som bevilges skal brukes. Staten bevilger for eksempel penger til en bestemt region, og dikterer at disse skal brukes til å gi avgiftsfritak til foretak som etablerer seg i regionen. På denne måten søker staten å oppnå et nasjonalpolitisk mål ved å bruke et regionalt virkemiddel. I slike tilfeller har de lokale myndighetene fremdeles formell autonomi, men det er staten som initierer avgiftsfritaket. En streng anvendelse av analysemodellen tilsier at slike tiltak ikke innebærer statsstøtte, fordi ordningen er lik for alle innenfor det regionale systemet. *De facto* vil imidlertid statens innblanding medføre at tiltaket medfører en statsinitiert forskjellsbehandling av landets virksomheter. EF-domstolen har som nevnt flere ganger poengtert at det er støttens virkning som er avgjørende, ikke dens form eller betegnelse.

¹⁸¹ Se *Bacon* (1997) s. 301.

En virkningsorientert tolkning gir således fellesskapsorganene mulighet til å skjære gjennom i slike tilfeller.

5.4.3 Nærmere retningslinjer for vurderingen

Selv om begrepene “unntak” og “alminnelig system” er gitt et innhold som i avsnittet ovenfor, vil vurderingen av om det konkrete avgiftsfritaket innebærer et unntak fra det alminnelige systemet fortsatt bære preg av et visst skjønn. Spørsmålet er dermed hvilke retningslinjer fellesskapsretten gir ved dette skjønnet.

5.4.3.1 Avgiftsfritaketets formål

En viktig retningslinje for å avgjøre om tiltaket innebærer et selektivt unntak eller i seg selv må anses som et generelt virkemiddel, er for det første hvilket *formål* de aktuelle fritaksordningene har. *Adria Wien-saken* er interessant også her. Saken gjelder som nevnt godtgjørelse av avgifter i energisektoren, og spørsmålet var om denne ordningen innebar et unntak fra det alminnelige systemet for energiavgifter. Vurderingen av om tiltaket innebar et unntak måtte etter Domstolens syn skje “*under hensyntagen til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning*”.¹⁸²

I forhold til spørsmålet om avgiftsfritaksordningen i den konkrete saken var selektiv, konstaterte Domstolen først at formålet bak avgiftsplikten var miljømessige hensyn; plikt til å svare energiavgift ga elektrisitetskonsumentene incitament til å spare strøm. Dernest tok Domstolen stilling til hva som var formålet bak den omtvistede godtgjørelsesordningen. I følge forarbeidene til de østerrikske bestemmelsene om avgiftsgodtgjørelsen, var formålet med godtgjørelsen å opprettholde støttmottakerens konkurransevne, fordi produksjonssektoren ble rammet uforholdsmessig hardt av avgiftene. EF-domstolen kunne ikke se at miljømessige hensyn lå bak godtgjørelsesordningen, og dermed kunne ikke unntaket begrunnes med samme hensyn som de hensyn som begrunnet hovedregelen. Domstolen så derfor ingen grunn til at de som var omfattet av ordningen skulle behandles på en gunstigere måte enn andre. Derfor var det ikke naturlig å si at det eksisterte et eget system for beskatning av

¹⁸² Sak C-143/99, premiss 41.

produksjonssektoren. Godtgjørelsesordningen innebar dermed et unntak fra det alminnelige system.

I den konkrete vurderingen av om avgiftsfritaket utgjør et unntak fra det alminnelige system, ser vi altså at EF-domstolen vurderer *formålene* bak avgiftsplikten og avgiftsfritaket. Dersom disse formålene er motstridende, taler mye for å anse ordningen som et unntak. Rettsteknisk sett benyttes jo unntaksbestemmelser for å modifisere hovedregelen, altså ivareta hensyn som hovedregelen ikke fremmer.

5.4.3.2 Skjønnsfrihet

En annen viktig retningslinje for hvorvidt støtteordningen innebærer unntak fra det alminnelige system eller ikke, er om regelverket gir myndighetene en viss *skjønnsfrihet*. Vi har sett ovenfor at ordninger som både rettslig og faktisk sett er tilgjengelige for alle virksomheter, i utgangspunktet ikke oppfyller det nødvendige kravet til selektivitet. I slike tilfeller er det opp til foretakene å oppfylle vilkårene for å omfattes av ordningen. Så lenge disse kriteriene ikke innebærer noen diskriminerende elementer, kan ordningen ikke sies å begunstige enkelte foretak fremfor andre. Problemet oppstår imidlertid idet myndighetene har en viss skjønnsfrihet. Dette kan være frihet til bestemme hvem som skal omfattes av et avgiftsfritak, frihet til å bestemme hvem som skal omfattes av en avgiftsplikt eller frihet til å fastsette avgiftssatsen individuelt for de som omfattes av avgiften. Det er ingen tvil om at alle situasjonene kan åpne for at reglens anvendes på en måte som begunstiger enkelte foretak i forhold til andre. Støttemottakerne identifiseres imidlertid ikke i loven. Selve lovteksten gir ikke grunnlag for å vurdere om det foreligger et unntak. Som EF-kommisjonen uttaler, er det likevel ikke noe vilkår at unntaket fremgår av loven:

“This favoured group needs not to be specified in the rules of the scheme or be readily identifiable. It is sufficient that the scheme could benefit certain firms particularly, though these are not identifiable in advance, and *this is especially so if the authorities applying it have a degree of discretion* [min uth.] in selecting beneficiaries or setting the level of subsidy.”¹⁸³

¹⁸³ *XXIIIrd Report on Competition Policy* (1993), pkt. 390.

Igjen kan dette ses på som et utslag av den virkningsorienterte tolkningen av statsstøttereglene. Dersom slike tilfelle ikke rammes av statsstøttereglene, kunne medlemsstatene enkelt omgå reglene ved å la det være opp til myndighetenes skjønn om avgiftsfritak skulle gis. Dette kan imidlertid ikke begrunne hvorfor nettopp skjønnsfrihet er en viktig *retningslinje* for vurderingen av om fritaksordningen innebærer et unntak fra det alminnelige systemet. Forutsetningen må her være at generelle ordninger nettopp er kjennetegnet ved at de er tilgjengelige etter objektive kriterier. En motsetningsslutning fra dette tilsier dermed at selektive ordninger ofte er “*kendetegnet ved overladelse af en skønsbeføjelse til den kompetente myndighed*”.¹⁸⁴ Denne skjønnsfriheten kan gi muligheter for forskjellsbehandling. Spørsmålet er om slike synspunkter også kan utledes fra EF-domstolens praksis.

*Ecotradesaken*¹⁸⁵ er interessant i denne sammenheng. Saken gjelder italiensk konkurslovgivning, som ga diverse fordeler til kriserammede store virksomheter. Blant annet innebar lovgivningen en ordning med særlig administrasjon av virksomheten. Dette muliggjorde videre drift av foretaket, blant annet ved forbud mot individuell kreditorforfølgning, suspensjon av gjeldsrenter, nedsettelse av gjelden og statlig kausjon. Domstolen fant at dette innebar en fordel. Spørsmålet var om fordelene var selektiv. Loven utpekte ingen spesielle virksomheter som falt inn under ordningen. Avgjørelsen av om et foretak skulle settes under særlig administrasjon tillå industriministerens skjønn, der det særlig skulle tas hensyn til kreditorenes interesser. Objektivt sett kan vi derfor si at ordningen var tilgjengelig for samtlige insolvente virksomheter. EF-domstolen fant likevel at kravet til selektivitet var oppfylt, fordi skjønnsbeføyelsen også innebar at industriministeren kunne ta andre hensyn, herunder “*ønsket om, ud fra nationale industripolitiske hensyn, at bevare virksomhedens økonomiske aktivitet*.”¹⁸⁶ Denne skjønnsmyndigheten var dermed det avgjørende momentet som førte til at EF-domstolen vurderte ordningen til å være selektiv. Ved anvendelsen av de alminnelige konkursreglene, ville det ikke vært mulig å videreføre virksomheten. Derfor medførte skjønnsmyndigheten et statsinitiert unntak fra det alminnelige systemet, se premiss 40 og 41.

¹⁸⁴ *EU-Karnov 2001*, bind I, s. 1017.

¹⁸⁵ Sak C-200/97, *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, Sml. 1998 s. I-7907.

¹⁸⁶ Premiss 39.

Eksempel på at skjønnsmyndighet kan innebære at støtteordningen må anses som et unntak fra det alminnelige system, er også *Kimberly Clark-saken*. Som nevnt i pkt. 4.2.2 gjelder saken støtte til gjennomføring av et sosialt program i forbindelse med oppsigelse av arbeidstakere. Støtteordningen var i loven ikke begrenset til bestemte foretak, sektorer eller regioner, og finansieringen av programmet var fastsatt i et avtaleverk mellom mottakerforetakene og det statlige fondet FNE. Loven satte riktignok et tak på hvor mye staten kunne bidra i den enkelte sak, men innenfor denne maksimumsgrensen nøt FNE et vidt spillerom for skjønn, selv om det var utstedt generelle retningslinjer for skjønnnet. Det var ikke lovfestet hvor mye det enkelte foretak fikk i en konkret sak, og spørsmålet var således om denne skjønnsmyndigheten medførte at støtteordningen hadde karakter av å være et unntak fra det generelle system. EF-domstolen fant at dette var tilfellet, og la særlig vekt på at:

“FNE [råder] over en skønsbeføjelse, som giver den mulighed for at afpasse den finansielle intervention efter forskellige hensyn, såsom navnlig valget af begunstigede, størrelsen af beløbet for den finansielle intervention og betingelserne for interventionen. Den franske regering har selv erkendt, at administrationen kan fravige de generelle retningslinjer, som den har fastsat, når dette er begrundet i den særlige situation, som foreligger.”¹⁸⁷

Ecotrade og *Kimberly Clark* gjelder ikke avgiftsfritak direkte, men i begge sakene dreide det seg om grensen mellom generelle og selektive ordninger. Derfor innebærer EF-domstolens praksis at skjønnsfrihet med hensyn til om fritak skal gis, og den eventuelle størrelsen på dette, også er et moment ved vurderingen av om et avgiftsfritak innebærer unntak fra det alminnelige systemet. Når det gjelder bedriftsbeskatning uttaler også ESA at:

“If in daily practice tax rules need to be interpreted, they cannot leave room for a discretionary treatment of undertakings.”¹⁸⁸

Poenget er at ved skjønnsutøvelsen er det store muligheter for at myndighetene ikke praktiserer reglene ensartet, og dermed kan det gis unntak fra det alminnelige system til fordel for enkelte foretak, sektorer eller regioner.

¹⁸⁷ Sak C-241/94, premiss 23.

¹⁸⁸ Retningslinjenes pkt. 17B.3.3(2).

I bestemmelsene som hjemler fritak fra miljøavgiftene og differensiering av arbeidsgiveravgifter, gir vilkårene ikke noe rom for skjønnsmessig myndighet verken med hensyn til hvem som omfattes av fritakene, eller når det gjelder den beløpsmessige størrelsen på fritaket. Det at skjønnsfrihet er et moment ved vurderingen av om avgiftsfritaket innebærer et unntak fra det alminnelige system, trenger imidlertid ikke bety at alle avgiftsfritak som er objektive i den forstand at avgjørelsen av hvem som omfattes av fritaket ikke gir rom for skjønnsutøvelse hos myndighetene går klar av statsstøttereglene. Førsteinstansrettens avgjørelse i *CETM*-saken¹⁸⁹ er interessant i så måte.

Saken gjelder en spansk ordning om støtte til innkjøp av kjøretøy til bruk i virksomhet. Støtten bestod av rentegodtgjørelse ved kjøp eller leasing av slike kjøretøyer. På samme måte som avgiftsfritak gjelder altså saken indirekte støtte. Til støtte for sin påstand om at ordningen ikke innebar statsstøtte i strid med fellesskapsretten, anførte *CETM* bl.a. at ordningen ikke var selektiv fordi den ikke identifiserte mottakerne for støtten, men at mottakerne på forhånd var avgrenset av objektive kriterier for tildelingsordningen. Førsteinstansretten uttalte imidlertid at manglende skjønnsfrihet ikke i seg selv fratok ordningens selektive karakter.¹⁹⁰ Det avgjørende var at vilkårene som var satt for tildeling, medførte at støtten ikke var tilgjengelig for alle. Store grupper kjøpere av yrkeskjøretøyer var utelukket, og dette var tilstrekkelig til å anse støtten som selektiv (premissene 46-48). Førsteinstansrettens syn på dette er nylig bekreftet i saken *Spania mot Kommisjonen*,¹⁹¹ som gjelder den samme støtteordningen som var omtvistet i *CETM*.

Den objektive karakteren av vilkårene for å omfattes av fritakene fra miljøavgifter eller differensiert arbeidsgiveravgift utelukker dermed ikke at støtteordningene kan være selektive. Skjønnsfrihet kan derfor heller ikke ses på som noe absolutt vilkår for at det

¹⁸⁹ Sak T-55/99, *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-3207.

¹⁹⁰ Premiss 40.

¹⁹¹ Sak C-409/00, premiss 49.

skal være snakk om unntak fra det alminnelige system, men heller et moment i helhetsvurderingen.

5.4.4 Unntak fra det alminnelige system: Oppsummering

Det første trinn i vurderingen av om avgiftsfritaket utgjør selektiv statsstøtte har altså visse likhetstrekk med fordelsanalysen i tilknytning til vurderingen av om fritaket innebærer “støtte” i snever forstand. Likevel er en viktig forskjell at unntaksanalysen setter fokus på at det har skjedd en direkte eller indirekte *diskriminering*. Nyere praksis fra Kommisjonen kan derfor gi grunnlag for å hevde at forskjellsbehandling som følge av *tilfeldige utslag* av regelverket ikke gir grunnlag for å karakterisere fritaket som et unntak. Dersom EF-domstolen skulle ønske det, medfører imidlertid prinsippet om virkningsbasert tolkning av statsstøttereglene at også slike tilfeller kan anses som selektive. På den annen side synes det ikke naturlig å karakterisere et avgiftsfritak som diskriminerende når fritaket rettslig og faktisk sett er åpent for alle virksomheter. Etter mitt skjønn representerer Kommisjonens praksis under enhver omstendighet ikke noe brudd med praksis fra EF-domstolen, som gjelder ordninger hvor fritaket ikke *de facto* var åpen for alle virksomheter.

Unntaksanalysen kan sies å bygge på en sammenligning av den *faktiske* situasjonen hos foretak som omfattes av avgiftsfritaket og foretak som ikke gjør det. Spørsmålet om hva som ligger i det “alminnelige” system forutsetter på den annen side en sammenligning mellom foretakenes *rettslige* posisjoner. Fritaket er således kun diskriminerende hvor foretak som sorterer under ett og samme avgiftsregime behandles forskjellig.

Den nærmere grensen kan være vanskelig å trekke i praksis. Fellesskapsorganene har derfor trukket opp noen retningslinjer ved vurderingen; for det første hvilket formål ordningen tilsikter å fremme og for det annet om regelverket gir spillerom for skjønnsmessig behandling fra myndighetenes side.

5.5 Berettigede unntak

5.5.1 Innledning

Dersom man etter denne vurderingen kommer til avgiftsfritaket innebærer et unntak fra generelle avgiftsregler, blir problemstillingen om unntaket kan berettiges som “naturlig unntak”.

Andre betegnelser som benyttes om det samme er “systemets karakter” (“the nature or general scheme of the system”), og systemets “rasjonale” eller “logikk”.

Etter min mening er betegnelsen “systemets” karakter/natur misvisende, fordi det virker motstridende å vurdere et unntak fra et alminnelig system som berettiget ved systemets karakter/natur. I slike tilfeller foreligger det strengt tatt ikke noe unntak. En bedre betegnelse på slike unntak kan derfor være at unntaket enten er berettiget fordi det er en logisk følge av systemet, eller på grunn av særlige omstendigheter ved ordningen i seg selv eller ved støttemottakeren. Selv om slike betegnelser også kan kritiseres fordi de er vage, og dermed gir liten veiledning, gjør den det i det minste lettere å sondre mellom de ulike prosessene i selektivitetsvurderingen. Nedenfor skal vi nemlig se at det etter fellesskapsorganenes praksis nettopp er disse grunnlagene som kan gjøre unntaket berettiget.

Det er heller ingen klare skiller mellom vurderingen av om fritaket innebærer et unntak fra det alminnelige system, og i så fall om dette unntaket kan berettiges ved systemets karakter. Dette viser seg bl.a. ved at en vurdering av systemets og fritakets formål og støttemottakernes karakteristika kommer inn som sentrale momenter ved begge vurderingstemaene.

5.5.2 Rettslig grunnlag

EF-domstolens grunnleggende avgjørelse med hensyn til trinn to i vurderingen av om avgiftsfritaket er selektivt, er den italienske *Tekstilsaken*. Som nevnt ovenfor under pkt. 5.4.1, kom Domstolen til at de nedsatte arbeidsgiveravgiftene utgjorde et unntak fra det generelle systemet. Retten tilføyde videre at unntaket ikke “berettiges ved dette systems

karakter eller forvaltning”.¹⁹² I dette ligger en klar forutsetning om at selv om støtteordningen gir mottakeren en fordel i form av unntak fra en generell avgiftsplikt, kan ordningen likevel falle utenfor statsstøtteregelverket dersom fritaket kan begrunnes som et naturlig utslag av en normal anvendelse av medlemsstatens skatte- og avgiftsregler.

Denne rettsetningen har senere blitt gjentatt i en rekke avgjørelser om avgiftsfritak og statsstøtte. At EF-domstolen også i dag åpner for at kravet til selektivitet ikke er oppfylt dersom unntaket kan forklares med en slik begrunnelse, viser også *Adria Wien-saken*:

“I henhold til Domstolens praksis oppfylder en foranstaltning, som ganske vist udgør en fordel for mottageren, men som *berettiges af karakteren eller opbygningen af den ordning* [min uth.], som den er et led i, ikke denne betingelse om selektivitet”.¹⁹³

Det samme er kommet til uttrykk i EFTA-domstolens praksis og i ESAs retningslinjer.¹⁹⁴ Reservasjonen basert på om avgiftsfritaket kan ses på som et naturlig unntak fra systemet har derfor et solid rettslig grunnlag. Spørsmålet blir hvordan fellesskapsorganene foretar denne vurderingen i praksis, og hvordan grensene nærmere må trekkes.

5.5.3 Hva ligger i reservasjonen “naturlig unntak”?

5.5.3.1 Utgangspunkter

Uttrykket “naturlig unntak” er, på samme måte som uttrykkene “unntak fra det alminnelige system”, vagt. En rent språklig fortolkning gir dermed liten veiledning ved fastleggelsen av begrepets innhold. I ESAs retningslinjer er vurderingstemaet forklart noe nærmere. ESA uttaler at vurderingen av om unntaket er berettiget ved systemets natur, må bero på en undersøkelse av om unntaket “*derive directly from the basic or guiding principles of the tax system in the State concerned*”.¹⁹⁵

¹⁹² Premiss 33 i sak 173/73.

¹⁹³ Premiss 42 i sak C-143/99.

¹⁹⁴ Se sak E-6/98, premiss 38 og Retningslinjenes pkt. 17B.3.4(1).

¹⁹⁵ Retningslinjenes pkt. 17B.3.1(4) i.f.

De avvikende reglene må altså kunne begrunnes i hensyn som ikke er helt på siden av de hensyn som begrunner hovedregelen, selv om de i utgangspunktet anses motstridende, jf. pkt. 5.4.3 om retningslinjene ved vurderingen av om avgiftsfritaket innebærer et unntak. Vi ser altså at en vurdering av systemets og fritakets formål også kommer inn på dette trinnet i prosessen. Når det gjelder vurderingen av om unntaket kan berettiges, må man ta utgangspunkt i de hensyn som begrunner avgiftsfritaket, og vurdere disse opp mot grunnleggende prinsipper i det avgiftssystem som fritaket er en del av. For å kunne berettiges som et naturlig unntak, må så fritaket følge som en naturlig del av grunnprinsippene.

For andre systemer enn det generelle overordnede inntektsskattesystemet, hvor bl.a. skatteevneprinsippet står sentralt,¹⁹⁶ kan det være vanskelig å finne noen felles grunnprinsipper; hvert system skal ivareta ulike formål. Generelt kan det derfor sies at man må undersøke hovedformålene med de enkelte avgiftene, og så vurdere fritakene opp mot dette. For elavgiftsfritaket innebærer dette konkret at man må se på begrunnelsen bak fritaket og vurdere det opp mot ønsket om å dempe energiforbruket. Dersom fritaket ikke strider mot dette grunnprinsippet, kan det godkjennes som en naturlig del av avgiftssystemet.

Den nærmere vurderingen av om unntaket anses berettiget kan være vanskelig. En gjennomgang av fellesskapsorganenes praksis vil imidlertid illustrere hvilke omstendigheter som kan begrunne avgiftsfritaket.

5.5.3.2 Fritaket strider ikke mot hovedregelen – “logisk unntak”

Fra EF-domstolens praksis viser for det første *PMU-saken*¹⁹⁷ at et i utgangspunktet selektivt avgiftsfritak kan berettiges der fritaket ikke strider mot grunnprinsippene i avgiftssystemet. I henhold til fransk lovgivning om beskatning av innsatsbeløp i hesteveddeløp, kunne den maksimale avgiftssatsen utgjøre 30 % av innsatsbeløpet. En fransk sammenslutning av veddeløpselskaper (PMU Frankrike) hadde enerett til å

¹⁹⁶ Se *Zimmer* (2001), s. 34.

¹⁹⁷ Sak C-353/95, *Tiercé Ladbroke SA mot Kommisjonen* (“PMU”), Sml. 1997 s. I-7007.

motta spill på hesteveddeløp i Frankrike og spill på veddeløp som ble avholdt i utlandet hvor veddemålet ble inngått i Frankrike. PMU Frankrike inngikk en avtale med det tilsvarende belgiske selskapet PMU Belgia, som gikk ut på at PMU Frankrike kunne motta veddemål i PMU Belgias navn. I henhold til Belgisk lovgivning kunne den maksimale avgiftssatsen utgjøre 35 % av innsatsbeløpet. Avtalen rokket ikke ved selve avgiftssatsene, men fordelingsnøkkelen i avtalen mellom PMU Frankrike og PMU Belgia innebar at franske myndigheter beholdt en mindre del av avgiften ved spill på belgiske løp enn ved spill på franske løp. Spørsmålet var dermed om myndighetene ved å godkjenne denne avtalen hadde gitt statsstøtte til PMU. EF-domstolen kom til at ordningen isolert sett favoriserte spill på utenlandske veddeløp i forhold til spill på franske løp, og saksøkeren, Tiercé Ladbroke SA, mente at dette faktum alene medførte at ordningen innebar selektiv statsstøtte. Domstolen var imidlertid ikke enig:

“Ladbroke's argumentation [tar] ikke hensyn til de særlige træk, som væddemålene på de belgiske væddeløb udviser, og hvorved de adskiller sig fra væddemålene på de franske væddeløb. Eftersom de to typer væddemål ikke er ens, kan den omstændighed, at de behandles forskelligt, ikke automatisk føre til at antage, at der foreligger en fordel i traktatens artikel 92 [87], stk. 1's forstand.”¹⁹⁸

Det avgjørende var at det beløpet som tilfalt vinnerne måtte være det samme uansett hvor spillet var inngått, og at det ble betalt avgifter i henhold til lovgivningen i den stat der veddeløpet fant sted. Med hensyn til fordelingen av avgiften, kunne det imidlertid ikke kreves at dette skulle skje på samme måte med hensyn til spill på franske og belgiske veddeløp. Den franske ordningen med avgifter på veddeløp var nemlig innført med henblikk på fransk lovgivning og franske økonomiske vilkår. Derfor kunne “fordelingen av avgiften mellem de forskjellige modtagere ikke under de givne omstændigheder finde sted på nøjaktig samme grundlag i begge tilfælde.”¹⁹⁹ Det at fordelingen av avgiften ved spill på belgiske veddeløp var annerledes enn ved spill på franske løp, var derfor berettiget som en *logisk* følge av at avgiftsfordelingen skjedde etter belgisk lovgivning og økonomiske vilkår.

Avgjørelsen kan nok også leses slik at det eksisterte et eget system for spill på utenlandske veddeløp, det vil si at fordelingen av avgiftene ikke utgjorde noe unntak.

¹⁹⁸ Premiss 33.

¹⁹⁹ Premiss 35.

Etter min mening er dommen likevel et uttrykk for at avgiftsfordelingen var berettiget fordi den var en logisk konsekvens av belgisk lovgivning. *Grunnprinsippene* for fordelingen var fremdeles ivaretatt; avgiftssatsen var den samme, og vinnerne fikk like stor gevinst uansett hvor veddemålet ble inngått. Derfor var fordelingsnøkkelen direkte avledet av grunnprinsippene i det franske og belgiske avgiftssystem, og dermed berettiget.

PMU-saken viser at tilfelle der unntaket ivaretar hensyn som ikke strider mot formålet med hovedreglene, kan anses berettiget som følge av systemets natur. Det er imidlertid ikke slik at ethvert hensyn kan begrunne unntaket så lenge det ikke strider mot grunnprinsippene i avgiftssystemet; poenget er at unntaket må være “*direkte affødt af grundprinsipperne*” i systemet.

Adria Wien-saken kan illustrere dette. Som nevnt ovenfor kom EF-domstolen her til at godtgjørelsesordningen innebar et unntak fra det alminnelige system. Unntaket kunne heller ikke berettiges ut i fra systemets natur:

“[D]en omstændighed, at der ydes fordele til virksomheder, hvis hovedaktivitet er fremstilling af materielle goder, ikke berettiges ved karakteren eller opbygningen af den afgiftsordning, der blev indført i medfør af Stukturanpassungsgesetz af 1996. Således kan såvel virksomheder, der leverer tjenesteydelser, som virksomheder, der fremstiller materielle goder, være store energiforbrugere og skulle svare energiafgifter, der overstiger 0,35 % af nettoværdien af deres produktion, hvilket er tilstrækkeligt til, at virksomheder, der hovedsagelig fremstiller materielle goder, erhverver ret til godtgørelse af energiafgifterne.”²⁰⁰

Det synes her forutsatt at godtgjørelsesordningen kunne vært berettiget som del av systemets natur dersom den sektoren som var omfattet av ordningen hadde et meget begrenset energiforbruk. I så fall kunne ordningen vært berettiget fordi det da hadde vært *logisk* at disse ikke betalte avgift. Fritaket ville da fulgt av en direkte anvendelse av avgiftssystemets grunnprinsipper (når avgiftssystemet tar sikte på å redusere energiforbruket, er det i tråd med dette prinsippet at foretak som har begrenset energiforbruk ikke betaler avgift).

²⁰⁰ Sak C-143/99, premiss 49 og 50.

Kommisjonen har således godkjent en nederlandsk ordning som innebærer at produsenter av vann- og vindkraft ikke betaler CO₂-avgift.²⁰¹ Begrunnelsen var at produksjon av slik energi ikke bidrar til CO₂-utslipp. Dermed var unntaket en logisk del av systemet, og kunne ikke sies å være selektivt.

Fra nyere praksis kan også Generaladvokat Légers forslag til avgjørelse i saken *Nederland mot Kommisjonen*²⁰² illustrere. I henhold til nederlandsk lovgivning var jordbrukere pliktige til å betale avgift for utslipp av mineraler til jorden som følge av bruk av gjødsel. Avgiftsplikten gjaldt imidlertid ikke fullt ut, bl.a. var veksthusnæringen fritatt fra å betale avgiften. Spørsmålet som meldte seg var dermed om dette avgiftsfritaket utgjorde selektiv statsstøtte. Til forsvar for at ordningen ikke utgjorde statsstøtte, anførte nederlandske myndigheter at avgiftsfritaket fulgte av systemets karakter; gjødsling av planter dyrket i drivhus bidro nemlig ikke til forurensning av jord og grunnvann, fordi disse plantene tar opp mer gjødselmidler enn ved dyrking på åpen jord. Dermed var det logisk at gartneriene var fritatt for avgiften. Generaladvokaten konstaterte at det er medlemsstatene som må godtgjøre at støtteordningen lar seg begrunne med systemets karakter, og forkastet anførselene på bakgrunn av at myndighetene ikke på en tilstrekkelig måte hadde dokumentert sine argumenter om at bruk av gjødselmidler i veksthusnæringen ikke bidro til utslipp av mineraler til jord og grunnvann.²⁰³ Det ligger imidlertid som en forutsetning i Generaladvokatens uttalelser at støtteordningen kunne godkjennes dersom faktum virkelig var slik myndighetene fremstilte det. EF-domstolen har ennå ikke tatt stilling i saken, men mye tyder på at dommerne vil slutte seg til Generaladvokaten på dette punkt. Noe annet vil innebære brudd med tidligere praksis, både fra Kommisjonen og Domstolen.

Praksis gir dermed grunnlag for å hevde at avgiftsfritak som følger direkte av grunnprinsippene i avgiftssystemet, kan berettiges som naturlige unntak fra hovedregelen om avgiftsplikt. Miljøavgiftsfritak som er adressert mot foretak som ikke bidrar til de utslipp avgiftsplikten har til formål å forebygge, vil dermed ikke være selektiv statsstøtte. I slike tilfeller vil avgiftsfritaket utgjøre en logisk del av

²⁰¹ Sak NN 30/B/2000 og N 678/01, publisert i EFT 2002 C 30/14.

²⁰² Sak C-159/01, *Nederland mot Kommisjonen* (verserende sak). Forslag til avgjørelse av 12. juni 2003.

²⁰³ Premissene 70-79.

avgiftssystemet. Når det gjelder det norske elavgiften, er det på det rene at fritaket ikke kan begrunnes som en logisk del av avgiftssystemet. De foretakene som er fritatt fra å betale elavgift bruker store mengder elektrisitet i sin produksjon. Grunnprinsippene i elavgiftssystemet skulle dermed tilsi at disse skulle betale full avgift.

Et særlig spørsmål reiser seg når det gjelder fritak fra avgifter som er fiskalt begrunnet, slik arbeidsgiveravgiften er her hjemme. En tenkelig begrunnelse for fritak fra slike avgifter kan være at når staten gir incitament til å foreta investeringer i for eksempel et bestemt geografisk område ved å gi fritak fra en bestemt avgift, sikrer avgiftsfritaket fremtidige skatteinntekter ved at mottakeren vil være pliktig til å betale andre skatter og avgifter. Systemet med differensiert arbeidsgiveravgift kan for eksempel tenkes å hindre utflytting til utlandet. Dermed kan det anføres at også fritaket ivaretar fiskale formål, selv om staten i første omgang gir avkall på skatteinntekter. Spørsmålet er om fritak med en slik begrunnelse kan berettiges som en naturlig del av avgiftssystemet. Saken *Diputación Foral de Guipúzcoa mot Kommisjonen*²⁰⁴ er interessant i så henseende. Som nevnt gjelder saken støtte i form av skattelettelse ved betydelige investeringer i fysiske anleggsaktiva. De regionale myndighetene anførte her at skattelettelsen kunne begrunnes i skattesystemets karakter fordi formålet med ordningen sikret fremtidige skatteinntekter til regionen. Dermed var formålene bak skattelettelsen og skattesystemet forenlige. Førsteinstansretten avfeide imidlertid at dette formålet medførte at skattelettelsen kunne berettiges som en naturlig del av skattesystemet. Det avgjørende var at tilsvarende formål kunne oppnås “*gennem generelle skatteforanstaltninger*”.²⁰⁵ Det fiskale formålet bak skattelettelsen kunne dermed ikke begrunne forskjellsbehandlingen.

Tilsvarende synspunkter er lagt til grunn av EF-domstolen. I *Maribel bis/ter-saken* anførte myndighetene at reduksjonen i arbeidsgiveravgiften kunne begrunnes som en del av systemets karakter, fordi avgiftsreduksjonen hadde som formål å sikre sysselsettingen. Dette var forenlig med avgiftspliktens formål om å finansiere trygdelovgivningens målsetning om å sikre arbeidstakerne mot “*visse arbeidsrisici*,

²⁰⁴ Forente saker T-269/99, T-271/99 og T-272/99, se pkt. 5.4.2 ovenfor.

²⁰⁵ Premiss 64. Se videre forente saker T-92/00 og T-103/00, *Diputación Foral de Álava m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. II-1385, premiss 62.

visse familiesituationer og levevilkår og sociale risici".²⁰⁶ Høyere sysselsetting ville nemlig medføre lavere trygdeutbetalinger i form av ledighetstrygd. Domstolen godtok imidlertid ikke at dette fiskale formålet berettiget at enkelte arbeidsgivere skulle *særbehandles* fremfor andre.²⁰⁷ Det fiskale formålet bak avgiftsfritaket kunne etter Domstolens oppfatning begrunne reduserte avgifter generelt, men ikke avgiftsfritak som kun var rettet mot de virksomheter som var mest utsatt for internasjonal konkurranse.

Fellesskapsdomstolenes praksis viser dermed at selv om formålene bak avgiftsplikten og fritaket fra dette i og for seg lar seg forene, kan ikke dette i seg selv begrunne forskjellsbehandlingen. Dette får betydning i forhold til det norske arbeidsgiveravgiftssystemet. Myndighetene kan således ikke begrunne ordningen med at den bidrar til inntektssikring, når det samme kan oppnås ved å gi *samtlig*e virksomheter helt eller delvis fritak fra avgiften. Dermed kan heller ikke den differensierte arbeidsgiveravgiften begrunnes som en logisk del av avgiftssystemet.

5.5.3.3 Fritaket strider mot formålet med hovedregelen – kan særlige omstendigheter begrunne fritaket?

De konkrete avgiftsfritakene her hjemme kan altså ikke begrunnes med at de utgjør en *logisk* del av de respektive avgiftssystemer. Spørsmålet er imidlertid om det også finnes andre grunnlag for å anse et i utgangspunktet selektivt unntak som berettiget fordi det er naturlig.

Etter mitt skjønn viser for det første *Ferringsaken*²⁰⁸ at fritak som direkte strider mot hovedregelen om avgiftsplikt også kan anses som "naturlig unntak". Det franske legemiddelselskapet Ferring distribuerte et tysk legemiddel som var produsert av et annet selskap i det multinasjonale konsernet som Ferring var en del av. I henhold til fransk lovgivning var direkte salg av legemidler til apotek avgiftspliktig. Avgiftsplikten var imidlertid bare pålagt salg fra legemiddellaboratoriene; salg fra distribusjonsgrossistene var ikke avgiftspliktig. Det oppsto dermed spørsmål om dette

²⁰⁶ Sak C-75/97, premiss 35.

²⁰⁷ Premissene 37 og 38.

²⁰⁸ Sak C-53/00, *Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, Sml. 2001 s. I-9067.

avgiftsfritaket innebar selektiv statsstøtte eller om fritaket var berettiget som følge av legemiddeldistribusjonssystemets art og oppbygning. For å besvare dette spørsmålet, konstaterte Domstolen først at formålet med hovedregelen om avgiftsplikt var finansiering av trygdesystemet. Når det gjaldt formålet med avgiftsfritaket for distribusjonsgrossistene, var dette å avbalansere konkurransevilkårene mellom distributørene. Gjennom lovgivningen var nemlig distribusjonsgrossistene pålagt å til enhver tid råde over et sortiment av legemidler til dekning av spesielle behov. Et slikt *konkurransformål* kan ikke sies å være en direkte følge av de fiskale hensyn som lå til grunn for avgiftsplikten. Fritaket kunne dermed ikke sies å utgjøre et *logisk* unntak. Sammenligningen mellom formålene bak reglene om avgiftsplikten og fritaket bak dette tilsa derfor at unntaket var selektivt. Domstolen gikk imidlertid lenger enn bare å sammenligne formålene:

“Der skal imidlertid tages stilling til, om kvalificeringen af ordningen som statsstøtte kan udelukkes som følge af de særlige forpligtelser til offentlig tjeneste, som distributør-grossisterne er pålagt som led i det franske system til forsyning af apoteker med lægemidler.”²⁰⁹

Vurderingen av om avgiftsfritaket lot seg forene med avgiftssystemets natur, kunne således ikke bare basere seg på formålene med avgiftsplikten og fritaket fra denne. Domstolen konstaterte følgelig at avgiftsfritaket til fordel for distribusjonsgrossistene var kompensasjon for at de lovbestemte forpliktelsene medførte ekstraavgifter. Når loven påla slike forpliktelser, var det etter Domstolens oppfatning en *naturlig konsekvens* at ekstraavgiftene ble dekket.

EF-domstolens domspremisser i saken kan imidlertid også leses slik at støtten ble godkjent fordi mottakeren gjennom sine forpliktelser måtte yte vederlag, slik at *støttevilkåret* ikke var oppfylt. Dette forsterkes ved at Domstolen presiserte at ordningen kun lot seg forene med statsstøttereglene i den grad støtten ikke oversteg de merutgiftene som forpliktelsene medførte:

“Såfremt den afgift på det direkte salg, som lægemiddellaboratorierne er blevet pålagt, svarer til de faktiske merudgifter, som distributør-grossisterne har afholdt til opfyldelse af deres forpligtelse til offentlig tjeneste, kan den omstændighed, at

²⁰⁹ Premiss 23.

de ikke er underlagt den omhandlede afgift, på samme måte betragtes som *vederlag* [min uth.] for de erlagte ydelser og følgelig som en foranstaltning, der ikke udgør statsstøtte i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i traktatens artikkel 92 [87].²¹⁰

Det er imidlertid på det rene at Domstolen konstaterte at fritaket innebar en fordel før den gikk inn på vurderingen av selskapets lovpålagte forpliktelse. Sistnevnte moment ble vurdert under spørsmålet om ordningen måtte anses berettiget som et "*led i det franske system til forsyning af apoteker med lægemidler*".²¹¹ Etter min mening er det derfor mest korrekt å lese dommen slik at avgiftsfritaket ble godkjent fordi det var en del av "systemets natur". Dette underbygges også ved at mottakernes motytelse var lovpålagt. Dersom dommen ses under synsvinkelen "vederlag", er dette ikke i harmoni med tidligere praksis om støttebegrepet og lovpålagte ytelser. Vi har sett i pkt. 4.2.2 at vederlagsbegrepet kun kan reserveres de tilfeller hvor mottakernes ytelse er *frivillig*. I forhold til den nylig avsatte dommen i *Altmarksaken* er det en forskjell: Ferring ville uansett støtten være forpliktet til å råde over et sortiment legemidler til enhver tid. Altmarks forpliktelse til personbefraktning oppstod på den annen side i forbindelse med anbudet, der driftstilskudd var et av elementene.

Dersom avgjørelsen på den annen side forstås slik at den gjelder selektivitetsvilkåret, representerer dommen intet brudd med tidligere praksis. Lest på en slik måte blir det også sammenheng mellom støttebegrepet og selektivitetsvilkåret, i den forstand at når støttemottakeren yter vederlag i henhold til en frivillig avtale, vil ordningen være forenlig med statsstøtteregele for det i slike tilfeller ikke vil foreligge "støtte" i fellesskapsrettslig forstand. Hvor støttemottakerens forpliktelse derimot ikke oppstår i forbindelse med avgiftsfritaket, kan en støtteordning som innebærer forskjellsbehandling under visse forutsetninger berettiges ut i fra systemets art og generelle oppbygning.

Saken viser dessuten at det kan være vanskelig å trekke grensen mellom statsstøtte som godkjennes fordi den ikke anses selektiv etter EØS art. 61, og ordninger som innebærer statsstøtte, men som godkjennes etter bestemmelsen i EØS art. 59 nr. 2 om foretak som har blitt tillagt offentlige oppgaver. EF-domstolen vurderte således begge grunnlag, se dommens premiss 31 flg.

²¹⁰ Premiss 27.

²¹¹ Premiss 18.

Etter mitt skjønn viser dermed *Ferringsaken* at andre forhold enn en ren sammenligning mellom formålene bak det generelle systemet om den omtvistede støtteordning kan være relevante i vurderingen. EF-domstolens utgangspunkt for vurderingen av om unntaket kunne berettiges, var om “*forskelsbehandlingen er berettiget som følge af de særlige hensyn, som begrunner ordningen*”.²¹² Det kan dermed synes som om reservasjonen for at unntaket kan berettiges som en del av systemets natur, åpner for en vurdering av om *særlige omstendigheter* tilsier at den konkrete fritaksordningen ikke er selektiv i EØS art. 61 nr. 1s forstand. I den konkrete saken var mottakernes lovmessige forpliktelser en slik særlig omstendighet som gjorde unntaket naturlig. Det bør imidlertid presiseres at dommen er uklar på dette punkt, og det svekker avgjørelsens rettskildemessige vekt. I juridisk teori har den da også blitt mottatt for å gjelde støttebegrepet.²¹³

En annen sak som viser at unntaket kan berettiges selv om formålet tilsynelatende strider mot de hensyn som ligger til grunn for hovedreglene, er *Kirshammer-Hack-saken*.²¹⁴ Saken gjelder tysk arbeidervernlovgivning og støtte til mindre bedrifter. I henhold til lovgivningen var arbeidstakere undergitt et særlig vern mot oppsigelse. Dette gjaldt imidlertid ikke for arbeidstakere i virksomheter med mindre enn fem ansatte. Spørsmålet var dermed om dette unntaket utgjorde selektiv statsstøtte. EF-domstolen gikk i saken ikke inn på selektivitetsvilkåret, men baserte avgjørelsen på tolkningen av kravet om at støtten må tilregnes staten, jf. pkt. 4.3 ovenfor. Generaladvokat Darmons forslag til avgjørelse i saken er likevel av interesse for selektivitetsvurderingen. Generaladvokaten konstaterte at ordningen utgjorde et unntak fra den alminnelige regelen om at alle arbeidstakere skulle nyte godt av oppsigelsesvernet. Spørsmålet var så om dette kunne berettiges. Generaladvokaten åpnet for at unntaksreglene i seg selv “*udgør en generel foranstaltning, inden for hvis rammer der måske findes undtagelser*”,²¹⁵ men vurderte likevel om ordningen kunne berettiges som en del av systemets natur. Dette viser at grensen mellom unntak som i

²¹² Premiss 17.

²¹³ Se bl.a. *Erlbacher* (2003), s. 435.

²¹⁴ Sak C-189/91, *Petra Kirsammer-Hack mot Nurhan Sidal*, Sml. 1993 s. I-6185.

²¹⁵ Generaladvokatens forslag til avgjørelse, premiss 60.

seg selv må anses som et eget system, og unntak som ikke utgjør noe eget system, men like fullt godkjennes ved systemets natur, er uklar. Henvisningen til at unntaksreglene i seg selv var generelle, innebærer nemlig at Generaladvokaten kunne nøydt seg med å fastslå at ordningen ikke innebar et *unntak*.

I den nærmere vurderingen av om unntaket kunne anses berettiget som en del av systemets natur, pekte Generaladvokaten på to særlige forhold som etter hans mening gjorde at unntaket var berettiget:

“I den foreliggende sag er den påtænkte unntagelse berettiget ved to forhold, dels ‘intuitus personae’, som er bestemmende for forholdet mellem arbejdsgiver og arbejdstager i ’mindre’ virksomheder, dels det forhold, at det er fysisk umulig at tilbyde arbejdstageren andet arbejde i samme virksomhet.”²¹⁶

Det var altså *særlige omstendigheter* som gjorde unntaket berettiget; egne regler var nødvendig fordi hovedreglene ikke passet på mindre virksomheter. En slik vurdering av støttemottakernes karakteristika har vi også sett er sentral i forhold til problemstillingen om hvorvidt støtteordningen utgjør et eget system, der man sammenligner foretakenes rettslige og faktiske posisjon. En sammenligning av foretakenes faktiske posisjon forutsetter en analyse av mottakernes karakteristika. Den formålsbaserte vurderingen av hovedregelen og unntaket er også svært lik den vi har sett ved spørsmålet om det foreligger et unntak fra det alminnelige system. Generaladvokatens rettslige utgangspunkt synes imidlertid klart å være om unntaket er berettiget som en del av systemets natur. En årsak til at Generaladvokaten hadde dette rettslige utgangspunktet, kan være at det unntaket det var snakk om i *Kirshammer-Hack*, ikke lot seg forklare med at det var tilfeldige utslag av regelverket; de særlige reglene for mindre bedrifter var *tilsiktet* fra myndighetenes side. Sett fra denne synsvinkelen kunne Generaladvokaten ikke komme utenom en vurdering av om unntak var berettiget på grunn av systemets karakter. Noe særlig sterkt grunnlag for å hevde at spesielle karakteristika hos støttemottakerne kan begrunne unntaket, innebærer Generaladvokatens uttalelser imidlertid ikke. For det første er det uklart hvilken vekt man skal legge på Generaladvokatens uttalelser generelt sett, når Domstolen ikke har

²¹⁶ Premiss 64.

fulgt opp uttalelsene i sin avgjørelse. For det annet sier heller ikke Generaladvokaten *direkte* at spesielle karakteristika hos støttemottakerne kan begrunne unntaket.

Det rettslige grunnlaget for at særlige omstendigheter ved støttemottakerne kan begrunne unntaket er således ikke helt klart. I juridisk teori er det likevel hevdet at nevnte praksis gir grunnlag for at slike omstendigheter kan begrunne unntaket:

“The justification test (...) is satisfied where the *particular characteristics* [min uth.] of the favoured group are such that it is not appropriate to apply the general rule (...).”²¹⁷

Selv om rettskildebildet ikke er helt klart, synes det dermed å være rom for å argumentere for at spesielle karakteristika hos mottakerne kan begrunne unntaket, slik at ordningen ikke anses som statsstøtte. En slik vurdering kan minne om den vurderingen man foretar ved spørsmålet om fritaket innebærer et unntak fra det alminnelige system. Ovenfor i pkt. 5.4.2 har vi sett at det forhold at enkelte foretak får større fordeler av fritaket enn andre, kan forklares med forskjeller i foretakenes karakteristika. Skillet trekkes således ettersom fritaket er til fordel *utelukkende* for visse foretak eller ikke (dvs. om fritaket er et tilfeldig utslag av reglene). I førstnevnte tilfelle må vurderingen av støttemottakernes karakteristika komme inn under trinn to i selektivitetsvurderingen.

5.5.3.4 Uforholdsmessig byrde som særlig omstendighet?

En særlig omstendighet ved en avgiftsordning, kan være at enkelte aktører rammes *uforholdsmessig hardt* av en eventuell avgiftsplikt. Et eksempel på dette er den norske elavgiften. Særlig kraftkrevende industri rammes hardt en avgiftsplikt på elektrisitetsforbruk. I 1999 hadde denne industrisektoren et samlet årsforbruk av elektrisitet på 35 894 GWh. Med en avgiftssats på rundt 10 øre pr. kWh, tilsier dette store utgifter. Dette kommer enda klarere frem når man tar energikostnadenes relative betydning i betraktning. I ferrolegeringsindustrien utgjorde for eksempel energikostnadene 16,8 % av de samlede produksjonskostnadene i 1998.²¹⁸ Den

²¹⁷ Bacon (1997) s. 320.

²¹⁸ Tallene er basert på informasjon fra hjemmesidene til Statistisk sentralbyrå (http://www.ssb.no/emner/10/07/rapp_200114/inden-04.html, [siteret 22.10.2003]).

kraftkrevende industriens høye forbruk av energi til produksjonsformål innebærer således at denne sektoren rammes hardere enn andre sektorer. Spørsmålet er om dette er en slik særlig omstendighet at forskjellsbehandlingen kan tenkes berettiget.

I juridisk teori er det antatt at også slike omstendigheter kan medføre at støtteordningen ikke tilfredsstillende kravet til selektivitet, fordi forskjellsbehandlingen kan være berettiget som en del av systemets natur:

“The justification test (...) is satisfied (...) where applying the general rule would place a *disproportionate burden* [min uth.] on [støttlemottakerne].”²¹⁹

Det rettslige grunnlaget for et slikt synspunkt er imidlertid heller ikke helt klart. *Kommisjonspraksis* kan tyde på at en slik vurdering kan åpne for at avgiftsfritaksordningen faller utenfor statsstøttereguleringen. Hva gjelder miljøavgifter, kan en sak om dansk fritak for avfallsavgift illustrere.²²⁰ Kommisjonen godkjente her en ordning som innebar at foretak som benyttet resirkulert materiale som råvarer i produksjonen betalte lavere avgifter enn foretak som ikke benyttet seg av slike råvarer. Ordningen innebar dermed en klar begunstigelse for de som benyttet resirkulerte råvarer. Kommisjonens grunnlag for å godkjenne ordningen var imidlertid at bruken av resirkulerte råvarer medførte en betydelig større avfallsmengde i produksjonsprosessen enn det som var tilfelle ved bruk av ikke-resirkulerte råvarer. Dersom de begunstigede skulle betale full sats, ville de derfor bli uforholdsmessig hardt rammet av avgiften. Det kan derfor anføres at dette faktum begrunnet ordningen som et naturlig unntak fra systemet.

En slik fortolkning av selektivitetsvilkåret kan imidlertid kritiseres. Kommisjonen brukte ikke selektivitetsvilkåret som begrunnelse for at ordningene ikke innebar statsstøtte. I stedet var begrunnelsen basert på unntaksbestemmelsen i EF art. 87 nr. 3, bokstav c), som svarer til EØS art. 61 nr. 3, bokstav c). Dette tilsier at en slik vurdering ikke er relevant i forhold til selektivitetsvilkåret, men må baseres på ESAs skjønn etter EØS art. 61 nr. 3, bokstav c). I ESAs retningslinjer for miljøstøtte er det da også tatt høyde for at avgiftene kan ramme enkelte foretak særlig hardt, slik at fritak i visse

²¹⁹ Bacon (1997), på s. 320.

²²⁰ Saken er referert i *XXIIIrd Report on Competition Policy* (1993), pkt. 420.

tilfeller kan godkjennes, se retningslinjenes pkt. 15D.3.2. Dette er imidlertid noe annet enn at avgiftsfritaket mister sin selektive karakter i slike tilfeller.

Spørsmålet om uforholdsmessig fordeling kan begrunne et avgiftsfritak fra miljøavgifter ble også reist av den østerrikske regjeringen som argument i *Adria Wien-saken*. Regjeringen begrunnet den omtvistede godtgjørelsesordningen med at produksjonssektoren “*er blevet ramt uforholdsmæssigt hårdt af de nævnte afgifter i forhold til andre virksomheder*”.²²¹ EF-domstolen tok ikke eksplisitt stilling til spørsmålet om dette i så fall gjorde at ordningen måtte anses som generell, men nøyde seg med å konstatere at også virksomheter som ikke var omfattet av ordningen kunne være store energiforbrukere, og dermed kunne også de bli hardt rammet av avgiftsplikten. Spørsmålet er likevel om EF-domstolen med dette åpnet for at en slik vurdering kan gjøre unntaket berettiget. I forlengelsen av uttalelsene om at også virksomheter som ikke var omfattet av ordningen kunne være store energiforbrukere, bemerket imidlertid EF-domstolen at ordningen ikke var midlertidig. Dette kan innebære en henvisning til retningslinjene for Kommisjonens skjønn etter EF art. 87 nr. 3, bokstav c), der et vilkår for å godkjenne fritak på grunn av at mottakeren rammes hardt av en avgiftsplikt, er at fritaket er midlertidig.²²² Dermed kan det synes som om EF-domstolen rubriserer spørsmålet under EF art. 87 nr. 3, bokstav c). Det bør likevel presiseres at dommen ikke er helt klar på dette punkt.

Etter mitt skjønn er det imidlertid noen omstendigheter som tilsier at EF-domstolen ikke vil godta argumentet om at mottakeren rammes uforholdsmessig hardt ved vurderingen av om fritaket kan begrunnes ut i fra systemets natur. For det første er fritak fra miljøavgifter direkte stridende mot prinsippet om at forurenseren betaler. Dersom unntak godtas for de som forurenses mest, er dette egnet til å uthule hele prinsippet. Selv om fellesskapsretten foreløpig ikke pålegger medlemsstatene å gjennomføre prinsippet ved å innføre “grønne” avgifter, kan vurderingen stille seg annerledes når avgiften først er gitt. Videre innrømmes avgiftsfritak for hardt rammede foretak først og fremst for å opprettholde foretakenes konkurransevne. Vi har sett blant annet i *Adria Wien-saken* at slike hensyn ikke kan begrunne unntak fra en generell regel. Formålet

²²¹ Sak 143/99, premiss 44.

²²² Se ESAs retningslinjer pkt. 15D.3.2.

bak statsstøtteregele tilsier at slike konkurransevidende inngrep ikke kan godkjennes. Den kanskje viktigste årsaken er likevel at man i dag allerede har muligheter for å avhjelpe uønskede virkninger av et for strengt statsstøtteregeleverk gjennom unntaksbestemmelsen i EØS art. 61 nr. 3, bokstav c), jf. retningslinjenes pkt. 15D.3.2.

For miljøavgifters vedkommende er det etter min mening derfor ikke grunnlag for å hevde at avgiftsfritak kan anses som en naturlig del av systemet fordi mottakerne rammes uforholdsmessig hardt av avgiftsplikt. Spørsmålet har imidlertid også vært oppe i saker om andre avgifter. I *Tekstilsaken* anførte den italienske regjeringen at systemet med lave arbeidsgiveravgifter til industri som i hovedsak sysselsatte kvinner var berettiget fordi kvinner hadde et høyere sykefravær enn menn. Sykelønnsutgiftene til slike foretak var dermed høyere enn i andre sektorer. Avgiftsfritaket måtte derfor anses som et generelt tiltak fordi det bidro til en større fordeling av sykelønnsutgiftene. Argumentet ble imidlertid forkastet av Domstolen, fordi den “*sociale hensigt med den omtvistede foranstaltning*” ikke var tilstrekkelig til å bringe avgiftsfritaket “*uden for anvendelsesområdet for reglen i artikkel 92 [87]*”.²²³ *Bacon* henviser likevel til *Maribel quater*, og hevder at denne kan gi uttrykk for at praksis er i ferd med å endres.²²⁴ Selv om avgiftsfritaket omfattet alle foretak som sysselsatte manuell arbeidskraft, kan det anføres at ordningen innebar en begunstigelse til fordel for foretak som sysselsatte en relativt høy andel av slik arbeidskraft. Kommisjonen godtok likevel ordningen som en naturlig del av systemet fordi forskjellsbehandlingen:

“[W]ere justified by employment policy considerations, because of the differing levels of social security contributions as a proportion of firms' total wage bills.”²²⁵

Dette kan også være relevant med hensyn til arbeidsgiveravgiften her hjemme, for så vidt gjelder foretak som sysselsetter mange arbeidstakere. Resonnementet kan imidlertid ikke rettferdiggjøre en differensiering av avgiften som skjer etter geografiske kriterier, slik systemet for arbeidsgiveravgift er i dag.

²²³ Sak 173/73, premiss 28.

²²⁴ *Bacon* (1997), s. 310.

²²⁵ Se Kommisjonens pressemelding IP/97/251 av 26. mars 1997.

Ovenfor under pkt. 5.4.2 så vi at godkjenningen av *Maribel quater*-ordningen imidlertid også kan begrunnes med at fordelene var et tilfeldig utslag av reglene. Det er dermed usikkert om denne saken kan tas til inntekt for at slike omstendigheter innebærer at støtten ikke kan anses som selektiv.

EF-domstolen har heller ikke tatt stilling til spørsmålet så langt. Domstolens avvisende holdning til å ta stilling til spørsmålet i *Adria Wien-saken* er derfor det foreløpig eneste bidraget fra EF-domstolen. Det er ikke sikkert at vurderingen stiller seg annerledes med hensyn til andre avgifter enn miljøavgifter. Ønsket om å bevare arbeidsplasser og spredt sysselsetting står imidlertid sterkt også innenfor EU, slik at vurderingen kan stille seg annerledes på dette området. I denne forbindelse spiller det også en rolle at retningslinjenes bestemmelse i pkt. 15D.3.2 kun gjelder statsstøtte på miljøområdet. Når det gjelder andre avgifter enn miljøavgifter er dermed behovet for en slik tolkning av selektivitetsvilkåret større. På den annen side vil en tolkning basert på formålet med statsstøttereglene tale mot at slike tilfeller ikke skal anses selektive.

Konkurrenseutslagene av en avgift vil være størst for de virksomheter som rammes hardest av avgiftsplikten. Ved å gi avgiftsfritak i slike tilfeller vil dermed den statsinitierte konkurransepåvirkningen være betydelig.

Etter dette må rettstilstanden anses uklar hva gjelder spørsmålet om det forhold at støttemottakeren rammes uforholdsmessig hardt kan begrunne fritaket som en naturlig del av systemet. Kommisjonspraksis kan tyde på at tankegangen er i ferd med å få innpass hos fellesskapsorganene. Likevel er denne praksis ikke klar når det gjelder det rettslige grunnlaget for Kommisjonens synspunkter. Det må således trekkes et skille mellom ordninger som godkjennes etter den diskresjonære unntaksbestemmelsen i EØS art. 61 nr. 3, og ordninger som faller utenfor statsstøttereglene fordi de ikke oppfyller kravet til selektivitet, i alle fall når det gjelder miljøavgifter.

5.5.4 Berettigede unntak: Oppsummering

Etter dette kan det være vanskelig å si noe generelt om hva som ligger i reservasjonen “naturlig unntak”. Utgangspunktet for vurderingen er om avgiftsfritaket kan sies å være direkte avledet av grunnprinsippene i avgiftssystemet. Dette innebærer at det konkrete fritaket ikke strider mot de grunnleggende hensyn som ligger i avgiftssystemet. Det er for eksempel på denne bakgrunn fellesskapsorganene har godkjent fritak fra miljøavgifter til fordel for foretak som ikke bidrar til utslipp av den produksjonsfaktoren som avgiftsbelegges. Det er her *logisk* at disse foretakene ikke betaler miljøavgiften.

Vi har imidlertid sett at reservasjonen “naturlig unntak” kan gå lenger enn dette; også avgiftsfritak som isolert sett kunne begrunnes med formål som strider mot de hensyn som ligger til grunn for hovedregelen om avgiftsplikt, har av fellesskapsorganene blitt ansett å falle utenfor regelverket. En fellesnevner for disse tilfellene er at *særlige omstendigheter* har berettiget unntaket. Slike omstendigheter har gjort det *naturlig* å differensiere reglene; særlige trekk ved støttemottakerens virksomhet har berettiget unntaket. Praksis gir imidlertid ikke noe *klart* rettslig grunnlag for at særlige omstendigheter kan begrunne unntaket. Etter min mening kan derfor en bedre løsning være å la det være opp til ESAs skjønn etter EØS art. 61 nr. 3 om avgiftsfritak som kan begrunnes med særlige omstendigheter skal anses uforenlig med EØS-avtalen. Det kan være vanskelig for medlemsstatene å håndtere hvilke omstendigheter som kan gjøre fritaket berettiget, noe som kan lede til at ordninger som innebærer statsstøtte ikke meldes til overvåkningsorganene. Nå har riktignok overvåkningsorganene også anledning til å foreta etterhåndskontroll av om regelverket overholdes. EØS art. 62 om ESAs kompetanse med hensyn til håndheving av statsstøttereglene gjelder således både eksisterende og planlagt støtte. Særlig med tanke på at mottakerne kan pålegges å tilbakebetale ulovlig utbetalt støtte²²⁶ og de konsekvenser dette kan få, er imidlertid kontroll gjennom forhåndsgodkjennelse å foretrekke.

²²⁶ Jf. lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117 § 5, forskrift om offentlig støtte av 4. desember 1992 nr. 907 § 5 og Rådsforordning (EF) nr. 659/1999 (forordningen er innlemmet under EØS-avtalen gjennom EØS-komiteens beslutning nr. 164/200, forordningen gjelder videre som norsk forskrift, jf. forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg til Protokoll 3 om nærmere regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93 (prosedyreforordningen) av 21. februar 2003 nr. 198 § 1).

Hensynet til et forutsigbart og effektivt regelverk innebærer at man også kan spørre seg om vurderingen av om unntaket anses berettiget som en del av systemets karakter er en hensiktsmessig metode for å skille mellom generelle og selektive unntak. Vi har sett at det kan være vanskelig å redegjøre nærmere for hvilke omstendigheter som kan begrunne unntaket, og dermed kan det være vanskelig for medlemsstatene å forholde seg til regelverket på dette området. Metoden for å skille generelle foranstaltninger fra selektiv støtte kan være vanskelig å håndtere i praksis; den bygger på abstrakte størrelser som er vanskelige å anvende i en konkret sak.

En alternativ måte å vurdere avgiftsfritakets selektive karakter på, er kanskje å benytte det sammenligningsgrunnlaget som fremgår av saken *Spania mot Kommisjonen*. Dersom man konstaterer at avgiftsfritaket innebærer forskjellsbehandling, blir da spørsmålet om dette kan begrunnes med forskjeller i foretakenes faktiske og rettslige situasjon. Hvis så er tilfellet, er avgiftsfritaket ikke selektivt. De særegne omstendighetene som har begrunnet fritaket som en naturlig del av systemet i de avgjørelsene som er gjennomgått ovenfor, kan således forklares med at støttemottakerne befant seg i en annen faktisk eller rettslig posisjon enn de som var omfattet av avgiftsplikten. Derfor var unntaket berettiget. Når det er sagt, gir ikke fellesskapsorganenes praksis foreløpig grunnlag for å hevde at enhver faktisk særegenhet ved støttemottakeren anledning kan berettigge avgiftsfritaket. Det gjenstår for eksempel å se om det faktum at støttemottakeren rammes uforholdsmessig hardt av en avgiftsplikt kan begrunne avgiftsfritaket. Uansett viser størrelsen “tilsvarende faktisk og rettslig posisjon” til en vurdering der ulike momenter som om forskjellsbehandlingen er tilsiktet og om mottakeren rammes hardt av en avgiftsplikt inngår. Noe annet enn et utgangspunkt ved vurderingen av selektiviteten til det konkrete avgiftsfritaket kan derfor heller ikke dette være.

5.6 Selektivitetsvilkåret – Konklusjon

Vi har sett at vurderingen av det konkrete avgiftsfritakets selektive karakter kan by på problemer. Det grunnleggende utgangspunktet for vurderingen er likevel om støttemottakeren blir begunstiget i forhold til andre foretak i samme rettslige og faktiske situasjon.

Ved den nærmere analysen av dette, benytter fellesskapsorganene en totrinnsvurdering: For det første må støtteordningen utgjøre et unntak fra det alminnelige systemet. Nærmere bestemt må ordningen innebære direkte eller indirekte forskjellsbehandling til fordel for støttemottakeren. Slik forskjellsbehandling foreligger ikke dersom mottakerens fordel kommer som et tilfeldig utslag av reglene, eller dersom det eksisterer et separat system for de begunstigede foretak. Slik Kommisjonspraksis har utviklet seg, vil derfor et avgiftsfritak som knytter seg til bestemte handlinger/prosesser snarere enn bestemte rettssubjekter trolig gå klar av statsstøttereglene. Det at enkelte rettssubjekter får større fordeler enn andre av en slik ordning kan begrunnes med at det er et tilfeldig utslag av reglene. EF-domstolen har likevel ennå ikke tatt eksplisitt stilling til spørsmålet. Den vage ordlyden, sammenholdt med en virkningsorientert tolkning av selektivitetsvilkåret, innebærer at Domstolen kan ha rettslig anledning til å anse også slike ordninger som selektiv støtte, noe som etter min mening samtidig innebærer et skritt videre fra tidligere praksis. Dette kan være uheldig, da enhver generell ordning har mer eller mindre ulike virkninger for ulike markedsaktører. Dersom slike tilfeldige utslag av reglene rammes av selektivitetsvilkåret, vil det bl.a. ha den uheldige følge at overvåkningsorganenes (og medlemsstatenes) arbeidsmengde økes betydelig, noe som kan gå utover håndhevelsen av reglene. Den beste løsningen i slike tilfeller er derfor etter mitt skjønn å se bort i fra tilfeldige fordeler, og heller vurdere om avgiftsfritaket er til fordel utelukkende for visse foretak eller om alle aktører har rettslig og faktisk adgang til fritaksordningen.

Dersom man etter denne vurderingen kommer til at avgiftsfritaket innebærer et unntak fra det alminnelige system, blir spørsmålet så om unntaket kan berettiges.

Felleskapsorganenes praksis viser at denne vurderingen skal fange opp tilfeller der begunstigelsen er tilsiktet fra myndighetenes side, slik at det isolert sett foreligger diskriminering, men hvor fritaket kan utledes av grunnprinsippene i avgiftssystemet eller hvor støttemottakernes karakteristika berettiger forskjellsbehandlingen.

Støttemottakernes karakteristika kan for eksempel innebære at de rammes uforholdsmessig hardt av en avgiftsplikt. Hvorvidt dette siste kan berettige unntaket er imidlertid tvilsomt. Etter min mening er den beste løsningen på denne problemstillingen å la det være opp til ESAs skjønn etter EØS art. 61 nr. 3, bokstav c) om slike særlige omstendigheter skal medføre at avgiftsfritaket anses forenlig med statsstøttereglene.

6 Konkurranseridningsvilkåret

6.1 Innledning – Bakgrunn og problemstillinger

Det tredje vilkåret i statsstøttebestemmelsen i EØS art. 61 nr. 1 er at støtten må vri eller true med å vri konkurransen. Dette vilkåret må ses i sammenheng med reglens formål; sikre konkurranse på like vilkår. Det er ikke noe poeng å ramme støtteordninger som ikke har noen negativ effekt på konkurransen.

Ordlyden i EØS art. 61 nr. 1, “*vri eller truer med å vri konkurransen*”, innebærer at det ikke er nødvendig at støtteordningen *faktisk* vrir konkurransen. Det er tilstrekkelig at ordningen er *egnet* til dette. På denne måten tjener bestemmelsen som et fleksibelt tolkningsinstrument for fellesskapsorganene. En slik utforming av ordlyden er dessuten nødvendig for å vurdere lovligheten av planlagte støtteordninger, jf. notifikeringsplikten om nye støtteordninger etter EØS art. 62, jf. art. 1 nr. 3 i protokoll 3 til ODA-avtalen.

I tillegg til bestemmelsens generelle ordlyd, har fellesskapsorganene også tolket konkurransevidningsvilkåret meget vidt. Eldre praksis fra Kommisjonen viser for eksempel at så lenge Kommisjonen fant at det forelå selektiv støtte, tok den for gitt at støtteordningen hadde negativ innflytelse på konkurransen.²²⁷ Denne kategoriske holdningen til konkurransevidningsvilkåret har imidlertid blitt modifisert av EF-domstolen tidlig på åttitallet gjennom *Philip Morris* og *Leeuwarder* sakene,²²⁸ der Domstolen fastslo at Kommisjonen har plikt til å begrunne nærmere hvorfor en konkret støtteordning kan påvirke konkurransen.

En annen sak er at faren for konkurransevidning lett lar seg konstatere. I *Philip Morris-saken* uttalte således EF-domstolen at:

“Når en finansiell støtte, som ydes af en stat, styrker en virksomheds position i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for fællesskabet, må det antages, at denne samhandel påvirkes af støtten.”²²⁹

²²⁷ Se *XIth Report on Competition Policy* (1981), pkt. 176.

²²⁸ Sak 730/79, *Philip Morris Holland BV mot Kommisjonen*, Sml. 1980 s. 2671 og forente saker 296 og 318/82, *Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek BV mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 809.

²²⁹ Premiss 11.

Det avgjørende vurderingstemaet er derfor om den konkrete støtteordningen innebærer at mottakerens posisjon styrkes i forhold til konkurrentene. Dette vil bero på en helhetsvurdering, der relevante momenter vil være støttens absolutte og relative størrelse, hva støtten skal brukes til og andre vilkår for støtten, se bl.a. premiss 18 i *Nordrhein-saken*. For å konstatere om støtten kan påvirke konkurransen, er det dessuten en forutsetning at det relevante markedet identifiseres på samme måte som etter bestemmelsene om forbud mot konkurransebegrensende samarbeid i EØS art. 53 og forbudet mot utilbørlig utnyttelse av markedsdominans i EØS art. 54.²³⁰

I forhold til avgiftsfritak skaper i utgangspunktet ikke konkurransevidningsvilkåret noen særlige problemer utover det som kan sies om den generelle tolkningen av vilkåret. Noen særegenheter ved avgiftsfritak som støtteform reiser likevel enkelte særlige spørsmål. Slike spørsmål oppstår fordi avgiftsfritak av natur er generelle ordninger. Dette medfører at støttemottakerne utgjør en stor og uensartet gruppe. Det beløpet den enkelte støttemottaker sparer i forbindelse med avgiftsfritaket er derfor svært varierende. Når det gjelder elavgiftsfritaket, beror for eksempel det konkrete støttebeløpet på hvor mye elektrisitet mottakerne forbruker, ved at avgiftsplikten er knyttet til forbruk pr. kWh. På samme måte varierer besparelsene i tilknytning til den geografisk differensierte arbeidsgiveravgiften med arbeidsgivernes lønnskostnader, noe som i høy grad korresponderer med antall arbeidstakere. Avgiftsfritakene er også ofte såpass generelle, at støtteordningene omfatter foretak som opererer på ulike markeder.

Disse forholdene reiser to spørsmål. For det første er det en problemstilling hvorvidt man i vurderingen skal vurdere de enkelte støttemottakere hver for seg, eller om man skal vurdere hele ordningen under ett. For det annet er det spørsmål om det faktum at avgiftsfritaket også kan omfatte små virksomheter, og dermed innebære små støttebeløp, medfører at konkurransen ikke kan anses påvirket på grunn av det marginale støttebeløpet og mottakernes marginale markedsandeler.

²³⁰ For en nærmere gjennomgang av bestemmelsene i EØS art. 53 og 54, se bl.a. *EØS-rett* (1995), s. 302 flg.

6.2 Er det tilstrekkelig å vurdere avgiftsfritakets konkurransevirkninger under ett?

Når det gjelder de konkrete sakene mellom Norge og ESA har spørsmålet om man skal vurdere hver enkelt mottaker eller avgiftsfritaksordningene under ett, særlig betydning for den differensierte arbeidsgiveravgiften. Dette fordi mange av støttemottakerne her er små foretak som stort sett konkurrerer på hjemmemarkedet i bransjer der det er lite aktuelt med konkurranse fra andre deler av EØS-området. Fritaket fra elavgift er på den annen side mer konsentrert til næringslivssektorer der det eksisterer skarp internasjonal konkurranse. Spørsmålet kan imidlertid også ha aktualitet på dette området, ettersom mottakerne under dette regimet heller ikke er ensartet i alle henseender.

Spørsmålet om man i vurderingen av støttens påvirkning på konkurransen må vurdere hver enkelt mottaker eller hele ordningen, var oppe for EFTA-domstolen i 1999 i saken om norske arbeidsgiveravgifter.²³¹ Norske myndigheter anførte at ESAs vedtak om å kjenne ordningen uforenlig med EØS-avtalen var ugyldig, bl.a. fordi ESA kun hadde vurdert konkurransevridningsvilkåret i forhold til avgiftsdifferensieringen sett under ett:

“Where different kinds of undertakings in various sectors benefit from an aid scheme, the fact that certain recipients compete in intra-EEA trade does not, in the view of the Applicant, make the entire scheme as such incompatible with the EEA Agreement.”²³²

Et slikt resonnement synes umiddelbart forstandig. For selv om avgiftsfritaket har den virkning at konkurransen påvirkes i enkelte markeder, synes det lite hensiktsmessig at dette også får betydning for fritak i tilfeller der støtten ikke har slik virkning. I slike tilfeller vil jo deler av ordningen være forenlig med EØS-avtalen. EFTA-domstolen delte imidlertid ikke myndighetenes synspunkter:

“[W]hen examining the compatibility with the EEA Agreement of aid granted in accordance with an existing aid scheme, a decision on the matter will relate *to the scheme itself* [min uth.] and not to individual aids granted under the scheme.”²³³

²³¹ Sak E-6/98.

²³² Premiss 45.

²³³ Premiss 57, annet punktum.

Vurderingen av om støtten vrir eller truer med å vri konkurransen må følgelig skje under ett for hele avgiftsfritaksordningen. EFTA-domstolen begrunnet ikke dette nærmere, men henviste til *Nordrhein-saken*. Denne saken gjaldt støtte til foretak i en bestemt region, ikke støtte adressert mot bestemte foretak. EF-domstolen uttalte at det i slike tilfelle var tilstrekkelig å vurdere konkurransevirkningene av støtteprogrammet som sådan:

“I forbindelse med støtteprogrammer kan Kommissionen innskrenke sig til at undersøge *programmets* [min uth.] nærmere indhold med henblik på at vurdere, om det som følge af høje støttebeløb eller -sats, arten af de investeringer, der gives støtte til, eller andre vilkår i forbindelse med programmet sikrer en væsentlig fordel for støttemodtagerne i forhold til deres konkurrenter (...)”²³⁴

Nyere praksis fra EF-domstolen gir også uttrykk for det samme. Selv om synspunktet ikke kommer eksplisitt til uttrykk, ligger det ofte som en forutsetning bak Domstolens avgjørelser. I *Maribel bis/ter-saken* var det for eksempel snakk om en støtteordning som omfattet et stort antall foretak. Likevel var det ikke bestridt at det var tilstrekkelig at Kommisjonen vurderte støtteordningen under ett for alle foretak. I Kommisjonens beslutning vedrørende differensierte arbeidsgiveravgifter i Sverige,²³⁵ uttalte også Kommisjonen at støttens virkninger var avhengig av lønnskostnadene hos de enkelte mottakere og at dette varierte. Likevel var det også her tilstrekkelig å vurdere hele avgiftsfritaksordningen under ett.

Etter dette må det anses som sikker rett at det er tilstrekkelig å vurdere hele fritaksordningen under ett i forbindelse med konkurransevridningsvilkåret. Den viktigste grunnen til dette, er *hensynet til reglenes effektivitet*. Dersom overvåkningsorganene skulle vurdere konkurransevirkningen av støtten til hver enkelt mottaker, ville dette føre til atskillig større belastning i organenes arbeidsmengde. Dette kan igjen føre til sendrektig saksgang, og dermed mangelfull håndhevelse. På denne måten ville et slikt krav til begrunnelse undergrave statsstøttereglenes effektivitet. Når det ikke stilles krav til individuell undersøkelse, bli det opp til statene å formulere støtteprogram som er tilpasset de ulike mottakernes markedssituasjon. Ved å opprette egne fritaksordninger som ikke faktisk eller potensielt påvirker konkurransen på grunn

²³⁴ Sak 248/84, premiss 18, fjerde punktum.

²³⁵ Beslutning nr. 2001/690/EF, publisert i EFT 2001 L 244/32.

av foretakenes markedssituasjon, kan medlemsstatene unngå at støtte til slike foretak kjennes ugyldig fordi avgiftsfritaksordningen også omfatter foretak i en annen markedssituasjon. Merarbeidet blir altså veltet over på medlemsstatene.

Den pågående dialogen mellom norske myndigheter og ESA om den differensierte arbeidsgiveravgiften viser dette i praksis. Som følge av at ESA har vurdert hele programmet under ett til å være i strid med EØS art. 61, søker nå myndighetene å endre regelverket for særskilte grupper av mottakere (for eksempel mottakere som er berettiget til transportstøtte), og melder dette fortløpende til ESA.²³⁶

En annen viktig årsak til at det ikke kreves noen individuell vurdering, er sammenhengen med meldeplikten for planlagte støtteordninger i henhold til EØS art. 62, jf. art. 1 nr. 3 i protokoll 3 til ODA-avtalen. I slike tilfelle må ESA vurdere støtteordninger før de iverksettes, og her vil det være vanskelig å forutsi nøyaktig hvem som vil dra nytte av ordningen. Den eneste måten å vurdere det planlagte tiltakets påvirkning på konkurransen er her å vurdere hele programmet under ett. Etter min mening har derfor den eksisterende rettstilstanden på dette punkt de beste grunner for seg.

6.3 Konkurransesvridningsvilkåret og marginale støttebeløp

Avgiftsfritak som støtte rammer mottakerne ulikt, og størrelsen på mottakerforetakene innebærer ofte at det enkelte foretaks besparelser ved avgiftsfritaket er beskjedne, selv om statens samlede tap i forbindelse med ordningen kan være betydelig. Fordi virkningene av avgiftsfritaket som nevnt vurderes under ett, skaper dette normalt ikke problemer. Spørsmål kan imidlertid oppstå ved avgiftsfritaksordninger som retter seg utelukkende mot mindre virksomheter, slik at hver enkelt mottaker mottar beskjedne beløp. Problemstillingen som da reiser seg er om konkurransesvridningsvilkåret likevel anses oppfylt når støttemottakerne mottar svært beskjedne beløp. I slike tilfeller vil jo statens inngrep kun ha ubetydelige innvirkninger på konkurransen.

Innledningsvis ble det nevnt at identifikasjonen av det relevante markedet i forbindelse med vurderingen av om avgiftsfritaket vrir eller truer med å vri konkurransen må skje

²³⁶ Se ESAs vedtak 141/03/COL.

på samme måte som etter bestemmelsene i EØS art. 53 og 54. Når det gjelder forbudet mot konkurransebegrensende samarbeid i henhold til EØS art. 53 og den tilsvarende bestemmelsen i EF art. 81, har fellesskapsorganene innfortolket et *merkbarhetskrav*. Det vil si at samarbeidet må påvirke samhandelen merkbart for at forbudet skal komme til anvendelse. Spørsmålet er dermed om et slikt merkbarhetskrav også kan innfortolkes i EØS art. 61 nr. 1. EF-domstolen har flere ganger fått seg forelagt dette spørsmålet, og har i disse sakene avkreftet at et slikt krav gjelder i forhold til EF art. 87 nr. 1:

“Ifølge domme af 17. september 1980, Philip Morris (730/79, Sml. s. 2671), og af 11. november 1987, Frankrig mod Kommissionen (259/85, Sml. s. 4393), udelukker den omstændighed, at en støtte er forholdsvis ubetydelig, eller den støttemodtagende virksomhed er af beskeden størrelse, ikke på forhånd, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan være påvirket.”²³⁷

En annen sak er at ESA kan godkjenne beskjedne støttebeløp etter unntakshjemmelen i EØS art. 61 nr. 3. Pkt. 12.1 i ESAs retningslinjer nevner nemlig uttrykkelig at støtte som ikke overstiger en viss terskelverdi (€ 100.000 over en treårsperiode) faller utenfor statsstøtteregelverket etter *de minimis*-regelen.

I utgangspunktet skulle forholdet mellom dette og konkurransevidningsvilkåret være greit. Støtten er egnet til å påvirke konkurransen, men unntak kan likevel tenkes etter EØS art. 61 nr. 3. Det nærmere forholdet mellom EØS art. 61 nr. 1 og EØS art. 61 nr. 3 når det gjelder beskjedne støttebeløp, kan imidlertid synes noe uklar. Årsaken til dette er at fellesskapsorganenes praksis ikke er entydig med hensyn til hvilket regelsett som skal anvendes i slike tilfeller.

Når man har å gjøre med beskjedne støttebeløp, foreligger det altså to tolkningsalternativer. Det kan på den ene siden anføres at konkurransevidningsvilkåret i EØS art. 61 nr. 1 skal forstås slik at støtte som er av en slik størrelse at den kun har ubetydelig virkning på konkurransen faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Dette kan la seg forene med traktatens ordlyd, fordi støttens størrelse ikke tilsier at ordningen “*virir eller truer med å vri konkurransen*”. Velger man dette tolkningsalternativet, vil støtteordninger med beskjedne støttebeløp ikke innebære statsstøtte i EØS art. 61 nr. 1s forstand. Dette medfører bl.a. at statenes

²³⁷ Sak 142/87, *Belgia mot Kommisjonen* (“Tubemeuse”), Sml. 1990 s. I-959, premiss 43.

notifiseringsplikt i henhold til EØS art. 62, jf. art. 1 nr. 3 i protokoll 3 til ODA-avtalen, ikke gjelder.

På bakgrunn av EF-domstolens motvillighet til å innfortolke et merkbarhetskrav i forbindelse med konkurransevidningsvilkåret, kan det på den annen side anføres at all støtte som faktisk eller potensielt kan påvirke konkurransen faller inn under bestemmelsen i EØS art. 61 nr. 1. Heller ikke dette tolkningsalternativet er uforenlig med ordlyden. Selv om støttebeløpet er lite kan konkurransen likevel påvirkes. Dette gjelder særlig i markeder hvor det eksisterer skarp konkurranse og marginene er knappe. Det ville derfor være uheldig å hevde kategorisk at små beløp aldri medfører konkurransevidning. Selv om det kan være slik i de fleste saker, utelukker man på denne måten tilfeller hvor støtten faktisk eller potensielt vrir konkurransen til tross for at støttebeløpet er beskjedent. Dette tolkningsalternativet gir derfor anvisning på at det er opp til overvåkningsorganene å vurdere om slik beskjeden støtte skal godkjennes, jf. EØS art. 61 nr. 3.

ESAs og Kommisjonens retningslinjer kan tyde på at overvåkningsorganene tolker konkurransevidningsvilkåret slik at støtte som innebærer beskjedne støttebeløp alltid faller utenfor anvendelsesområdet til bestemmelsene i EØS art. 61 nr. 1 og EF art. 87 nr. 1. I ESAs retningslinjer pkt. 12.1 (1) heter det således at:

“The EFTA Surveillance Authority is of the view that aid below a certain amount is considered not to have an appreciable effect on trade and competition between the Contracting Parties. Therefore Article 61(1) of the EEA Agreement can be said not to apply and notification is not required (...).”²³⁸

En grunn til at overvåkningsorganene anser slik bagatellmessig støtte for å falle utenfor EØS art. 61 nr. 1, kan være at retningslinjene gir en klar og forutsigbar regel. Dermed vil ikke by på problemer for medlemsstatene selv å anvende regelen, noe som vil være arbeidsbesparende for overvåkningsorganene.

²³⁸ Se også art. 2 i Kommisjonens forordning (EF) Nr. 69/2001 om anvendelse af EF-traktatens artikel 87 og 88 på de minimis-støtte, av 12. januar 2001. Publisert i EFT 2001 L 10/30.

Til tross for de klare uttalelsene i retningslinjene, gir EF-domstolens praksis uttrykk for et annet syn. Avgjørelsen av om en støtteordning vrir eller truer med å vri konkurransen beror i følge Domstolens praksis på en helhetsvurdering av alle sakens omstendigheter. En snever vurdering av støttebeløpets kvantitative størrelse er dermed ikke tilstrekkelig for å konstatere at avgiftsfritaksordningen ikke påvirker konkurransen. I en nylig avsagt dom i saken *Italia mot Kommisjonen*, som gjelder reduserte arbeidsgiveravgifter, uttalte for eksempel EF-domstolen at:

“Den omstændighed, at en støtte er forholdsvis ubetydelig, eller at den støttemodtagende virksomhed er af beskeden størrelse, udelukker ikke på forhånd, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan være påvirket (...)”²³⁹

Dette viser at EF-domstolen fortsatt opprettholder det synet som ble fremhevet i *Tubemeusesaken*, selv etter at Kommisjonen har kommet med sine uttalelser i forordningen om bagatellmessig støtte. Det foreligger derfor ulike oppfatninger hos overvåkningsorganene og Domstolen, og den EF-rettslige rettskildelæren tilsier da at man må legge Domstolens løsning til grunn. Den nylig avsagte dommen i saken *Spania mot Kommisjonen* om støtte ved kjøp av yrkeskjøretøy er interessant i så henseende. Et stridsspørsmål i saken var om støtten måtte godkjennes som følge av at det støttebeløp den enkelte mottaker fikk var lavere enn terskelen for anvendelsen av *de minimis*-regelen. Kommisjonen hadde ikke vurdert denne omstendigheten i sitt vedtak, fordi støtte til transportsektoren var ekskludert fra anvendelsesområdet til *de minimis*-forordningen. Støttmottakerne hadde imidlertid ikke transport som erverv, og spørsmålet var dermed om Kommisjonen var bundet av sine retningslinjer. Til dette uttalte Domstolen:

“Kommissionen kan ganske vist i sine meddelelser og i de rammebestemmelser, den udsteder, under overholdelse af traktaten og som led i udøvelsen af sit skøn ved vurderingen af de mulige økonomiske virkninger af støtteforanstaltninger, bortset fra visse sektorer, som er kendetegnet ved særlige konkurrencevilkår, lægge til grund, at støtte under et vist beløb ikke påvirker samhandelen og derfor ikke omfattes af traktatens artikel 92 og 93. Imidlertid er disse meddelelser og rammebestemmelser i første række bindende for Kommissionen selv (...)”²⁴⁰

²³⁹ Sak C-310/99, *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 2002 s. I-2289, premiss 86.

²⁴⁰ Sak C-409/00, premiss 69.

Dette er en klar henvisning til at EF-domstolen ikke anser seg bundet av *de minimis*-regelen ved vurderingen av om støtteordningen er egnet til å påvirke konkurransen. Dette tilsier at det ikke er plass til en slik vurdering ved anvendelsen av EØS art. 61 nr. 1. Domstolen fastslo imidlertid at når slike retningslinjer først var utstedt, kunne ikke Kommisjonen la være å vurdere den aktuelle støtteordningens forhold til *de minimis*-regelen. Dette kan forklares med EF-rettens ulovfestede forvaltningsprinsipper om likebehandling og beskyttelse av berettiget forventning. Med hensyn til vurderingen av om lave støttebeløp er relevante i forhold til anvendelsen av konkurransevilkåret, synes det likevel som om Domstolen bekrefter at *de minimis*-regelen får anvendelse ved denne vurderingen. Etter å ha drøftet hvorvidt Kommisjonen kunne la være å vurdere den aktuelle støtteordningen opp mot *de minimis*-regelen, uttalte således EF-domstolen at:

“[N]år støtte ydes til virksomheder, der er aktive inden for en sektor, hvor de *de minimis*-reglen *ikke* [min uth.] finder anvendelse, og når der er en stærk konkurrence inden for denne sektor, kan selv en relativt beskedne støtte påvirke konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne (...).”²⁴¹

I dette ligger det tilsynelatende en forutsetning om at i tilfeller hvor *de minimis*-regelen *finnes* anvendelse, medfører det faktum at støttebeløpets størrelse er liten at konkurransen ikke påvirkes faktisk eller potensielt. Den samme forutsetningen synes også å ligge til grunn i to andre avgjørelser mellom Spania og Kommisjonen.²⁴² EF-domstolens uttalelser er imidlertid ikke klare, og sammenholdt med tidligere praksis er det dermed usikkert om det er grunnlag for å fortolke Domstolens nyeste uttalelser antitetisk. Inntil EF-domstolen kommer med en avklaring av rettstilstanden på dette punktet, synes det mest hensiktsmessig å rubrisere *de minimis*-reglene inn under ESAs skjønn etter EØS art. 61 nr. 3. Det er særlig sammenhengen med reglene om notifikasjonsplikt som tilsier dette.

²⁴¹ Premiss 76.

²⁴² Se sak C-113/00, Spania mot Kommisjonen, Sml. 2002 s. I-7601, premiss 30-36 og Sak C-114/00, Spania mot Kommisjonen, Sml. 2002 s. I-7657, premiss 46-52.

Etter dette kan det faktum at avgiftsfritaksordningen kun innebærer beskjedne utgiftsbesparelser hos den enkelte støttmottaker ikke i seg selv medføre at konkurransevidningsvilkåret ikke er oppfylt.

7 Samhandelsvilkåret

7.1 Innledning – Bakgrunn og problemstillinger

For at en støtteordning skal anses uforenlig med EØS-avtalen, er det endelig et vilkår at ordningen “*påvirker samhandelen mellom avtalepartene*”, jf. EØS art. 61 nr. 1 i.f. Samhandelsvilkåret innebærer dermed at avgiftsfritaket må ha virkning på konkurransen i *fellesmarkedet*. Dette innebærer to avgrensninger: For det første regulerer ikke bestemmelsen ordninger som utelukkende får virkning på konkurransen mellom nasjonale virksomheter og virksomheter i tredjeland, det vil si land utenfor EØS-området. For det annet faller statsstøtte som kun har virkning på markeder hvor det utelukkende er nasjonale aktører som opptrer utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Bakgrunnen for dette er naturligvis statsstøttereglenes fellesskapsrettslige kontekst; det er det *indre markedet* fellesskapsretten søker å regulere. Den nærmere presiseringen av disse avgrensningene kan imidlertid være problematiske, da det ikke alltid er gitt at støtte som ytes til bedrifter som konkurrerer på andre markeder enn EØS-markedet ikke påvirker sistnevnte. Domstolens praksis viser også at det ikke skal mye til før EØS-markedet anses påvirket.²⁴³ Jeg går ikke nærmere inn på dette, da spørsmålet ikke er særegent for avgiftsfritak.

I motsetning til konkurransevidningsvilkåret, gir ikke ordlyden i samhandelsvilkåret grunnlag for å hevde at støtte som også potensielt kan påvirke samhandelen omfattes. Bestemmelsens ordlyd “*påvirker samhandelen*” taler klart for at det kreves at samhandelen *faktisk* påvirkes. Sammenhengen med notifikasjonsbestemmelsen i EØS art. 62, jf. art. 1 nr. 3 i protokoll 3 til ODA-avtalen, tilsier imidlertid at ordlyden tolkes utvidende på dette punkt. En slik rettsoppfatning er også lagt til grunn av fellesskapsdomstolene.²⁴⁴

En slik utvidende fortolkning av ordlyden innebærer at det, som ved konkurransevidningsvilkåret, ikke skal mye til før samhandelsvilkåret anses oppfylt i den konkrete saken.

²⁴³ Se for eksempel *D'Sa* (1998) s. 98-99 for en oppsummering av denne praksis.

²⁴⁴ Se bl.a. Sak T-298/97 mv., *Alzetta Mauro m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2000 s. II-2319, premiss 76 og 77, samt *Banco Exterior-saken*, premiss 15.

Uttalelsene i premiss 11 i *Philip Morris-saken* (sitert ovenfor under pkt. 6.1) er således også relevante i forhold til vurderingen av støttens påvirkning på samhandelen. Det avgjørende vurderingstemaet synes derfor å være om støtten styrker foretakets konkurranseposisjon i forhold til andre foretak i EØS-området. Det må her foretas en helhetsvurdering, der blant annet støttens absolutte og relative størrelse, mottakernes markedsandeler og forholdene på det relevante marked er sentrale momenter. På samme måte som ved vurderingen av støttens konkurransevirkninger, er det tilstrekkelig å vurdere hele støtteordningen under ett. Det er ikke nødvendig å analysere hver enkelt mottaker. Vurderingen er altså svært lik den som blir foretatt under konkurransevidningsvilkåret, og disse vurderingene kan derfor flyte over i hverandre. *Philip Morris-saken* er egnet til å illustrere dette, se dommens premiss 11. Det er ikke et krav om at støtten må påvirke samhandelen merkbart, og det stilles heller ikke store krav til støttemottakerens markedsandel, se Domstolens uttalelser i *Tubemeusesaken* (pkt. 6.3 ovenfor).

Når det gjelder samhandelsvilkåret og dets anvendelse ved støtte i form av avgiftsfritak, reiser det seg i utgangspunktet ikke noen særlige problemstillinger utover de som oppstår ved den generelle tolkningen av vilkåret. I forhold til de konkrete sakene om fritak fra elavgift og differensiert arbeidsgiveravgift, oppstår det imidlertid et særlig problem: Avgiftsfritak er ikke noe særnorsk virkemiddel, vi finner støtteformer i form av reduserte arbeidsgiveravgifter og fritak fra miljøavgifter også i andre medlemsstater. Det er tilstrekkelig å nevne *Maribel quater* og den *danske elreformen* som eksempler på at lignende støtteordninger finnes i andre land. Spørsmålet er da om samhandelsvilkåret kan anses oppfylt, eller om avgiftsfritaksordningene på denne måten kun sikrer likevekt i rammebetingelsene innenfor EØS-området.

7.2 Relevansen av støtteordninger i andre medlemsstater

Nærmere bestemt blir spørsmålet om det i vurderingen av det konkrete avgiftsfritakets påvirkning på samhandelen innen EØS-området, er relevant å ta i betraktning lignende avgiftsfritaksordninger i andre medlemsstater.

En streng vurdering basert på spørsmålet om avgiftsfritaket gir mottakerne en styrket posisjon på fellesmarkedet i forhold til andre foretak, kan tilsi at det er relevant å ta

avgiftsfritak i andre medlemsstater i betraktning. I tillegg til dette har utenlandske konkurrenter i EØS-området også jevnt over lavere produksjonskostnader enn norske foretak, bl.a. på grunn av lavere lønnsutgifter og kortere avstand til markedet. Det kan derfor anføres at de konkrete avgiftsfritakene kun tilstreber å gi støttemottakerne tilnærmet de samme rammebetingelsene som konkurrentene. Spørsmålet er om fellesskapsorganenes praksis også gir grunnlag for en slik forståelse av samhandelskriteriet.

Kommisjonens avgjørelse i saken om reduserte arbeidsgiveravgifter i Sverige er interessant på dette punkt. Til forsvar for at avgiftsdifferensieringen ikke var i strid med statsstøtteregele i EF art. 87, anførte svenske myndigheter at en tilsvarende støtteordning i Norge var godkjent av ESA. Kommisjonen mente imidlertid at dette ikke medførte at samhandelspåvirkningen uteble:

“Forekomsten af en lignende støtteordning i Norge (dvs. ordningen for regionalt differentierede socialsikringsbidrag) giver ikke tilstrækkelig anledning til at godkende den svenske ordning for nedsættelse af socialsikringsbidrag. I den forbindelse har EF-Domstolen fastslået at ‘En medlemsstats krænkelse af en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaten i forbindelse med forbudet i artikel 92 [87], ikke kan retfærdiggøres med, at andre medlemsstater heller ikke overholder denne forpligtelse. Virkningerne på samhandelen mellem medlemsstaterne af flere konkurrencefordrejninger ophæver ikke hinanden gensidigt, men kumuleres, hvilket øger de skadelige virkninger for det fælles marked’”.²⁴⁵

I følge Kommisjonen kunne altså lignende støtteordninger i andre medlemsstater i henhold til EF-domstolens praksis ikke være relevante ved bedømmelsen av støtteordningens påvirkning på samhandelen. Saken Kommisjonen henviste til i dette henseende, er *Steinikesaken*. Saksforholdet her var imidlertid noe annerledes enn hva det var i den konkrete saken om differensieringen av den svenske arbeidsgiveravgiften. I *Steinike* var nemlig forholdet at de tilsvarende ordningene i andre medlemsstater *ikke* var godkjent av fellesskapsorganene.²⁴⁶ Det er i denne konteksten Domstolens avgjørelse må leses. I saken om de svenske arbeidsgiveravgiftene, og for så vidt også for de norske avgiftenes vedkommende, er forholdet at lignende ordninger i andre

²⁴⁵ EFT 2001 L 244/32, pkt. 31 c).

²⁴⁶ Se Sak 78/76, premiss 23 og 24.

medlemsstater er godkjente av fellesskapsorganene. Kommisjonens rettsanvendelse på dette punkt kan derfor kritiseres. En sak er at *traktatbrudd* fra enkelte medlemsstater ikke rettferdiggjør traktatbrudd fra andre. En ganske annen sak er at tilsvarende *godkjente* regimer i andre medlemsstater innebærer at foretak som drar nytte av den omtvistede støtteordningen ikke får noen styrket posisjon i forhold til konkurrentene på EØS-markedet. Etter min mening kan derfor verken Kommisjonens avgjørelse i saken om de svenske arbeidsgiveravgiftene eller Domstolens uttalelser i *Steinikesaken* tas til inntekt for at tilsvarende støtteordninger i andre EØS-stater er irrelevant ved bedømmelsen av avgiftsfritaksordningens påvirkning på samhandelen.

Spørsmålet om en medlemsstat kan introdusere støtteordninger som “svar” på tilsvarende *godkjente* ordninger i andre land har imidlertid også vært oppe for EF-domstolen. *Cofazsaken*²⁴⁷ gjelder et slikt tilfelle. Den overordnede problemstillingen i saken var om en prisregulering for levering av naturgass til nederlandske ammoniakkprodusenter fastsatt av nederlandske myndigheter gjennom selskapet Gasunie innebar ulovlig statsstøtte. Som følge av støtten, vant mottakerne markedsandeler på bekostning av deres konkurrenter. Den franske ammoniakkprodusenten Cofaz påklaget derfor Kommisjonens godkjenning av støtteordningen til EF-domstolen. Et spørsmål i saken var om saksøkerne var “umiddelbart berørt” av vedtaket, slik at de hadde kompetanse til å anlegge søksmål om gyldigheten av Kommisjonens vedtak, jf. EF art. 230, fjerde ledd. Kommisjonen bestred at dette var tilfellet, fordi saksøkeren ikke hadde lidt noe tap som følge av vedtaket. Tapet kom som følge av at prissystemet til saksøkerens gassleverandør, Gaz de France, ikke var tilpasset Gasunies prissystem. EF-domstolen tok ikke stilling til spørsmålet, men Generaladvokat VerLoren Van Themaat drøftet problemstillingen om relevansen av tilsvarende støtteordninger i andre land. I sitt forslag til avgjørelse uttalte han således:

“En medlemsstat må faktisk have mulighed for at udligne virkningerne af en konkurrencefordrejning, der er fremkaldt af en støtte i annen medlemsstat, ved at indføre en støtte til sine egne virksomheder, der virker på samme måde.”²⁴⁸

²⁴⁷ Sak 169/84, *Compagnie française de l'azote (Cofaz) SA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 391.

²⁴⁸ Generaladvokatens forslag til avgjørelse, på s. 407.

I motsetning til *Steinike* gjaldt disse uttalelsene altså godkjente ordninger i andre medlemsstater. Generaladvokatens uttalelser synes dermed å gi støtte for et argument om at når støtte er godkjent i andre medlemsstater, medfører ikke den omtvistede ordningen at mottakeren får noen styrket posisjon i forhold til andre foretak i EØS-området. Det skal likevel presiseres at EF-domstolen ikke tok stilling til spørsmålet i *Cofazsaken*. Uttalelsene kommer fra Generaladvokaten, og det er ikke sikkert Domstolen hadde delt hans syn hvis den hadde måttet ta stilling til problemstillingen. Den rettskildemessige betydningen at Generaladvokatens uttalelser i den konkrete saken skal derfor ikke overdrives. Det er følgelig ikke klart om man skal følge Kommisjonens eller Generaladvokatens tolkning av samhandelsvilkåret på dette punkt.

En oppklaring kom imidlertid med Førsteinstansrettens avgjørelse i *Vlaamse Gewest-saken*.²⁴⁹ Myndighetene i den belgiske regionen Flandern ytet et rentefritt lån til flyselskapet Vlaamse Luchttransportmaatschappij NV (VLM), og spørsmålet for Førsteinstansretten var om dette var stridende mot statsstøttereglene i EF-traktaten. Til forsvar for sin påstand om at ordningen ikke innebar støtte, anførte VLM at selskapet ikke hadde fått noen styrket posisjon i forhold til konkurrentene. Disse hadde nemlig mottatt betydelige beløp fra staten som ledd i omstrukturingsprogrammer, og dette var blitt godkjent av Kommisjonen. Førsteinstansretten avfeide likevel at dette medførte at samhandelen ikke kunne anses påvirket:

“Det forhold, at VLM's konkurrenter måtte have opnået - eventuelt ulovlig - statsstøtte, ændrer ikke ved, at der efter traktatens artikel 92 [87], stk. 1, er tale om støtte. En medlemsstats krænkelse af en forpligtelse, der påhviler den i henhold til traktaten, i forbindelse med forbuddet i artikel 92 [87], kan ikke retfærdiggøres med, at andre medlemsstater heller ikke overholder denne forpligtelse (Domstolens dom af 22.3.1977, sag 78/76, *Steinike & Weinlig*, Sml. s. 595, præmis 24).”²⁵⁰

Førsteinstansrettens henvisning til *Steinikesaken* kan kritiseres, fordi det i *Vlaamse Gewest-saken* ikke var snakk om traktatbrudd; støtten var godkjent. Når det gjelder godkjente støtteordninger i andre land, synes dermed Generaladvokatens uttalelser i *Cofazsaken* å gi et bedre uttrykk for rettstilstanden. Likevel er Førsteinstansrettens

²⁴⁹ Sak T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (regionen Flandern) mot Kommisjonen*, Sml. 1998 s. II-717.

²⁵⁰ Premiss 54.

uttalelser i *Vlaamse Gewest-saken* klare nok; lovlig eller ulovlig støtte til mottakerens konkurrenter er ikke relevant ved vurderingen av om støtten påvirker samhandelen.

En slik oppfatning kommer også til uttrykk i ESAs retningslinjer pkt. 17b.3.1 (3), og ser dessuten ut til å ha festnet seg i juridisk teori:

“The fact that competitors of the beneficiary of the aid receive State aid, even illegal aid, is irrelevant in classifying the measure as aid.”²⁵¹

Reelle hensyn tilsier også en slik løsning. Dersom man tillot støtteordninger som “svar” på støtteordninger i andre land, ville dette føre et støttekappløp som innebærer en lite effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser. En slik rettstilstand vil direkte stride mot statsstøttereglenes formål, nemlig uforstyrret konkurranse. Kravet om at støtten må påvirke samhandelen ville heller ikke hatt noen reell betydning inntil foretakenes rammebetingelser hadde blitt totalharmonisert i hele EØS-området. Det samme gjelder forhold der konkurrentene ikke mottar støtte, men likevel har gunstigere rammebetingelser enn støttemottakeren. I henhold til Kommisjonens praksis er det ikke relevant for vurderingen av samhandelspåvirkningen at støtten tjener til å utligne ugunstige rammebetingelser, for eksempel på grunn av lokaliseringen av mottakerens virksomhet. Samhandelspåvirkningen vil uansett være til stede i slike tilfelle fordi mottakerens kostnader reduseres, og dermed styrkes konkurranseevnen ved statlig inngrep.²⁵²

Det synes etter dette klart at det faktum at de konkrete norske avgiftsfritakene tar sikte på å gi norske bedrifter tilnærmet samme rammebetingelser som konkurrentene i EØS-markedet og at det finnes tilsvarende ordninger i andre medlemsstater, ikke er relevant ved vurderingen av om avgiftsfritakene faktisk eller potensielt påvirker samhandelen.

²⁵¹ *Quigley* (2003), s. 59.

²⁵² Se *Evans* (1997) s. 83 for en oppsummering av Kommisjonens praksis på dette punkt.

8 Avslutning

Den ovenstående drøftelsen av vilkårene i EØS art. 61 nr. 1 viser at den fleksible standarden i bestemmelsens ordlyd har blitt vel utfylt av praksis fra fellesskapsdomstolene og praksis og meddelelser fra overvåkningsorganene. Dermed foreligger det nå en omfattende praksis omkring statsstøtte i form av avgiftsfritak og andre generelle virkemidler.

Årsaken til at fellesskapsorganene i økende grad har måttet ta stilling til avgiftsfritak og forholdet til statsstøttereglene, er at mens EU-samarbeidet omfatter stadig flere politiske områder, har det ikke funnet sted noen felles regulering av medlemsstatenes skatte- og avgiftspolitik. Derfor har medlemsstatene sett på skatte- og avgiftsinstrumentene som en hensiktsmessig måte å styre politikken på uten å komme i konflikt med EU-retten. Samtidig har statsstøttebestemmelsene i EF art. 87 og EØS art. 61 vært fellesskapets eneste virkemiddel for å hindre statsinitierte forstyrrelser på den frie konkurransen. I denne forbindelse minnes det om at konkurransereglene i EØS art. 53 og 54 og de tilsvarende bestemmelsene i EF art. 81 og 82 kun retter seg mot *foretakenes* markedsadferd. Selv om dette også innbefatter statskontrollerte foretak, har reglene liten gjennomslagskraft når det gjelder generelle statlige virkemidler, som for eksempel avgiftsfritak.

Kontrollen med den statsinitierte konkurransepåvirkningen er først og fremst gjort mulig ved den fleksible ordlyden i EØS art. 61 nr. 1. Dette, kombinert med EF-domstolens virkningsrettede tolkning av bestemmelsen, har gjort at organene allerede fra de tidligste sakene om avgiftsfritak og statsstøtte har kunnet tilpasse EUs politikk på området til stadig skiftende samfunnsforhold, slik at statsstøttereglenes effektivitet sikres. Denne dynamikken innebærer at rettstilstanden på området ikke på noe tidspunkt kan anses som fast. Avgiftsfritak som i dag går klar av statsstøttereglene, trenger dermed ikke gjøre det i fremtiden. Derfor må medlemsstatene være varsomme med å konstruere kreative løsninger for å omgå regelverket.

Dersom man trekker den virkningsorienterte tolkningen av statsstøttebestemmelsen for langt, kan nærmest ethvert statsinitiert inngrep på konkurransen anses som støtte. Dette er etter min mening uheldig, både med tanke på at Fellesskapet, og i alle fall EØS-samarbeidet, tross alt skal gi statene et visst spillerom med hensyn til den generelle

økonomiske og sosiale politikken, og med tanke på hensynet til overvåkningsorganenes arbeidsmengde. En for offensiv tolkning av statsstøtteregele vil således kunne føre til manglende kapasitet hos overvåkningsorganene, noe som igjen vil gå utover reglenes effektivitet. Formålet med statsstøtteregele realiseres riktignok bedre gjennom virkningsorientert tolkning enn dersom man inntar et mer formalistisk utgangspunkt, men hvor reglene strekkes for langt virker dette mot sin hensikt. Fellesskapsorganenes praksis levner da også liten tvil om at organene fortsatt vurderer støttetiltaket med utgangspunkt i dens virkninger, men dette strekkes ikke så langt at enhver fordel rammes av reglene. Nyere praksis fra Kommisjonen og fellesskapsdomstolene viser etter mitt skjønn at organene har en mer nyansert holdning i forhold til vurderingen av om det konkrete avgiftsfritaket innebærer statsstøtte.

Den siste utviklingen innen EU bærer bud om en økende harmonisering av medlemsstatenes avgiftspolitik. Merverdiavgiftsreglene har således vært lenge gjenstand for harmonisering, og det samme gjelder enkelte særavgifter.²⁵³ For den norske elavgiftens vedkommende er det særlig interessant at en harmonisering av energiavgiftene nå planlegges. Denne harmoniseringen kan innebære at statsstøttebestemmelsen blir mindre aktuell på dette avgiftsområdet.²⁵⁴

Totalharmonisering av medlemsstatenes skatte- og avgiftspolitik er imidlertid kontroversielt. Sannsynligvis vil derfor statsstøttebestemmelsene fortsatt være fellesskapsrettens mest sentrale virkemiddel for å hindre at den frie konkurransen påvirkes av medlemsstatens avgiftspolitik.

²⁵³ Se bl.a. Rådskdirektiv nr. 77/388 og Rådskdirektiv nr. 92/79.

²⁵⁴ Se EFT 1997 C 139/4. For norske forhold har det særlig betydning at ESAs retningslinjer henviser til harmonisering på miljøavgiftsområdet i pkt. 15D.3.2 og 15A(5).

9 Litteraturliste

Bøker og artikler:

- Arnesen, Finn *Introduksjon til rettskildelæren i EF*. I: IUSEF nr. 2, 3. utg. Oslo, 1995. ISBN 82-00-21554-7
- Bacon, Kelyn *State Aids and General Measures*. I: Yearbook of European law. Årg.17 (1997), s. 269 – 321. ISSN 0263-3264
- Bacon, Kelyn *The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts*. I: European Competition Law Review. Årg. 24 (2003), s. 54 – 61. ISSN 0144-3054
- Baudenbacher, Carl *A Brief Guide to European State Aid Law*. London, 1997. ISBN 90-411-0939-0
- Craig, Paul *EU Law: Text, cases and materials*. Paul Craig og Gráinne De Búrca. 3. utg. Oxford, 2003. ISBN 0-19-924943-1
- Eckhoff, Torstein *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*. Oslo 1983. ISBN 82-518-1783-8
- Eckhoff, Torstein *Rettsystemer: Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. Torstein Eckhoff og Nils Kristian Sundby. 2. utg, Oslo 1991. ISBN 82-518-2930-5
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo, 2001. ISBN 82-518-3988-2
- Dajani, Omar G ... [et al.]. *EØS-avtalen og norsk skatterett*. Oslo, 2003. ISBN 82-15-00278-1
- Dajani, Omar G. *Den differensierte arbeidsgiveravgiften etter EFTA-domstolens dom*. I: Skatterett: Tidsskrift for Skatt og Avgift. Årg. 19 (2000), s. 3-17. ISSN 0333-2810
- D'Sa, Rose M *European Community Law on State Aid*. London, 1998. ISBN 0421-545801
- Eide, Erling *Rettsøkonomi for Offentlig rett*. 3. utg. Oslo, 1999. ISBN 82-994370-1-6

- Erlbacher, Friedrich *State Aid Law in the European Courts in 2001 and 2002.*
Friedrich Erlbacher og Waltraud Hakenberg. I: *European Competition Law Review*. Årg. 24 (2003), s. 431-448.
ISSN 0144-3054
- Hammer, Ulf *To EØS-rettslige studier fra kraftmarkedet.*
I: IUSEF nr. 35. Oslo, 2000. ISBN 82-00-45425-8
- Hancher, Leigh *E.C. State Aids.* Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot. 2. utg. London, 1999. ISBN 0421-610409
- Hancher, Leigh *Towards a New Definition of a State Aid under European Law: Is there a New Concept of State Aid Emerging? I:*
European State Aid Law Quarterly, Vol. 2 (2003), s. 365-373. ISSN 1619-5272
- Hatland, Aksel *Folketrygdens Framtid.* Oslo, 1984.
ISBN 82-00-07082-4
- Hov, Jo *Avtaleslutning og ugyldighet.* Oslo, 1998.
ISBN 82-91060-06-1
- Kaasen, Inge *Rebate of taxes = state aid? I: Europarättslig Tidsskrift.*
Årg. 5 (2002), s. 321 – 326. ISSN 1403-8722
- Kaasen, Inge *EØS artikkel 61 – støtte gitt av staten eller av statlige midler – statlige reguleringer som ikke omfattes.*
I: *Europarättslig Tidsskrift*. Årg. 4 (2001), s. 508 – 518.
ISSN 1403-8722
- Kaasen, Inge *Banksikring og konkurranse: en EØS-rettslig studie.*
Oslo, 2000. ISBN 82-15-00026-6
- Lund, Robert *Statsforetak og statsstøtte – Statsgaranti og kapitaltilførsel til Statkraft SF i lys av EØS-avtalen.* I: IUSEF nr. 38.
Oslo, 2002. ISBN 82-15-00304-4
- Molde, Jørgen ...[et al.]. *EU-Karnov 2001.* 7. utg. København, 2001.
(red) ISBN 87-619-0309-4
- Mørch, Henrik *EU's regler om statsstøtte.* Henrik Mørch og Asger Petersen. I: *EU-ret og menneskeret*. Årg. 4 (1997)
s. 121-151. ISSN 1395-220X

- Paaske, Eva (red.) *Facts 2002, The Energy Sector and Water Resources in Norway*. Olje- og energidepartementet, Oslo, 2002. ISSN 1501-6404
- Pinto, Carlo *EC State Aid Rules and Tax Incentives: A U-Turn in Commission Policy? I: European Taxation*. Vol. 39 (1999), s. 295-309. ISSN 0014-3138
- Quigley, Conor *The Notion of a State Aid in the EEC*. I: *European Law Review*. Årg. 13 (1988), s. 242 – 256. ISSN 0307-5400
- Quigley, Conor *EC State Aid Law and Policy*. Conor Quigley og Anthony M. Collins. Oxford, 2003. ISBN 1-84113-162-8
- Renner-Loquenz, Brigitta *State Aid in Energy Taxation Measures: First Experiences from Applying the Environmental Aid Guidelines 2001*. I: *European State Aid Law Quarterly*, Vol. 2 (2003), s. 21-27. ISSN 1619-5272
- Ross, Malcolm *State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems – A Case of Premature Emancipation?* I: *Common Market Law Review*, Vol. 37 (2000), s. 401-423. ISSN 0165-0750
- Ruud, Morten *Innføring i folkerett*. Morten Ruud og Geir Ulfstein. 2 utg., Oslo 2002. ISBN 82-15-00208-0
- Sejersted, Fredrik ... [et al.]. *EØS-rett*. Oslo, 1995. ISBN 82-00-22469-4
- Schina, Despina *State aids under the EEC-treaty: Articles 92 to 94*. Oxford, 1987. ISBN 0-906214-44-0
- Schön, Wolfgang *Taxation and State Aid Law in the European Union*. I: *Common Market Law Review*, Vol. 36 (1999), s. 911-936. ISSN 0165-0750
- Vaughan, David (red.) *Law of the European communities*. I: *Halsbury's Laws of England*, Årg. 51. 4. utg. London, 1986. ISBN 0-406-00300-9
- Whish, Richard *Competition Law*. 4 utg. London, 2001. ISBN 0-406-00266-5
- Wiersholm, Marie *Privates søksmålskompetanse – ugyldighetssøksmål i statsstøttesaker for EFTA-domstolen*. I: IUSEF nr. 37. Oslo, 2001. ISBN 82-15-00222-6

- Wishlade, Fiona G. *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*. Haag, 2003. ISBN 90-411-1975-2
- Zimmer, Frederik *Lærebok i Skatterett*. 4. utg. Oslo, 2001. ISBN 82-15-00135-1

Lover:

- 1814 *Kongeriget Norges Grundlov* av 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 1933 *Lov om særavgifter* av 19. mai 1933 nr. 11 (særavgiftsloven)
- 1966 *Lov om merverdiavgift* av 19. juni 1966 nr. 66 (merverdiavgiftsloven)
- 1967 *Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker* av 10. februar 1967 (forvaltningsloven)
- 1974 *Lov om kommunale vass- og kloakkavgifter* av 31. mai 1974 nr. 17
- 1975 *Lov om eigedomsskatt til kommunane* av 6. juni 1975 nr. 29
- 1990 *Lov om avgift på utslipp av CO₂ i petroleumsvirksomhet på kontinentsokkelen* av 21. desember 1990 nr. 72
- 1992 *Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde mv.* av 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven)
- 1992 *Lov om offentlig støtte* av 27. november 1992 nr. 117
- 1997 *Lov om folketrygd* av 28. februar 1997 nr. 19 (folketrygdloven)
- 1999 *Lov om skatt av formue og inntekt* av 29. mars 1999 nr. 14 (skatteloven)

EF-direktiver og forordninger:

- 1977 Rådskdirektiv nr. 77/388 av 17. mai 1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter, publisert i EFT 1977 L 262
- 1992 Rådskdirektiv nr. 92/79 av 19. oktober 1992 om indbyrdes tilnærmelse af cigaretafgifterne, publisert i EFT 1995 L 019

- 1999 Rådsforordning (EF) nr. 659/1999 av 22. mars 1999 om fastsettelse av nærmere regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 13, 2002.
- 2001 Kommisjonens forordning (EF) nr. 69/2001 av 12. januar 2001 Om anvendelse af EF-traktatens artikkel 87 og 88 på de minimis-støtte. Publisert i EØS tillegget til EFT nr. 23, 2003.

Forskrifter og stortingsvedtak:

- 1992 *Forskrift om offentlig støtte* av 4. desember 1992 nr. 907
- 2001 *Forskrift om særavgifter* av 11. desember 2001 nr. 1451
(særavgiftsforskriften)
- 2003 *Forskrift om gjennomføring av EØS-avtalens vedlegg til Protokoll 3 om nærmere regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93 (prosedureforordningen)* av 21. februar 2003 nr. 198
- 2002 Stortingsvedtak 2. desember 2002 om *særavgifter til statskassen for budsjetterminen 2003*
- 2002 Stortingsvedtak 2. desember 2002 om *fastsetting av avgifter til folketrygden for 2003*
- 2002 *Stortingets skattevedtak for inntektsåret 2003* av 2. desember 2003

Internasjonale konvensjoner m.m.:

- Amsterdamtraktaten *Amsterdam-traktaten om ændring af traktaten om Den Europæiske Union, traktaterne om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber og visse tilknyttede akter*, av 2. oktober 1997.
- EF-traktaten *Traktat om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab*, av 25. mars 1957.
- EKSF-traktaten *Traktat om oprettelse af Det europæiske Kul- og Stålfællesskab*, av 18. april 1951
- EØS-avtalen *Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde*, av 2. mai 1992.

- ODA-avtalen *Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol, av 2. mai 1992.*
- Kyotoprotokollen *Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, av 11. desember 1997.*
- Gøteborgprotokollen *Gothenburg Protocol to the 1979 Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-Level Ozone, av 30. november 1999.*

Offentlige dokumenter, Norge:

- NOU 1975:2 *Geografisk differensiert støtte til arbeidskraft*
- NOU 1976:36 *Arbeidsgiveravgiften til folketrygden*
- NOU 1996:9 *Grønne skatter – en politikk for bedre miljø og høy sysselsetting*
- St. meld. nr. 1 (2002-2003) *Nasjonalbudsjettet 2003*
- St. meld. nr. 2 (2002-2003) *Revidert nasjonalbudsjett 2003*
- St. meld. nr. 1 (2001-2002) *Nasjonalbudsjettet 2002*
- St. meld. nr. 34 (2000-2001) *Om distrikts- og regionalpolitikken*
- St. meld. nr. 29 (1998-99) *Om energipolitikken*
- St. prp. nr. 64 (1989-90) *Tiltakssone i Finnmark og Nord-Troms*
- St. prp. nr. 54 (1997-98) *Grønne skatter*
- St. prp. nr. 1 (2002-2003) *Skatte-, avgifts- og tollvedtak*
- St. prp. nr. 1 (2003-2004) *Skatte-, avgifts- og tollvedtak*
- El-avgift *El-avgift og tilpasninger til ESAs nye retningslinjer for miljøstøtte – Rapport fra en interdepartemental arbeidsgruppe. Avgitt til Finansdepartementet 19. desember 2002. Tilgang: <http://odin.dep.no/archive/finvedlegg/01/08/elavg069.pdf> [sitert 22.10.2003]*
- Effektutvalget *Regionale og distriktpolitiske effekter av differensiert arbeidsgiveravgift. Delrapport av desember 2002. Tilgang: <http://odin.dep.no/archive/krdvedlegg/01/15/effek039.pdf> [sitert 22.10.2003]*

Merverdiavgiftsutvalget Delrapport av 22. mars 2002. Tilgang:
<http://odin.dep.no/archive/finvedlegg/01/06/rappo039.pdf>
[sitert 22.10.2002]

Offentlige dokumenter, EU og EFTA

Kommisjonen:

Ist – XXXIst *Report on Competition Policy*. Brussel, 1971 – 2001.

KOM (2001) 403/F *Ninth Survey on State Aid in the European Union*. Brussel, 2001. ISSN 0254-1475

KOM(2002) 242/F *State aid scoreboard - spring 2002 update*. Brussel, 2002. ISSN 0254-1475

Rettspraksis:

EF-domstolen

Sak 30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Den Høye Myndighet for Det europeiske Kull- og Stålfelleskap*, Sml. 1954-1964 s. 211

Sak 26/62 *Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen*, Sml. 1954-64 s. 375

Sak 173/73 *Italia mot Kommisjonen* (“Tekstilsaken”), Sml. 1974 s. 709

Sak 78/76 *Steinike & Weinlig mot Tyskland*, Sml. 1977 s. 595

Sak 82/77 *Nederland mot Jacobus Philippus van Tiggele*, Sml. 1978 s. 25

Sak 61/79 *Amministrazione delle finanze dello Stato mot Denavit italiana Srl*, Sml. 1980 s. 1205

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

Sak 296 og 318/82 *Nederland og Leeuwarder Papierwarenfabriek BV mot Kommisjonen*, Sml. 1985 s. 809

Sak 290/83 *Kommisjonen mot Frankrike*, Sml. 1985 s. 439

- Sak 169/84 *Compagnie française de l'azote (Cofaz) SA m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1986 s. 391
- Sak C-169/84 *Société CdF Chimie azote et fertilisants SA og Société chimique de la Grande Paroisse SA mot Kommisjonen*, Sml. 1990 s. I-3083
- Sak 248/84 *Tyskland mot Kommisjonen* ("Nordrhein"), Sml. 1987 s. 4013
- Sak 67, 68 og 70/85 *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV m. fl. mot Kommisjonen*, Sml. 1988 s. 219
- Sak 30/87 *Corinne Bodson mot SA Pompes funèbres des régions libérées*, Sml. 1988 s. 2479
- Sak C-142/87 *Belgia mot Kommisjonen* ("Tubemeuse"), Sml. 1990 s. I-959
- Sak C-301/87 *Frankrike mot Kommisjonen* ("Boussac"), Sml. 1990 s. I-307
- Sak C-305/89 *Italia mot Kommisjonen*, ("Alfa Romeo"), Sml. 1991 s. I-1603
- Sak C-41/90 *Klaus Höfner og Fritz Elser mot Macrotron GmbH*, Sml. 1991 s. I-1979
- Sak C-72 og 73/91 *Sloman Neptun Schiffahrts AG mot Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, Sml. 1993 s. I-887
- Sak C-189/91 *Petra Kirsammer-Hack mot Nurhan Sidal*, Sml. 1993 s. I-6185
- Sak C-225/91 *Matra SA mot Kommisjonen*, Sml. 1993 s. I-3203
- Sak C-387/92 *Banco Exterior de España SA mot Ayuntamiento de Valencia*, Sml. 1994 s. I-877
- Sak C-56/93 *Belgia mot Kommisjonen*, Sml. 1996 s. I-723
- Sak C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) m. fl. mot La Poste m. fl.*, Sml. 1996 s. I-3547
- Sak C-241/94 *Frankrike mot Kommisjonen* ("Kimberly Clark"), Sml. 1996 s. 4551
- Sak C-353/95 *Tiercé Ladbroke SA mot Kommisjonen* ("PMU"), Sml. 1997 s. I-7007
- Sak C-6/97 *Italia mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-2981
- Sak C-52-54/97 *Viscidio m. fl mot Ente Poste Italiane*, Sml. 1998 s. I-2629
- Sak C-75/97 *Belgia mot Kommisjonen* ("Maribel bis/ter"), Sml. 1999 s. I-3671
- Sak C-200/97 *Ecotrade Srl mot Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS)*, Sml. 1998 s. I-7907
- Sak C-251/97 *Frankrike mot Kommisjonen*, Sml. 1999 s. I-6639

Sak C-256/97	<i>Déménagements-Manutention Transport SA</i> ("DM-Transport"), Sml. 1999 s. I-3913
Sak C-404/97	<i>Kommisjonen mot Portugal</i> , Sml. 2000 s. I-4897
Sak C-83/98	<i>Frankrike mot Ladbroke Racing Ltd. og Kommisjonen</i> , Sml. 2000 s. I-3271
Sak C-351/98	<i>Spania mot Kommisjonen</i> ("Plan Renove Industrial"), Sml. 2002 s. I-8031
Sak C-379/98	<i>PreussenElektra AG mot Schhleswag AG</i> , Sml. 2001 s. I-2099
Sak C-480/98	<i>Spania mot Kommisjonen</i> , Sml. 2000 s. I-8717
Sak C-143/99	<i>Adria-Wien Pipeline GmbH og Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH mot Finanzlandesdirektion für Kärnten</i> , Sml. 2001 s. I-8365
Sak C-310/99	<i>Italia mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. I-2289
Sak C-382/99	<i>Nederland mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. I-5163
Sak C-482/99	<i>Frankrike mot Kommisjonen</i> ("Stardust"), Sml. 2002 s. I-4397
Sak C-53/00	<i>Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)</i> , Sml. 2001 s. I-9067
Sak C-113/00	<i>Spania mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. I-7601
Sak C-114/00	<i>Spania mot Kommisjonen</i> , Sml. 2002 s. I-7657
Sak C-280/00	<i>Altmark Trans GmbH og Regierungsprädisium Magdeburg mot Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH</i> . Dom av 24. juli 2003, ennå ikke referert i Sml.
Sak C-409/00	<i>Spania mot Kommisjonen</i> , Sml. 2003 s. I-1487
Sak C-126/01	<i>GEMO</i> (verserende sak)
Sak C-159/01	<i>Nederland mot Kommisjonen</i> (verserende sak).

Førsteinstansretten:

- Sak T-358/94 *Compagnie nationale Air France mot Kommisjonen,*
Sml. 1996 s. II-2109
- Sak T-106/95 *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) m.fl. mot*
Kommisjonen, Sml. 1997 s. II-229
- Sak T-214/95 *Het Vlaamse Gewest (regionen Flandern) mot Kommisjonen,*
Sml. 1998 s. II-717
- Sak T-14/96 *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot Kommisjonen,*
Sml. 1999 s. II-139
- Sak T-16/96 *Cityflyer Express Ltd mot Kommisjonen, Sml. 1998 s. II-757*
- Sak T-298/97 mv. *Alzetta Mauro m.fl. mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-2319*
- Sak T-55/99 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM)*
mot Kommisjonen, Sml. 2000 s. II-3207
- Forente saker *Diputación Foral Guipúzcoa m.fl. mot Kommisjonen,*
T-269/99, T-271/99 Sml. 2002 s. II 4217
og T-272/99
- Forente saker *Diputación Foral de Álava m.fl. mot Kommisjonen,*
T-92/00 og T-103/00 Sml. 2002 s. II 1385
- Sak T-98/00 *Linde AG mot Kommisjonen, Sml. 2002 s. II-3961*

EFTA-domstolen:

- Sak E-2/94 *Scottish Salmon Growers Association Ltd. mot EFTA Surveillance*
Authority, EFTA Court Report [1994-95] 59
- Sak E-6/98 *Norge mot ESA, EFTA Court Report [1999] 74*
- Sak E-1/00 *State Debt Management Agency mot Íslandsbanki-FBA hf., EFTA*
Court Report [2000-2001] 10

Norsk Retstidende:

Rt. 1997 s. 1594

Rt. 2002 s. 391 (“God Morgon”)

Vedtak mv. av ESA og Kommisjonen:

ESA:

- Vedtak nr. 4/94/COL *Om vedtakelse og utferdigelse av saksbehandlingsregler og materielle regler på statsstøtteområdet (retningslinjer for anvendelse og fortolkning av EØS-avtalens artikkel 61 og 62 og protokoll 3 artikkel 1 i overvåknings- og domstolsavtalen). Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 32 1994. Oppdatert versjon er tilgjengelig på www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldStateAid/guidelines/ [sitert 22.10.2003]*
- Vedtak nr. 228/99/COL *Godkjenning av statsstøtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 og protokoll 3 artikkel 1 nr. 3 i overvåknings- og domstolsavtalen. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 1, 2000*
- Vedtak nr. 149/02/COL *Om miljøavgiftstiltak. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 8, 2003.*
- Vedtak nr. 172/02/COL *To propose appropriate measures to Norway with regard to state aid in the form of regionally differentiated social security taxation (“Geografisk differensiert arbeidsgiveravgift”). Tilgjengelig på: <http://www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldStateAid/stateAidRegistry/sadecnor02/172-02.doc> [sitert 22.10.2003]*
- Vedtak nr. 141/03/COL *Kunngjøring fra EFTAs overvåkningsorgan i henhold til overvåknings- og domstolsavtalens protokoll 3 artikkel 1 nr. 2 til de øvrige EFTA-stater, EUs medlemsstater og interesserte parter om foreslått statsstøtte i form av geografisk differensiert arbeidsgiveravgift og direkte transportstøtte. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 45, 2003*

EØS-komiteen Beslutning nr. 164/2001 *om endring av EØS-avtalens protokoll 26 om myndighet og oppgaver for EFTAs overvåkningsorgan i forbindelse med statsstøtte*. Publisert i EØS-tillegget til EFT nr. 13, 2002.

Kommisjonen:

Sak N 520/93 *Tilskud til virksomheder, der indsamler og bortskaffer spildolie*. Vedtak av 23. september 1993, publisert i EFT 1993 C 287/5

KOM (97) 30, endelig *Forslag til Rådets direktiv om omstrukturering af EF-bestemmelserne for beskatning af energiprodukter*. Av 17. mars 1997. Publisert i EFT 1997 C 139/14.

Sak N-132/97 *Maribel quater*. Vedtak av 25.mars 1997, publisert i EFT 1997 C 201/6

Beslutning nr. 2001/690/EF *Om den af Sverige anmeldte ordning for nedsættelse af socialsikringsbidrag*. Publisert i EFT 2001 L 244/32.

Sak N 416/99 *El-distributionsbidrag*. Vedtak av 20. september 2002, Publisert i EFT 2000 C 354/17

Sak NN 30/B/2000 *Zero rate for green electricity*. Vedtak av 28. november og N 678/01 2001. Publisert i EFT 2002 C 30/14.

Sak N 246/2001 Vedtak av 19. september 2001. Ennå ikke publisert i EFT

A