

**Vilkåret om statlige ressurser i EF-traktatens artikkel
87(1) ”statsstøtte eller støtte gitt av statsmidler i enhver
form”.**

Hvor går grensen mellom private og offentlige ressurser?

Kandidatnr: 234

Veileder: Erling Hjelmeng

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 16302 ord

23.11.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	EMNE OG AVGRENSNING	1
1.2	STATSSTØTTENS PLASSERING I EU-RETTE	3
1.3	METODE OG RETTSKILDER	4
<u>2</u>	<u>VILKÅRENE I ARTIKKEL 87(1)</u>	<u>6</u>
2.1	INNLEDNING	6
2.2	PLIKTSUBJEKT	7
2.3	STØTTE GITT AV STATSMIDLER I ENHVER FORM	7
<u>3</u>	<u>GRENSEN MELLOM OFFENTLIGE OG PRIVATE RESSURSER</u>	<u>11</u>
<u>4</u>	<u>HANDLINGEN MÅ TILSKRIVES STATEN</u>	<u>23</u>
<u>5</u>	<u>GRENSEN ILLUSTRERT GJENNOM TYPETILFELLER</u>	<u>29</u>
5.1	INNLEDNING	29
5.2	OFFENTLIGE FORETAK OG STATLIG KONTROLL	29
5.3	SOSIAL REGULERING	32
5.4	PRISREGULERING	36
5.5	BESKYTTELSE AV ARBEIDSTAKERE	39
5.6	AVGIFTER OG SKATTEFORDELER	40
5.7	STATSGARANTIER	43
5.8	UTBYTTE VED OFFENTLIGE SELSKAPER	45
<u>6</u>	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</u>	<u>47</u>
<u>7</u>	<u>DOMSREGISTER / AVGJØRELSER I KRONOLOGISK REKKEFØLGE</u>	<u>50</u>

1 Innledning

1.1 Emne og avgrensning

Tema for denne avhandling er hvor grensen går mellom private og offentlige midler når man skal vurdere om et statlig tiltak er finansiert av statlige ressurser i EF-traktatens artikkel 87(1)s forstand.

Artikkel 87 (1) i EF-traktaten lyder slik:

”[s]ave as otherwise provided in this Treaty, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the common market.”¹

Det oppstilles følgelig fire² vilkår for at noe kan kalles statsstøtte i EF-traktatens forstand. Det er et kriterium at det er støtte gitt fra staten, som truer med å vri konkurransen i det indre marked, ved å begunstige enkelte foretak slik at det påvirker samhandelen mellom landene.

Det er det første vilkåret jeg skal ta for meg i min avhandling. Det har tidligere vært uklart hva som ligger i det første vilkåret. Ordlyden i artikkelen tilsier at ”granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever” inneholder to alternative vilkår. Det siste alternativ omfatter foranstaltninger som finansieres av offentlige midler, mens det første alternativ dekker alle øvrige foranstaltninger som ikke

¹ ”Med de unntak som er fastsatt i denne traktat, skal statsstøtte 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 uforenelig med det felles marked i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom medlemsstatene” Norsk oversettelse fra EU- og EØS-relevante tekster, Hamre Inger og Stemshaug Helge, Senter for Europarett, Universitetet i Oslo

² Enkelte deler det opp i fem kriterier; medlemsstat og dens ressurser, selektivitet, fordel, effekt på handel mellom medlemsstatene og vridning eller fare for vridning (av handelen).

finansieres av statlige midler. Det har i den sammenheng vært spørsmål om statlige tiltak som har en økonomisk effekt lik statsstøtte, men som ikke involverer statens ressurser, kan være statsstøtte. Den andre måten å tolke vilkåret i artikkel 87(1) på, er at distinksjonen kun dreier seg om å fange opp situasjoner som ellers ville ha falt utenfor formålet, for eksempel hvor en stat forsøker å omgå reglene ved å opprette et privat selskap til å administrere støtten. EF-domstolen har tolket kriteriet på sistnevnte måte. Den eneste funksjon distinksjonen i uttrykket har er i følge rettspraksis³ å sikre at støttebegrepet omfatter støtte gitt av organer som ikke inngår i staten. Dette betyr at det er foretatt en smal fortolkning av det første kriteriet i artikkel 87(1).

Rettspraksis har videre utviklet to vilkår for at noe kan oppfylle første vilkår i artikkel 87(1), nemlig "State attributability" og "State financing". Med dette menes at tiltaket må kunne føres tilbake til staten og tiltaket må være finansiert av statens ressurser. Statens handling må altså involvere en overføring av statlige midler. Konsekvensen blir at hvis det ikke er en overføring av "State resources" er det heller ikke noen statsstøtte. Spørsmålet blir da hva som kan karakteriseres som statlige midler, og det blir nødvendig å finne skillet mellom statens ressurser og private ressurser. Jeg skal i det følgende redegjøre for hvor EF-domstolen har satt grensen mellom private og offentlige ressurser.

Oppgaven avgrenses mot spørsmål som oppstår når staten opptrer som vanlig aktør i markedet, som for eksempel forholdet til det markedsøkonomiske investorprinsipp⁴. Likevel vil vurderingen med markedinvestorprinsippet kunne være aktuell for å vurdere om noe er statlige ressurser eller ikke. I de situasjoner vil jeg nøye meg med å redegjøre for hva som vil være testen i vurderingen. Videre avgrenses oppgaven mot problemstillinger rundt felleskapets midler som ressurser, og om støtte fra disse midler vil kunne falle inn under "statens ressurser".⁵

³ Blant annet *Viscido* sak C-52/97

⁴ Selv om institusjonen eller selskapet er å se på som staten i art. 87 forstand, nødvendiggjør ikke det at deres foretatte investeringer er statsstøtte. Statsstøttereglene stiller som krav at enhver overføring av midler fra det offentlige til foretak det offentlige har eierinteresser i eller andre økonomiske interesser i, skal være markedskonform. Det vil si at det skal skje til vilkår som hadde vært akseptable for en privat investor på bakgrunn av dennes krav til avkastning mv.

⁵ Det er opprettet en rekke støtteprogram og strukturfond som yter økonomisk støtte til medlemslandene for å muliggjøre gjennomførelsen av særlige formål. Denne type støtte omfattes ikke av forbudet i

1.2 Statsstøttens plassering i EU-retten

Statsstøttereguleringen er et EU-EØS rettslig regelverk innenfor konkurranseretten som skal kontrollere at støtte gitt av staten til nasjonale bedrifter, og internasjonale, ikke vrir eller truer med å vri konkurransen i det indre marked. Det er dog en rekke unntak i artikkel 87 (2) og (3) som gjør at statsstøtte kan være forenelig med regelverket, men disse vil jeg ikke redegjøre nærmere for. Sikring av like konkurransevilkår innenfor fellesskapet⁶ er en sentral målsetning for EU-samarbeidet. At statsstøttereglene skal sørge for like konkurransevilkår ved å påse at statene ikke forskjellsbehandler markedsaktørene, fremgår uttrykkelig av EF-domstolens uttalelse i Italia mot Kommisjonen i sak C-173/73:

”The Aim of Article [87] is to prevent trade between Member States from being affected by benefits granted by the public authorities which, in various forms, distort or threaten to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods”.⁷

Statsstøtte var prima facie forbudt med kull- og stålunionen, hvor hovedmålet var å danne ett eneste kull- og stålmarked der produksjonen ble samlet, og hvor industrien var karakterisert av overkapasitet og behovet for modernisering og rasjonalisering i forbindelse med internasjonal konkurranse var tilstede.

I kontrast til det, er statsstøtte ikke i samsvar med EF-traktaten hvis den vrir eller truer med å vri konkurransen og påvirker handelen mellom medlemslandene. Kommisjonen kan godkjenne enkelte typer av støtte⁸, så lenge felles interesser ikke blir ”adversely affect[ed]” jf. Artikkel 87 (3)(c) i EF-traktaten. Statsstøtte gis av medlemsstatene i samsvar med nasjonal lovgivning og regulering. I og med at EF-reglene ikke selv

artikkel 87(1), fordi EU-institusjoner ikke sees på som en del av staten og EU-midler ikke en del av statens ressurser. Men i enkelte tilfelle blir slik støtte først utbetalt til medlemsstatene som deretter tildeler støtten. I mange av disse tilfellene har staten en reeltivt stor diskresjonær kompetanse. Spørsmålet er om slik støtte, finansiert helt eller delvis gjennom fellesskapets midler, men administrert av medlemsstaten vil kunne omfattes av artikkel 87(1).

⁶ Med EØS-avtalen omfatter dette også de EFTA-landene som er med i EØS-avtalen; Norge, Liechtenstein og Island.

⁷ Premiss 13

⁸ Som for eksempel i Norge hvor geografiske vanskeligheter gir mulighet til det

direkte bestemmer omstendighetene, er det opp til hvert enkelt medlemsland å bestemme omstendighetene rundt hva slags støtte som gis og til hvem støtten gis. Kommisjonens rolle⁹ er å påse at tildelt statsstøtte ikke ødelegger konkurransen i det indre marked. Selv om Kommisjonen til en viss grad har diskresjonær kompetanse, er en fullstendig objektiv analyse nødvendig for å bestemme om tiltak faller innenfor kategorien statsstøtte i artikkel 87(1).

1.3 Metode og rettskilder

Oppgaven er en EU-rettslig fremstilling og følgelig benyttes EU-rettslig metode. EU-rettslig metode skiller seg fra norsk metode på flere punkter. For en fremstilling av EU-rettens kilder og metode viser jeg til ”Introduksjon til rettskildelæren i EF”¹⁰ og ”EØS-rett”¹¹. Her skal det kort redegjøres for den rettskildemessige verdi av den praksis som avhandlingen bygger på.

Hovedsakelig bygger avhandling på dommer fra EF-domstolen. EF-domstolens praksis spiller en sentral rolle i EU-retten og avgjørelsene i avhandlingen har hatt en avgjørende betydning på utviklingen av begrepet statsstøtte. Både praksis fra EF-domstolens første instans, heretter Retten, og EF-domstolens siste instans, heretter Domstolen, benyttes i avhandlingen. Retten ble i 1988 opprettet for å opprettholde og forbedre kvaliteten og effektiviteten av rettsikkerheten i fellesskapets juridiske del, ved å avlaste arbeidsmengden til Domstolen og skape en spesialinstans som kunne gå grundigere inn i enkelte særlige kompliserte rettsområder, som blant annet konkurranse- og statsstøttesaker.¹² Retten har et mer begrenset kompetanseområde enn Domstolen, selv om det etter hvert er blitt utvidet. Rettens avgjørelser kan kun påankes til Domstolen som følge av lovanvendelsen. Selv om Rettens avgjørelser er av betydning, er avgjørelsene fra domstolens øverste organ av størst rettskildemessig vekt. Avgjørelser foretatt av Retten vil ha en rettskildemessig verdi, men får først virkelig verdi hvis Domstolen bekrefter Rettens vurdering.

⁹ I enkelte tilfeller Rådets

¹⁰ Arnesen Finn, Introduksjon til rettskildelæren i EF, Universitetsforlaget 1992

¹¹ Sejersted Fredrik m.fl., EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004 (*EØS-rett*)

¹² Lenaerts Koen, Bray Robert, Procedural law of the European Union, Sweet & Maxwell, 1999, (*Lenaerts*), s.12 følgende

I avhandlingen benyttes også ofte generaladvokatens uttalelser. Generaladvokaten er en funksjon som vi ikke kjenner i norsk rett. Generaladvokaten er formelt medlem av EF-domstolen¹³, men dømmer ikke. Hans eller hennes oppgave er å bistå dommerene ved å skrive en begrunnet innstilling med forslag til resultat, før saken kommer for Domstolen. Innstillingen er kun rådgivende, men den følges ofte. Generaladvokatens viktigste funksjon er å gjøre unna det juridiske grovarbeidet, systematisere saken og gi dommerene et alternativ å måle sine standpunkt opp mot før de avgjør saken. Innstillingene utgjør en viktig kilde for å forstå EU-retten. Ofte gir de en dypere eller bredere utredning av sakene, fordi innstillingene vil se grundigere på de forskjellige alternativene som sakene oppstiller. Hvis avgjørelsen fra EF-domstolen er noe uklar, vil den kunne være lettere å forstå ved å lese generaladvokatens innstilling. Den rettskildemessige vekt av innstillingen vil likevel variere. Forskjellen mellom generaladvokatens innstilling og EF-domstolens avgjørelse kan være stor. Det er i denne forbindelse viktig å presisere at det er EF-domstolens avgjørelser som er den primære rettskilden, og generaladvokatens innstilling bør benyttes kritisk og varsomt.

Kommisjonens avgjørelser er også benyttet i avhandlingen. Kommisjonens praksis som følge av dens kontroll av medlemsstatene i forhold til brudd på traktatsforpliktelser, har en rettskildemessig betydning. Kommisjonens praksis kan imidlertid overprøves av EF-domstolen, og Kommisjonen er dermed forpliktet til å følge EF-domstolens praksis.¹⁴

¹³ Kun faste generaladvokater i siste instans

¹⁴ Craig Paul og De Búrca Gráinne, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, second edition, Oxford University Press 1998, s. 56-57

2 Vilkårene i artikkel 87(1)¹⁵

2.1 Innledning

Bare ”aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever” kommer inn under forbudet mot støtte lagt ned i artikkel 87(1). I lang tid var forholdet mellom “granted by a Member State” og “through State resources in any form whatsoever” uklar.¹⁶ Spesielt uklart var den juridiske klassifikasjon av nasjonale tiltak som favoriserte enkelte selskaper eller produksjonen av enkelte varer uten en overføring av finansielle midler tilskrevet medlemslandet. Det var to motstridende tolkninger av konseptet statsstøtte, en smal og en bred fortolkning. Den brede fortolkning gikk ut på at det ikke var nødvendig at statlige ressurser var involvert, det var tilstrekkelig at statlige tiltak favoriserte enkelte selskaper. Den smale fortolkning gikk ut på at tiltaket måtte utledes direkte på statens bekostning, slik at bare støtte fra offentlige ressurser falt inn under konseptet statsstøtte. I sak C-27,73/91 Sloman Neptun, dømte Domstolen for første gang i favør av den smale fortolkning av ”granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever”. Domstolen forklarte at distinksjonen i artikkel 87(1) kun er der:

”to bring within the definition of aid not only aid granted directly by the State, but also aid granted by public or private bodies designated or established by the State”.¹⁷

Jeg skal i det følgende se nærmere på hva som ligger i dette. Hva som omfattes av støtte gitt av staten ser jeg på i punkt 2.2 og hva som omfattes av støtte gitt av offentlige og private institusjoner i punkt 2.3.

¹⁵ Dette punktet er nært knyttet til punkt 4 om at tiltaket må tilskrives staten.

¹⁶ Konferer Generaladvokat Francis G. Jacobs uttalelse i sak C-379/98 Preussen Elektra, premiss 114

¹⁷ Premiss 19

2.2 Pliktsubjekt

I utgangspunktet er det handlinger fra staten, det vil si, de sentrale styresmakter, som blir omfattet jf. ordlyden i artikkelen. Staten innebærer imidlertid ikke bare handlinger fra sentrale styresmakter, men også fra regionale og lokale styresmakter¹⁸. EF-domstolen slo dette fast i Tyskland mot Kommisjonen i sak C-248/84:

”(...) the fact that the aid programme was adopted by a state in a federation or by a regional authority and nor by the federal or central power does not prevent the application of Article [87(1)] of the Treaty if the relevant conditions are satisfied. In referring to “any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever” Article [87(1)] is directed at all aid financed from public resources. It follows that aid granted by regional and local bodies of the Member States, whatever their status or description, must be scrutinized to determine whether it complies with Article [87] of the Treaty”¹⁹.

Det avgjørende synes å være om den myndighet som tildeler støtten har samme karakteristika som statens øverste myndigheter. Det typiske vil være at de utøver folkevalgte lovgivningsfunksjoner samt administrerer fellessamfunnet på det aktuelle nivå.²⁰ Slike myndigheters direkte underordnede organ vil også være omfattet som pliktsubjekt.²¹

2.3 Støtte gitt av statsmidler i enhver form

Om et privat eller offentlig selskap er opprettet eller utpekt for å tildele støtte, ekskluderer ikke støtten fra å være statsstøtte. Ordlyden i teksten ”granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever” tilsier at det ikke er nødvendig

¹⁸ Kommisjonen ga uttrykk for denne oppfatning angående de tyske “Länder” allerede i sin første rapport om konkurransepolitikken; First Report on Competition Policy (annexed to the “Fifth General Report on the Activities of the Communities”), (1971) punkt 158/159

¹⁹ Premiss 17. EF-domstolens definisjon er fulgt opp i transparenstdirektivet, Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings, definisjon av ”offentlige myndigheter” i artikkel 2, som ”the State and regional or local authorities”.

²⁰ Schina, State Aids under the EEC Treaty articles 92 to 94, ESC Publishing Limited, Oxford 1987 s. 20.

²¹ Kaasen Inge, Banksikring og konkurranse – en EØS-rettslig studie, Universitetsforlaget, Oslo 2000, (Kaasen), s. 115.

å skille mellom staten og private eller offentlige selskaper som yter støtte. I Steinike C-78/76 slo domstolen fast at forbudet i artikkel 87:

”(...) covers all aid granted by a member state or through member state resources and there is no necessity to draw any distinction according to whether the aid is granted directly by the state or by public or private bodies established or appointed by it to administer the aid. In applying Article [87] regard must be had to the effects of the aid on the undertakings or producers favoured and not the status of the institutions entrusted with the distribution and administration of the aid.”²²

Det siste vilkåret ”through State resources in any form whatsoever”, er følgelig et tilleggsvilkår for å fange opp de situasjoner som ikke faller inn under den første kategorien. Slike offentlige og private organer, som er opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtte, anses altså i statsstøtterettslig sammenheng å være en del av staten. Dette forhindrer at medlemssatene kan omgå regelverket ved simpelthen å danne et privat selskap som på vegne av staten tildeler støtte.

Hva som kan karakteriseres som offentlige selskaper er blitt redegjort for i Transparens direktivet²³ artikkel 2. ”Public undertakings” betyr alle selskaper som offentlig myndighet utøver direkte eller indirekte dominerende innflytelse over, i egenskap av å være selskapets eier, graden av økonomiske deltakelse i selskapet eller reglene som styrer selskapet. En dominerende innflytelse fra det offentlige skal forutsettes hvor disse myndighetene, direkte eller indirekte i relasjon til selskapet, har aksjemajoriteten i selskapets aksjekapital, kontrollerer majoriteten av stemmene som er bundet opp til aksjer utstedt av selskapet eller kan utpeke mer enn halvparten av medlemmene i selskapets administrasjon, styre og overvåkende organ.

Hvis et annet offentlig organ evner å bli behandlet som staten eller som en gren av staten og følgelig er gjenstand for prinsippet om vertikal direkte effekt²⁴ evner det også

²² Premiss 21

²³ Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings

²⁴ EF-traktatens vertikale effekt innebærer at private kan avlede rettigheter direkte fra EF-traktatens bestemmelser eller fra sekundære rettsakter. Dette gjelder bestemmelser som pålegger en medlemsstat en

i prinsippet å tildele og administrere støtte. I British Gas C-188/89 listet EF-domstolen opp forskjellige offentlige organer som den allerede hadde funnet å være av en slik vertikal direkte effekt. Domstolen fant at:

”a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals in any event among the bodies against which the provisions of a directive capable of having direct effect may be relied upon”²⁵.

I Air France T-358/94 holdt Retten fast ved det faktum at hvis en offentlig institusjon er uavhengig av andre myndigheter, vil ikke det sette spørsmålstegn ved prinsippet om institusjonens offentlige natur. Det kan ikke tillates at man kan unngå reglene ved å opprette autonome institusjoner med det som oppdrag å tildele støtte på vegne av staten:

”Those arrangements²⁶ are part of the internal organization of the public sector, and the existence of rules for ensuring that a public body remains independent of other authorities does not call into question the principle itself of the public nature of that body. Community law cannot permit the rules on State aid to be circumvented merely through the creation of autonomous institutions charged with allocating aid.”²⁷

I Norge kan man for eksempel stille seg spørsmålet om Norges Bank vil være omfattet av statsstøtteforbudet²⁸, som følge av dens posisjon blant de øverste statsorganer. Norges Bank er adskilt fra staten som et eget rettssubjekt²⁹ og er følgelig i snever forstand ikke en del av staten. Dette er likevel ikke avgjørende, da formålet med

plikt, som er klar, ubetinget og som ikke knyttes til noe forbehold, jf. sak C-26/62 van Gend & Loos, og som derved uten videre foranstaltninger kan påberopes av private ved de nasjonale domstoler, som i såfall har plikt til å beskytte rettigheten.

²⁵ Premiss 20

²⁶ At ”the Caisse” er autonomt og uavhengig av de offentlige myndigheter, at utvelgelsen av Director-General er ugjenkallelig, at ”the Caisse” har særskilte statutter i relasjon til Cour des Comptes og at det har sitt eget regnskaps- og skattesystem.

²⁷ T-358/94, Air France, premiss 62

²⁸ Da under EØS-avtalens artikkel 61(1), som i hovedsak er identisk med EF-traktatens artikkel 87(1).

²⁹ Se sentralbanklovens § 2, 4.ledd.

statsstøttereglene er å hindre konkurransevridning som følge av støtte fra offentlig sektor³⁰. Selv om Norges Bank ikke inngår i forvaltningshierarkiet i staten, er det en del av den offentlige sektor. Men det vil i den forbindelse være nødvendig å påvise at slike organer, som er opprettet som egne rettssubjekter, er underlagt de øverste statsmyndigheters instruksjon og kontroll i forbindelse med det aktuelle støttetiltak^{31 32}. Hvis dette er tilfellet, vil institusjonens handlinger kunne omfattes av statsstøtteregelverket. Dette vil og kunne være tilfellet hvor offentlige og private institusjoner som ikke er opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtte, gir støtte. Hvis staten likevel som følge av kontroll over selskapet kan sies å stå bak tildelingen, vil også disse selskapene omfattes av statsbegrepet. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 3 og 4.

“[T]hrough State resources in any form whatsoever” utvider omfanget av statsstøtteforbudet til også å kunne omfatte støtte gitt av offentlige institusjoner og offentlige selskaper, som er skilt fra staten som egne rettssubjekt. Det kan likevel ikke automatisk presumeres at støtte fra disse selskapene omfattes av forbudet, det vil jeg imidlertid komme tilbake til senere i oppgaven, under punkt 3, 4 og 5.2.

³⁰ Air France, premiss 56

³¹ Se sak C-57/86 Hellas mot Kommisjonen, hvor domstolen fant grunn til å påpeke den statlige innflytelsen på sentralbanken. Dette må forstås slik at domstolen ikke så på sentralbanken som ”staten”. Så lenge nasjonalbanken er organisert som eget rettssubjekt er det nødvendig å undersøke den statlige tilknytning mellom banken og staten. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 4.

³² *Kaasen*, s. 115.

3 Grensen mellom offentlige og private ressurser

I dette avsnittet skal det redegjøres for hvor grensen går mellom offentlige og private ressurser. I og med at analysen for å vurdere dette er utviklet gjennom rettspraksis, skal jeg i det følgende trekke frem de avgjørelser som har hatt betydning for utviklingen. Som nevnt, har det i rettspraksis vært stor usikkerhet rundt distinksjonen ”granted by a Member State” og ”through State resources in any form whatsoever”. Tradisjonelt sett har det vært et vilkår om at det må være en støtte fra statens ressurser.³³ Men praksis har stilt spørsmål ved om statlige tiltak som finansieres av private midler også kan være statsstøtte, tiltross for at tiltaket ikke finansieres av statens ressurser. Dette preger utviklingen av rettspraksis i den forstand at de tidlige dommene enten vurderer om det foreligger statsstøtte i form av at det er staten som kan skyldes støtten, eller vurderer om støtten er finansiert av statlige ressurser. I dag er det imidlertid klart at det kreves både at staten står bak tiltaket og at det er støtte gitt av statlige ressurser.

En overføring av statens ressurser vil være tilstede hvor staten direkte eller indirekte, overfører ressurser til fordel for et selskap eller produksjon av enkelte varer.

Konseptet støtte er videre enn konseptet subsidier. Dette ble redegjort for blant annet i sak C- 53/00 Ferring:

”(...) the concept of aid is wider than that of a subsidy because it embraces not only positive contributions, such as subsidies themselves, but also measures which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking, and which, without therefore beings subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect.”³⁴

³³ Jessen Wegener Pernille, *Forbudet mod statsstøtte i EU*, forlaget Thomson, København 2003 (*Jessen*), s. 184

³⁴ Premiss 15

Støtte omfatter følgelig ikke bare positive bidrag som subsidier. Også tiltak i forskjellige former som minsker utgifter som normalt er inkludert i selskapers budsjetter og som derfor uten å være subsidier i snever forstand, er av samme karakter og har lik effekt, omfattes. Denne finansiering kan skje på bakgrunn av enten en direkte budsjettmessig utgift eller i form av en aktuell eller potensiell reduksjon i den støtteytende myndighets inntekter. Avkall på midler vil og kunne være en overføring av statlige ressurser.

Tradisjonelt sett tilsier begrepet "State resources" at ytelsen skal ha sitt utspring fra den offentlige økonomi. Enhver form for støtte finansiert av offentlige ressurser omfattes.³⁵ Ikke bare midler fra statsbudsjettet, men offentlige midler i bred forstand. Det avgjørende for at midlene sees på som offentlige ressurser er imidlertid at midlene har sin opprinnelse i tiltak fra det offentlige. Det er ikke nødvendig at midlene på det tidspunkt støtten gis disponeres av det offentlige. Retten har i sak T- 358/94 Air France, vist til at det ikke er nødvendig at ressursene er en del av statens formue. Det at midlene forvaltes av det offentlige organ er tilstrekkelig. Saken gjaldt virksomheten Caisse des Dépôts et Consignations-Participations, heretter kalt "CDC-P", og dets kapitaltilførsel til Air France via tegning av verdipapirer. Denne investering ble foretatt etter avgjørende påvirkning fra hovedaksjonæren Caisse des Dépôts et Consignations, heretter "La Caisse", og med midler som "La Caisse" hadde stilt til rådighet.³⁶ Retten tok det syn at en investering fra et statskontrollert fond finansiert av tilbakekallbare private bidrag konstituerte statsstøtte, på det grunnlag at det var tilbøyelig til å vri konkurransen på samme måte som om investeringen var finansiert gjennom inntekter fra skatt eller obligatoriske bidrag³⁷:

"That provision³⁸ therefore covers all the financial means by which the public sector may actually support undertakings, irrespective of whether or not those means are permanent assets of the public sector. Consequently, it is irrelevant that the funds used by the Caisse were

³⁵ Jf. sak C-248/84 Tyskland mot Kommissjonen , premiss 17

³⁶ Premiss 57

³⁷ Implisitt i denne avgjørelsen fra domstolen er en avvisning av et formelt kriterium om statsressurser til fordel for en tolking av artikkel 87(1) som ser på effekten av tiltaket.

³⁸ Artikkel 87(1)

repayable. Moreover, there is nothing in the documents before the Court to suggest that the realization of the investment in question was hampered by the refundability of the funds used.”³⁹

Hvis et offentlig organ har fått i oppgave å forvalte det offentliges ressurser vil midlene kun bli betraktet som statsstøtte hvis organet foretar investeringer hvor det ikke er utsikter for en markedsmessig forretning. Domstolen sluttet seg til dette i sak C-83/98 *Ladbroke*, som omhandlet en fransk interesseorganisasjon for de førende hesteveddeløpsselskaper, *Pari Mutuel Urbain*, heretter PMU. Spørsmålet var om PMUs lovsikrede rett til å disponere over uavhentede gevinster fra veddemål på hesteveddeløp, var statsstøtte. I følge den nasjonale lovgivning var anvendelsen av uavhentede gevinster begrenset til visse former for sosiale ytelser. Gevinster som ikke ble anvendt til dette formål tilfalt staten. Senere ble den franske lovgivning endret slik at det mulige anvendelsesområdet ble utvidet til å omfatte andre aktiviteter for å hjelpe PMU med å finansiere særlige avskjedsordninger til tidligere ansatte. Domstolen tilsluttet seg Retten i *Air France*, i det den fant at de franske myndigheter hermed reelt hadde gitt avkall på midler, som prinsipielt skulle vært innbetalt til statskassen, slik at statsmidler ble overført til mottakeren som omfattet av artikkel 87(1). Med hensyn til argumentet at de pågjeldende beløp aldri direkte hadde vært i statens besittelse, fant domstolen at beløpene hele tiden kunne kontrolleres av det offentlige og således stod til rådighet for de kompetente nasjonale myndigheter, hvilket var tilstrekkelig for å karakterisere dem som statsmidler i henhold til artikkel 87(1):

”The judgment in Case T-358/94 *Air France v Commission* [1996] ECR II-2109, relied on by the appellant, provides very clear confirmation, at paragraph 67, that Article [87](1) of the Treaty covers all the financial means by which the public sector may actually support undertakings, irrespective of whether or not those means are permanent assets of the public sector. Consequently, even though the sums involved in the measure allowing the PMU access to unclaimed winnings are not permanently held by the Treasury, the fact that they constantly remain under public control, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorised as State aid and for the measure to fall within Article [87](1) of the Treaty.”⁴⁰

³⁹ Premiss 67

⁴⁰ Premiss 50

Med dette menes at artikkel 87(1) omfatter alle økonomiske midler som den offentlige sektor faktisk kan benytte til å støtte virksomheter, uten at det er av betydning om disse midler permanent er en del av det offentliges formue. Selv om staten ikke permanent er i besittelse av ressursene, er den omstendighet at det offentlige hele tiden kan kontrollere midlene, tilstrekkelig for å karakterisere midlene som statsmidler og for at tiltaket faller inn under artikkel 87(1). Dette fordi ressursene på den måten likevel står til rådighet for staten.

Det er videre interessant å se om offentlige selskapers ressurser er statens ressurser. I *Ladbroke* ble dette tilsynelatende ikke vurdert. Domstolen tok for første gang stilling til om et offentlig foretaks statsmidler er å betrakte som statens ressurser i sak C- 482/99 *Stardust*. Domstolen slo fast at det ikke er nødvendig å vise at det konkret er funnet sted en overføring av statens ressurser fra staten til støttegiver for at en fordel som er gitt, skal betraktes som statsstøtte i artikkel 87(1)s forstand:

”(...) according to settled case-law, it is not necessary to establish in every case that there has been a transfer of State resources for the advantage granted to one or more undertakings to be capable of being regarded as State aid within the meaning of Article 87(1) EC”⁴¹

Domstolen redegjorde så for at rettspraksis har slått fast at artikkel 87(1) dekker alle finansielle metoder som de offentlige myndigheter faktisk kan utøve finansiell støtte, uavhengig av om disse midlene utgjør en del av statens formue eller ikke, og:

”[t]herefore, even if the sums corresponding to the measure in question are not permanently held by the Treasury, the fact that they constantly remain under public control, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorized as State resources.”⁴²

Det er følgelig tilstrekkelig for å anse midler som statens ressurser at midlene til stadighet er under offentlig myndighets kontroll og dermed står til rådighet for de kompetente nasjonale myndigheter. Domstolen fant i denne saken at ressursene til

⁴¹ Premiss 36. Domstolen viser her til sak C-387/92 *Banco Exterior de España* mot Ayuntamiento de Valencia premiss 14 og sak C-6/97 *Italia* mot Kommissjonen premiss 16.

⁴² Premiss 37. Domstolen viser til sak C-89/98 *Ladbroke*, premiss 50.

selskapene Crédit Lyonnais og dets datterselskaper, var under statlig kontroll og følgelig under statens rådighet:

”The State is perfectly capable, by exercising its dominant influence over such undertakings, of directing the use of their resources in order, as occasion arises, to finance specific advantages in favour of other undertakings.”⁴³

Domstolen avviste den franske stats argumentasjon om at en slik tolkning ville være en potensiell kilde til diskriminering av offentlige selskaper. I en kontekst som i denne sak, kan det offentlige selskapets posisjon ikke sammenliknes med et privat selskap. Gjennom sine offentlige selskaper vil staten kunne strebe etter mål som ikke er kommersielle, slik det er pekt på i den 11. betraktning i fortalen til transparens direktivet.⁴⁴ Domstolen stilte deretter spørsmål om staten i en slik posisjon som i denne sak, faktisk hadde utøvet kontroll over ressursene. Det kommer jeg tilbake til under punkt 4.

Hvor private selskaper støtter andre selskaper, uten noen offentlig innflytelse, vil det være en privat støtte som ikke omfattes av statsstøtte reglene. Støtte fra private eller offentlige organer som finansieres av private midler, uten statens innblanding, faller følgelig utenfor det som omfattes av artikkel 87.

Det er videre et vilkår om at støtten må ha en konsekvens for staten. Dette slo Domstolen fast i den kjente og omdiskuterte Preussen Elektra-saken, C-379/98. Saken gjaldt en tysk lov om tilførsel av strøm fra vedvarende energi til det offentlige nett. Loven inneholdt bestemmelser om at visse private el-forsyningsselskaper var forpliktet til å kjøpe elektrisitet fremstilt i deres forsyningsområde fra vedvarende energikilder, og for det måtte de betale en lovbestemt minimumsavgift som var høyere enn den reelle økonomiske verdi av denne type elektrisitet. Loven inneholdt også en bestemmelse om fordeling av den finansielle byrde som fulgte av dette mellom de nevnte

⁴³ Premiss 38

⁴⁴ Direktiv 80/723 som vist til over i punkt 2.3: ”Whereas Member States may through their public undertakings seek ends other than commercial ones (...)”.

el-forsyningsselskaper og primære private systemoperatører. Det førte til at den primære systemoperatør, PreussenElektra, under visse omstendigheter skulle betale kompensasjon til sekundære el-forsyningsselskaper for de meromkostninger som fulgte av forpliktelsene til å kjøpe strøm til den lovbestemte minimumspris. Spørsmålet i saken ble om denne ordningen var i strid med artikkel 87(1) fordi den utgjorde statsstøtte. Domstolen fokuserte på tolkningen av ”or State resources” og hvorvidt artikkel 87(1) første vilkår inneholdt to alternative vilkår eller to kumulative vilkår. Den slo først fast at den forpliktelse som ble pålagt elforsyningsvirksomhetene til å kjøpe elektrisitet fremstilt av vedvarende energikilder til fastsatte minstepriser, ikke utgjorde en direkte eller indirekte overføring av statens ressurser:

”[T]he obligation of private electricity supply undertakings to purchase electricity produced from renewable energy sources at fixed minimum prices does not involve any direct or indirect transfer of State resources to undertakings which produce that type of electricity. Therefore, the allocation of the financial burden arising from that obligation for those private electricity supply undertakings as between them and other private undertakings cannot constitute a direct or indirect transfer of State resources either.”⁴⁵

I dette tilfellet kom støtten direkte fra andre private selskaper, som følge av statlig regulering, uten å påføre en økonomisk byrde på staten, og det kunne derfor ikke være statsstøtte.⁴⁶

Kommisjonen ba subsidiært Domstolen om å se på denne saken i lys av utviklingen innen felleskapsretten. For å beholde effektiviteten av artikkel 87 og 88, lest i sammenheng med artikkel 10, mente Kommisjonen det var behov for å innfortolke i forbudet mot statsstøtte i artikkel 87(1), ordninger som staten hadde tatt initiativet til, men som ble finansiert gjennom midlene til private foretak. En slik fortolkning av artikkel 10 jf. artikkel 87, avviste Domsstolen ganske bastant:

”In that respect, it is sufficient to point out that, Article [81] of the Treaty, which concerns only the conduct of undertakings, Article [87] of the Treaty refers directly to measures emanating from the Member States. In those circumstances, Article [87] of the Treaty is in itself sufficient

⁴⁵ Premiss 59-60

⁴⁶ Premiss 61

to prohibit the conduct by States referred to therein and Article [10] of the Treaty, the second paragraph of which provides that Member States are to abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of the Treaty, cannot be used to extend the scope of Article [87] to conduct by States that does not fall within it.”⁴⁷

Domstolen stod dermed fast ved at det i denne saken var snakk om et direkte kontraktsforhold mellom flere selskaper og pengene var følgelig aldri under statens fordelingskompetanse. Domstolen slo fast at hvis det ikke forelå en overføring av statlige ressurser, kunne det ikke være statsstøtte, og bekreftet derved den snevre fortolkningen. Dette var i samsvar med tidligere rettspraksis i Van Tiggele⁴⁸, Sloman Neptun⁴⁹, Kirshammer-Hack⁵⁰ og Viscido⁵¹.

Den økonomiske konsekvensen for staten kan imidlertid være så avledet at det ikke kan sees på som statsstøtte. Hvis staten taper skatteinntekter som en indirekte følge av det systemet som opprettes, kan det være for avledet eller inngrodd i systemet til å kunne kvalifisere som en overføring av statens ressurser. I Sloman Neptun⁵² var avkall på skatt og bidrag til velferdssystemet som følge av tiltaket, ikke nok til å konstantere støtte i form av økonomisk bidrag fra staten. Disse følgene var:

“(…) inherent in the system and are not a means of granting a particular advantage to the undertakings concerned”⁵³.

I Preussen Elektra førte lavere inntekter hos selskapene som måtte kjøpe strømmen, til lavere skatteinntekter for staten. Men ifølge Domstolen var det en nødvendig konsekvens av tiltaket, og kunne ikke oppfylle kravet om overføring av statens ressurser:

⁴⁷ Premiss 64-65

⁴⁸ Sak C-82/77, se punkt 5.4

⁴⁹ Sak C-72,73/91, se over og punkt 5.3

⁵⁰ Sak C-189/91, se punkt 5.5

⁵¹ Sak C-52/97, se punkt 5.3

⁵² Se punkt 5.3

⁵³ Premiss 21

“That consequence is an inherent feature of such a legislative provision and cannot be regarded as constituting a means of granting to producers of electricity from renewable energy sources a particular advantage at the expense of the State.”⁵⁴

Den konsekvens at el-forsyningsselskapene oppnådde mindre profitt og følgelig betalte mindre skatt til staten, var naturlig knyttet til et slikt system, og innebar ikke en overføring av statlige ressurser. Av dette kan man utlede at selv om et tiltak vil ha en negativ effekt på statens ressurser, vil ikke det nødvendigvis føre til at man kan konstituere en overføring av statlige ressurser. Hvis slike utilsiktede konsekvenser alltid ville føre til statsstøtte, ville artikkel 87 favne for vidt.

Så langt kan grensen mellom offentlige og private ressurser sammenfattes som i det følgende: I og med at tiltak som indirekte er gitt gjennom statens ressurser, er statsstøtte, vil ressursene til organer som er opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtte, klart omfattes. Hvor fordelene for støttemotagende selskaper medfører tapte inntekter for disse selskapene som er opprettet eller utpekt av staten, er det en fordel gitt av statsmidler. Ikke bare positive utbetalinger, også reduserte inntekter for organene er omfattet. Når støtte ytes av offentlige eller private virksomheter, som ikke er opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtten, kan i statsstøtterettslig sammenheng støtte fra disse selskapene også betraktes som støtte finansiert av statsmidler. Dette avhenger av om statens kontroll med og innflytelse på det gjeldende organ og beslutningen om å yte støtte, er tilstrekkelig stor til å anse organet som en del av staten, og støttemidlene som statsmidler.

Hvor private midler er grunnlaget for støtten, må man se på om disse midlene blir farget av staten, slik at de faller innenfor regelens omfang. Hvis ressursene har vært inntatt av statens kontroll i form av for eksempel skatt eller obligatoriske avgifter innsamlet til et statlig fond, vil disse pengene være statlige ressurser når de fordeles som støtte. Dette gjelder også frivillige bidrag til statlige fond. Hvor statlig regulering fører til en overføring av private ressurser, kan det gi en fordel til en begrenset gruppe. For eksempel hvis en medlemsstat utfører en priskontroll ved å fastsette enten minimum eller maksimum pris på enkelte produkter, kan dette ha en selektiv virkning slik at

⁵⁴ Premiss 62

enkelte selskaper eller virksomheter favoriseres i forhold til andre. Domstolen har kommet til at begunstigelsen i slike tilfeller må finansieres gjennom statsmidler enten direkte eller indirekte, for å omfattes av artikkel 87. Hvor private ressurser gis direkte fra private til støttemottakeren, vil disse pengene følgelig ikke kunne kvalifisere som statlige ressurser, fordi overføringen skjer med private penger uten å ha kommet i kontakt med staten. Dette er en innsnevring av omfattelsesområdet, og det åpner for at staten kan foreta tiltak som gir støtte uten å kvalifisere som statsstøtte, fordi ressursene ikke kan kategoriseres som statens ressurser.

Generaladvokaten redegjorde klart for vilkårene for at noe er ”statens ressurser” i sin mening for domstolen i den forholdsvis nye saken C-345/02, Pearle:

”Any attempt to list the conditions which have to be fulfilled in order for resources to be regarded as ”State” resources must refer, firstly, to the requirement that such resources should be linked to the State, or to a body which forms part of the structure of the State, or to a body which forms part of the structure of the State or exercises any of the powers characteristically vested in it. Secondly, those resources must be attributable to the State or to the relevant public body in such a way that it is able to exercise a sufficient degree of control over them.”⁵⁵

Det må imidlertid settes spørsmålstegn ved om Domstolen i denne saken endrer synet på hva som omfattes som statens ressurser. Saken gjaldt lovligheten av pålagte innbetalinger som Hoofdbedrijfschap Ambachten, heretter HBA, påla sine medlemmer, med tanke på å finansiere en kollektiv reklamekampanje til fordel for selskaper innenfor fagområdet optikertjenester. HBA er en multisektorforening som er ansvarlig for organiseringen og utviklingen av medlemmenes aktiviteter, og som etter nederlandsk lovgivning er blitt tildelt noen fordeler som tradisjonelt sett har vært typiske for offentlige myndigheter, som blant annet obligatorisk medlemskap og den bindende natur av dens styrende organs avgjørelser. Spørsmålet i denne saken var om man kunne vurdere foreningens styre for å være omfattet av statens begrep i artikkel 87(1) forstand og videre om man kunne kalle pengene som ble brukt til kampanjen for statens ressurser. Domstolen konsentrerte seg om den obligatoriske innkreving faktisk var støtte. Den startet med å redegjøre for sin veletablerte praksis om at det ikke betyr noe

⁵⁵ Generaladvokat Damaso sin innstilling til sak C-345/02 Pearle and Others, premiss 67

at støtten ikke direkte er gitt fra staten, og at det er nødvendig å undersøke støttetiltaket og måten tiltaket ble finansiert på, for å finne ut om tiltaket er statsstøtte.⁵⁶ Domstolen bekreftet derved generaladvokatens redegjørelse for de to kriteriene. En slik obligatorisk innkreving påtvunget og innsamlet av et offentlig organ kunne absolutt kvalifisere å være statsstøtte under artikkel 87(1) som et tiltak finansiert gjennom statens ressurser hvis visse vilkår var oppfylt. Selv om organet var offentlig, kunne ikke Domstolen se at kampanjen var finansiert gjennom ressurser som var tilgjengelige for de nasjonale myndigheter. Snarere tvert i mot fant Domstolen at pengene var samlet inn fra medlemmene som selv fikk en fordel av kampanjen, gjennom obligatoriske avgifter øremerket for organiseringen av kampanjen. Siden det offentlige fondets kostnader ble fullt ut oppveid for ved disse obligatoriske innbetalingene, prøvde ikke HBA sitt tiltak å etablere en fordel som ville utgjøre en byrde på staten eller HBA.

Domstolen fant deretter at initiativet til å iverksette og gjennomføre den omhandlede reklamekampanje kom fra NUVO, en privat optikerorganisasjon, og ikke fra HBA. HBA virket kun som et instrument for oppkreving og allokering av de innsamlede midler som var samlet inn med et påforhånd fastsatt kommersielt formål, som overhodet ikke inngikk i den nederlandske myndighets fastsatte politikk. Handlingen kunne ikke anses for å være skyldig staten:

”[T]he Board served merely as a vehicle for the levying and allocating of resources collected for a purely commercial purpose previously determined by the trade and which had nothing to do with a policy determined by the Netherlands authorities”.⁵⁷

Videre skilte Domstolen denne saken fra tidligere saker som Steinike⁵⁸, hvor støtten var finansiert både av direkte statlige subsidier og av bidrag fra medlemmer hvor satsen, og grunnlaget for pålegget var satt av loven som etablerte fondet. I tillegg ble fondet benyttet til å utøve statens politikk, nemlig promoteringen av nasjonalt landbruk, skogbruk og den nasjonale matindustrien.

Kort oppsummert fant Domstolen at pengene som skulle brukes til å finansiere reklamekampanjen, var samlet inn fra medlemmene som selv fikk en fordel av

⁵⁶ Premiss 35.

⁵⁷ Premiss 37

⁵⁸ Se punkt 5.6. Domstolen viste også til Frankrike mot Kommisjonen C-259/85.

kampanjen. Siden kostnadene med kampanjen ble utlignet av innbetalingene fra medlemmene som fikk en fordel av dette, skapte ikke styrets handling en fordel som ville utgjøre en tilleggskostnad for staten eller dette styret.⁵⁹ Dessuten var ikke kampanjen en del av statens politikk, men et privat initiativ. Domstolen fant at det her ikke var snakk om statsstøtte.

Til tross for at Domstolen først systematisk redegjør for vilkårene i praksis, gir avgjørelsen ingen definitive svar på om avgiftene kan karakteriseres som statens ressurser eller om tiltaket kunne føres tilbake til staten. Avgjørelsen er vurdert på bakgrunn av fakta. For det første må det vurderes om HBAs situasjon, med dets myndighet og privilegier, faktisk må kunne vurderes å være statens forlengende arm. Generaladvokaten fant i det meste at HBA er en krysning mellom et statlig og privat organ, og at HBA i sitt arbeid med å finansiere og gjennomføre den kollektive reklamekampanje, bare fungerer som en akselerator for medlemmenes interesser.⁶⁰ Domstolen vurderte ikke fondets statlige natur, men så kun på HBAs mulighet til å anvende ressursene som det avgjørende kriteriet.⁶¹ Vurderingen ble foretatt konkret i forhold til HBAs egenskaper, og ikke som i tidligere rettspraksis hvor statlige fond som tildelte støtte, ble ansett som statsstøtte. Det kan også stilles spørsmålsteget ved om distinksjonen mellom Steinike og Pearle var nødvendig og hensiktsmessig. Det at fondet i Steinike virket som et instrument for statens politikk, er et argument som også kan benyttes på de fleste andre sektors fond, dermed også på HBA. Avgjørelsen i Pearle er veldig vag på spørsmålet om hvor uavhengig av staten og dets politikk et offentlig fond må være for ikke å bli vurdert som en forlengende arm av staten.

Avgjørelsen etterlater forholdet til eksisterende rettspraksis uklar. Kommisjonen benyttet den tidligere sak Preussen Elektra i sin vurdering av tiltaket. Kommisjonen hadde på bakgrunn av Preussen Elektra kommet til at en direkte overføring av penger

⁵⁹ Se Sloman Neptun premiss 21: "The consequences arising from this, in so far as they relate to the difference in the basis for the calculation of social security contributions, mentioned by the national court, and to the potential loss of tax revenue because of the low rates of pay, referred to by the Commission, are inherent in the system and are not a means of granting a particular advantage to the undertakings concerned."

⁶⁰ Generaladvokat Damaso, premiss 69

⁶¹ Premiss 36

mellom selskaper som følge av en statlig regulering, ikke ble omfattet av statsstøtteforbudet. Men hvor det var snakk om skatter og avgifter som typisk former statens formue og hvor staten har en eksklusiv kompetanse til å pålegge og innsamle dette, ville det være statens ressurser. Derfor, mente Kommisjonen, at med en gang staten blander seg inn i en innsamling av penger, enten gjennom offentlige eller private rettssubjekter, ville disse pengene få karakteren av statlige ressurser. Til hvem pengene skal eller om det blir foretatt en tilbakebetaling til bidragsyterne i form av støtte eller en fordel, vil være uten betydning. Domstolen avviste Kommisjonens tolkning av dette, og det er beklagelig at Domstolen ikke diskuterte disse argumentene dypere.⁶²

Avgjørelsens mulige konsekvenser avhenger av utviklingen av det uklare kriteriet som domstolen har brukt i denne saken. I hvilken grad andre grupper, sektor-fond og slike organer er å betrakte som HBA, må følgelig vurderes konkret fra sak til sak. På den annen side kan en mulig innvirkning av avgjørelsen være at man må vurdere medlemsstatens politikk bak tiltaket, slik som med den kollektive reklamekampanjen for optikerbransjen. Pearle-saken kan og få betydning innenfor gråsonen mellom privat og offentlig organisert fond. Sektor-fond spiller en stor rolle for organiseringen av kollektive tiltak. Slike tiltak er generelt finansiert gjennom pålegg som på grunn av statlig formidling er obligatorisk for alle selskaper innenfor sektoren. Kommisjonen har tradisjonelt sett på slike pålegg, samlet inn av sektoren og brukt på tiltak for sektoren, som statsstøtte, men man kan spørre seg om dette fortsatt kan opprettholdes. Om for eksempel en direkte innblanding fra staten for godkjenning og opprettelse av et pålegg kan være nok til å skille en situasjon fra Pearle-saken, er uvisst og gjenstår å bli avgjort av Domstolen. Forskjellen på de ulike situasjonene vil variere med graden av fondets autonomi, og graden av statlig intervensjon ved opprettelsen av pålegget, størrelsen av pålegget og mottakerene av støtten. Hvilken grad av autonomi fondet må ha, og i hvilket ledd pengene går over til å bli statlige ressurser, er det ikke redegjort for i Pearle. Med tanke på mengden av forskjellige typer av fond som finnes i medlemsstatene, burde denne problemstilling bli klargjort så fort som mulig.⁶³

⁶² Sinnaeve Adinda Dr, *Het arrest Pearle: bekijkt het Hof het begrip staatssteun met een nieuwe bril?*, Nederlands tijdschrift voor Europees recht, 10. årgang, nummer 10, oktober 2004 (*Sinnaeve I*)

⁶³ Bygger på *Sinnaeve I*

4 Handlingen må tilskrives staten

Inntil det ble fastslått i *Sloman Neptun*⁶⁴ en smal fortolkning av ”granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever”, og Domstolen i samme sak viste til *Van Tiggele*⁶⁵ for å konstatere at det var nødvendig med en overføring, direkte eller indirekte, av statens midler,⁶⁶ var det i sakene for Domstolen spørsmål om det var tilstrekkelig at staten stod bak tiltaket for at noe var statsstøtte. Spørsmålet var om tiltaket var ”granted by a Member State”, mens det i de senere dommer er spørsmål om staten faktisk står bak tiltaket, i tillegg til at det må være en byrde på statens ressurser. Dette kan illustreres med saken *Van der Kooy mot Kommisjonen C-67/85*. Domstolen fant at det ikke var påkrevet for anvendelsen av artikkel 87(1) å stille krav om at støtten fra et privat organ ble finansiert via offentlige midler, såfremt midlene var tildelt som konsekvens av en statlig handling. Saken gjaldt en fordelaktig tariff på natural gass til bruk i Nederland i forhold til drivhus produsenter, som Kommisjonen fant å være statsstøtte. Spørsmålet var om fastsetting av en tariff i forbindelse med kostnaden på en kilde for energi på et lavere nivå enn det som normalt ville blitt valgt, kan bli sett på som støtte når det er en følge av en handling foretatt av vedkommende medlemsstat og de andre kriteriene i artikkel 87 er oppfylt. Under slike omstendigheter bruker ikke staten eller selskapet som staten kontrollerer, her *Gasunie*, tariffen som en vanlig økonomisk agent men:

”(...) uses it to confer a pecuniary advantage on energy consumers, in the same way as it grants aid to certain undertakings, forgoing the profit which it could normally realize”⁶⁷.

Den nederlandske stat eide 50% av aksjene og utnevnte 50% av styremedlemene. I tillegg var det nødvendig at Finansministeren godkjente tariffen, slik at konsekvensen

⁶⁴ Se punkt 2.1

⁶⁵ Se punkt 5.4

⁶⁶ *Sloman Neptun* premiss 19

⁶⁷ Premiss 28

var at staten faktisk kunne blokkere de tariffene som ikke var ønsket. Domstolen sier klart at det ikke er nødvendig å skille mellom støtte gitt direkte av staten eller gjennom mellommenn, og viser til Steinike og Frankrike mot Kommisjonen C-290/83. De foretar en konkret helhetsvurdering av situasjonen. De kommer til at Gasunie ikke hadde full selvbestemmelsesrett og at selskapet var kontrollert av den nederlandske stat.⁶⁸

Dette har utviklet seg gradvis til å bli et krav om at staten må stå bak tiltaket for at noe skal være statsstøtte. I ENI Lanerossi⁶⁹ vurderte Domstolen om ENI Lanerossi sine handlinger kunne tilregnes staten. Domstolen fant i lys av Van der Kooy at det ikke skulle foretas noe skille mellom saker hvor støtten er gitt direkte av staten, eller saker hvor private eller offentlige selskaper opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtten, gir støtte. Domstolen foretok en konkret vurdering av situasjonen og fant at samlet sett viste de ulike faktorene at ENI opererte under statlig kontroll.⁷⁰ Domstolen fant det betydelig bevist for Domstolen at kapitalinjeksjonen var et resultat av en handling som kunne føres tilbake til den italienske stat.⁷¹

Staten er som nevnt over ikke bare sentrale myndigheter, men omfatter også offentlige myndigheter generelt og organer som er opprettet eller utpekt av staten for å administrere støtte. Statens mellommenn kan for eksempel være finansinstitusjoner, fond og sikringsordninger. Benyttes det slike mellommenn, må tiltaket kunne tilregnes staten. Dette ble slått fast i Air France⁷² og er siden fulgt opp av Domstolen. Selv om organet i Air France var uavhengig av andre offentlige instanser, var den tilknytning organet hadde til lovgivende myndighet tilstrekkelig til at dets handlinger måtte tilregnes den franske stat.⁷³ Grensene for det offentlige ble i denne saken trukket meget vidt og konsekvensen av Rettens syn var at dersom et organs handlinger på bakgrunn av en formell betraktning kunne tilregnes staten, ville det innebære at enhver overføring av midler fra enheten til private virksomheter måtte vurderes i forhold til artikkel 87(1)

⁶⁸ Domstolen fant at tariffen var støtte fordi den var lavere enn nødvendig for å ta høyde for risikoen for omvendning til kull. Premiss 55.

⁶⁹ Se punkt 5.2

⁷⁰ Premiss 12

⁷¹ Premiss 11

⁷² Se punkt 3

⁷³ Premiss 58-62

som om de var foretatt av staten selv. Denne formelle tilnæringsmåte fikk Domstolens tilslutning i *Ladbroke*.⁷⁴

I *Stardust Marine C-482/99* fravek Domstolen sin formelle tilnæringsmåte, til fordel for en mer funksjonell tilnæringsmåte. Domstolen skilte klart mellom de to vilkårene utarbeidet i praksis, at tiltaket må tilskrives staten og være finansiert av statlige ressurser, og videreutviklet testen for å vurdere om tiltaket kan tilskrives staten. I denne dommen gjaldt saken en gjentatt revisjon av kapitalstrukturen i selskapet *Stardust Marine* på vegne av den franske stat. Spørsmålet for Domstolen var blant annet om den økonomiske støtten kunne tilskrives staten, med andre ord om selve avgjørelsen om tiltaket kunne føres tilbake til staten. Selv om staten er i en posisjon til å kontrollere et offentlig selskap eller utøve en dominant innflytelse på et offentlig selskaps handlinger, kan ikke faktisk utøvelse av denne kontroll i den konkrete sak automatisk presumeres. Et offentlig selskap kan mer eller mindre fungere uavhengig, alt etter graden av autonomi selskapet er gitt. Domstolen fant derfor at den måtte vurdere den statlig kontroll konkret i hver enkelt sak:

”Even if the State is in a position to control a public undertaking and to exercise a dominant influence over its operations, actual exercise of that control in a particular case cannot be automatically presumed. A public undertaking may act with more or less independence, according to the degree of autonomy left to it by the State. That might be the situation in the case of public undertakings such as *Altus* and *SBT*. Therefore, the mere fact that a public undertaking is under State control is not sufficient for measures taken by that undertaking, such as the financial support measures in question here, to be imputed to the State. It is also necessary to examine whether the public authorities must be regarded as having been involved, in one way or another, in the adoption of the measures”⁷⁵.

Det kan imidlertid være vanskelig å bevise at det er staten som egentlig står bak operasjonen, og Domstolen kom til at det må være akseptabelt at:

⁷⁴ Premiss 50, se punkt 3

⁷⁵ Premiss 52

”(...) the imputability to the State of an aid measure taken by a public undertaking may be inferred from a set of indicators arising from the circumstances of the case and the context in which that measure was taken”.⁷⁶

Domstolen fant at hvor et organ ikke kan ta avgjørelsen om tiltaket uten å forholde seg til kravene fra de offentlige myndigheter eller det faktum at selskapene må forholde seg til direktiver utstedt av offentlig myndighet, vil være indikasjoner på at staten står bak tiltaket. I denne forbindelse viste de til Van der Kooy⁷⁷ og ENI Lanerossi⁷⁸. Domstolen lister videre opp andre indikatorer som kan ha betydning. Integrasjonen i strukturen i den offentlige administrasjon, naturen av dets aktiviteter og utøvelsen av dens aktiviteter på markedet under normale konkurranseforhold med det private næringsliv, selskapets juridiske status⁷⁹, intensiteten av den offentlig overvåkingen av ledelsen i selskapet, eller hvilken som helst annen indikator på at det i den konkrete sak er offentlig involvering i forbindelse med handlingen eller usannsynligheten for at det offentlig ikke er involvert, også med tanke på rekkevidden av handlingen, dets innhold eller vilkårene den inneholder.⁸⁰ Likevel viser Domstolen til ENI Lanerossi⁸¹ og finner at selv om et offentlig selskap er stiftet som et kapital selskap under privat lovgivning, med graden av autonomi det påfører selskapet, kan ikke det ekskludere muligheten for at et støttetiltak fra et slikt selskap kan tilbakeføres til staten:

”The existence of a situation of control and the real possibilities of exercising a dominant influence which that situation involves in practice makes it impossible to exclude from the outset any imputability to the State of a measure taken by such a company, and hence the risk of an infringement of the Treaty rules on State aid, notwithstanding the relevance, as such, of the legal form of the public undertaking as one indicator, amongst others, enabling it to be determined in a given case whether or not the State is involved”.⁸²

⁷⁶ Premiss 55

⁷⁷ Premiss 37, hvor Domstolen ikke lot de formelle tilknytningskriterier være avgjørende, men foretok en helhetsvurdering.

⁷⁸ Premiss 11 og 12

⁷⁹ Om selskapet er under privat eller offentligrettslig lovgivning

⁸⁰ Premiss 56

⁸¹ Premiss 13

⁸² Premiss 57

Domstolen fant at Kommisjonen i denne saken hadde mistolket kriteriet:

“In this case, the Commission adopted in the contested decision, as the sole criterion, the organic criterion according to which *Crédit Lyonnais*, *Altus* and *SBT*, as public undertakings, were under the control of the State. In those circumstances, it must be held that that interpretation of the criterion of imputability to the State is erroneous.”⁸³

Det kan altså ikke antas eller sannsynliggjøres at en handling foretatt av et offentlig selskap er statens handlinger, men det er ikke nødvendig å bevise en klar statlig instruksjon. Indikasjoner på at handlingen kan tilskrives staten vil være om selskapet må følge statlige retningslinjer, hvor stor grad av kontroll staten har og hvilken posisjon staten har i strukturen og i administrasjonen av selskapet.

Når det gjelder statlig regulering er dette klart et tiltak som kan føres tilbake til staten. I for eksempel *Van Tiggele*⁸⁴ ble det ikke vurdert om det forelå statlig kontroll, kun om det var snakk om statens ressurser, nettopp fordi det var innlysende at tiltaket var foretatt av staten. Sak C- 126/01 *Gemo*, gjaldt en lov om at alle slakterhus over en viss størrelse skulle betale kjøttkjøpmannsskatt til staten. Disse skattepengene ble plassert i et fond som finansierte innsamling og ødeleggelse av dyreskrotter og slakteravfall. *Gemo*, et mellomstort supermarked som selger kjøtt og kjøttbaserte produkter i Frankrike, gikk til sak og mente at dette var ulovlig statsstøtte. Spørsmålet var om artikkel 87 må bli tolket slik at et system som her, hvor bønder og slakterhus får gratis avhenting og ødeleggelse av dyreskrotter og slakteravfall, kan være statsstøtte. Domstolen refererte til *Stardust* og bekreftet at handlingen måtte kunne tilfalle staten:

”The fact that the service for the collection and disposal of animal carcasses and waste available to farmers and slaughterhouses is carried out by private undertakings cannot call into question any classification as State aid as the organisation of that service originates with the public authorities. That service can be imputed to the State.”⁸⁵

⁸³ Premiss 57

⁸⁴ Se punkt 5.4

⁸⁵ Premiss 26

Det var her en statlig lovgivning som var bakgrunn for tiltaket, og selv om det ble utført av et privat selskap kunne ikke det avskjære tiltaket fra å være statsstøtte.⁸⁶

I praksis er det imidlertid sjeldent vilkåret om at tiltaket skal føres tilbake til staten, som byr på problemer. Ofte er det innlysende at staten står bak, som for eksempel ved offentlige reguleringer. Videre har praksis redegjort for visse situasjoner hvor det kan presumeres at staten står bak tiltaket. Likevel må det med henvisning til punkt 3 og Pearle-saken settes spørsmålsteget ved om det fra nå i enkelte situasjoner vil bli vanskeligere å vurdere dette vilkåret. Et tiltak fra et statlig organ på bakgrunn av et privat initiativ, kan ekskludere tiltaket fra å være statlig. Dette var ihvertfall et av argumentene fra Domstolen for ikke å anse reklamekampanjen som et statlig tiltak. Det vil føre til en vanskelig vurdering av om noe kan tilskrives staten, med tanke på at mange statlige tiltak faktisk fremmes etter forslag eller lobbying fra det private. Utviklingen av dette gjenstår å se med EF-domstolens fremtidige avgjørelser.

⁸⁶ Da det ikke var konflikt om at pengene var statens ressurser, gikk de videre på de øvrige vilkårene for om dette var statsstøtte.

5 Grensen illustrert gjennom typetilfeller

5.1 Innledning

I dette avsnittet skal grensen mellom private og offentlige ressurser illustreres ved typetilfeller. Selv om det i dag er klart at det både kreves at staten står bak tiltaket og at det er finansiert gjennom statlige ressurser, vil jeg også ta for meg de tidligere dommene, før dette ble klargjort, for å illustrere de forskjellige typetilfellene. Da jeg har valgt å dele denne illustreringen inn på denne måten, vil ikke den kronologiske utvikling i rettspraksis komme klart og tydelig frem. Men jeg skal likevel henviser til tidligere dommer hvor dette er relevant, og plassere den aktuelle dommen i den rettslige utvikling hvor det er nødvendig.

5.2 Offentlige foretak og statlig kontroll

Kommisjonen mot Frankrike, sak C-290/83, gjaldt støtte gitt av Caisse Nationale de Credit Agricole, heretter Fondet, til de fattigste bøndene i Frankrike. Saken var her at den franske stat satt i Fondets styre, og det viste seg at tildelinger fra Fondet ikke ble definitive før de var godkjent av offentlig myndighet. Den franske stat forsvarte seg med at denne støtten var gitt gjennom privat fond og følgelig ikke var gitt av statens ressurser. Domstolen slo imidlertid fast at ordlyden i artikkel 87 ikke nødvendiggjør at det må være statens midler for at noe skal kunne klassifiseres som støtte, og viste videre til Steinike⁸⁷. Domstolen kom til at artikkel 87 også omfatter støtte:

”which, like the solidarity grant in question, was decided and financed by a public body and the implementation of which is subject to the approval of the public authorities, the detailed rules for the grant of which correspond to those for ordinary state aid and which, moreover, was put forward by the government as forming part of a body of measures in favour of farmers which were all notified to the Commission in pursuance of Article [88](3)”⁸⁸.

⁸⁷ Se punkt 2.3

⁸⁸ Premiss 15

Så lenge pengene var under statens kontroll var det dermed nok til å kategorisere pengene som statens ressurser.

ENI Lanerossi C-303/88 gjaldt et statlig selskap, ENI, som kjøpte opp et selskap, Lanerossi, som senere fikk problemer med fire datterselskaper. ENI ga støtte gjennom Lanerossi til disse fire datterselskapene. Kommisjonen fant at støtten allerede gitt, kunne falle inn under regional hjelp, men de tvilte på at fremtidig støtte kunne falle inn under samme kategori. Den italienske stat skulle etter oppfordring fra Kommisjonen, notifisere om eventuell fremtidig støtte. Da den italienske stat ikke gjorde det og Kommisjonen fant at det fortsatt ble gitt støtte, startet Kommisjonen prosessen mot den italienske stat. Den italienske stat påstod at ENI Lanerossi i denne saken benyttet sine egne ressurser. Domstolen fant at ENI som følge av loven som etablerte selskapet var et offentlig selskap kontrollert av staten og at styret ble utpekt av statsministeren. De fant at ENI Lanerossi ikke hadde full økonomisk frihet slik den italienske stat påstod, men fant at ENI Lanerossi var bundet til å fungere i samsvar med økonomiske kriterier fra staten, i og med at den måtte følge direktiver fra offentlig myndighet, Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica. Sett i sammenheng fant Domstolen derfor at staten kontrollerte ENI. Domstolen fant at:

”(...) it is not necessary to establish that the capital funds received by ENI from the Italian State were specifically and expressly intended to make up the losses of the four subsidiaries. It is sufficient to observe that in any event the receipt of the capital funds enabled ENI to release other resources to make up the losses of the four subsidiaries”⁸⁹.

ENIs støtte gjennom Lanerossi til de fire datterselskapene var nok til å konstantere statlig intervensjon, og det var ikke nødvendig å bevise at pengene ENI mottok fra staten ble gitt særskilt og uttrykkelig for å dekke tapet. Det var tilstrekkelig å fastslå at ENI ved å motta disse innskuddsmidler, under alle omstendigheter kunne frigjøre andre midler til dekning av de fire datterselskapenes tap.

I Alfa Romeo C-305/89 var spørsmålet om støtten til å dekke tap hos Italias nest største bilprodusent, Alfa Romeo, fra en budsjettert tildeling av penger til administrerende

⁸⁹ Premiss 14

organer av statlige aksjebeholdninger, var statsstøtte. Generaladvokaten foretok i sin innstilling til Domstolen testen om selskapet som tildelte støtte opererte autonomt og uavhengig av den italienske stat:

”It is sufficient to point out that the capital of IRI and Finmeccanica is completely controlled by the Italian public authorities; that all the members of the management bodies of IRI and Finmeccanica are appointed by the Italian government; and finally that IRI and Finmeccanica operate within the framework of directives issued by an interministerial committee (Interministerial Committee for Economic Planning). On the basis of these factors, which are not disputed by the parties, the Commission concluded, in my view rightly, that contrary to the Italian Government's assertion the decisions of IRI and Finmeccanica were not adopted autonomously and independently of the Italian government. In accordance with the Court's case law, in particular the judgment in Joined Cases 67, 68 and 70/85 Van der Kooy, the abovementioned factors are sufficient to support the conclusion that the contributions are attributable to the Italian State, thus bringing them within the concept of aid granted by a Member State within the meaning of Article [87](1) of the [EC] Treaty. Although it is impossible to point to any specific earmarking of public funds for capital contributions, it can hardly be denied that the contributions were carried out with funds originating directly or indirectly from the State. Moreover, it should be observed that no such specific earmarking is required in order for there to be State aid. If there were such a requirement the Treaty provisions on State aid could easily be circumvented.”⁹⁰

Det avgjørende var ikke å klargjøre om et budskap fra staten var tvingende nødvendig, men om den institusjonen som tildelte støtten var under statlig kontroll, og ikke autonom og uavhengig. Domstolen fant i Alfa Romeo-saken, at det var nok bevis til å fastslå at kapitalinjeksjonene var et resultat av en handling som kunne tilbakeføres til den italienske stat.⁹¹ Domstolen fant videre at:

”Even if the capital funds allocated to IRI or Finmeccia were not specifically used for the injections of capital in question, there can be no doubt that that capital came from public funds intended for economic intervention.”⁹²

⁹⁰ Premiss 6

⁹¹ Premiss 13

⁹² Premiss 15

Det var nok å bevise at det omstridte pengetilskuddet var et resultat av en handling fra den italienske stat, uavhengig av om akkurat de offentlige pengene faktisk ble benyttet til å dekke tapet.

I Stardust,⁹³ klargjorde Domstolen spørsmålet om offentlige selskapers ressurser automatisk kan kategoriseres som statens ressurser. I denne saken måtte Domstolen vurdere om den situasjon at den franske stat faktisk var i posisjon direkte eller indirekte til å utøve en dominant innflytelse over selskapene, jf. transparensdirektivet⁹⁴ artikkel 2, ville føre til at disse selskaperes ressurser faktisk ville falle innenfor kategorien statlige ressurser på grunn av denne kontroll. Domstolen fant at offentlige selskapers ressurser vil være statens ressurser hvis staten kan utøve en viss grad av kontroll over selskapet. Det at midlene ikke permanent er hos statskassen er ikke av betydning, da det essensielle er at midlene er under statens kontroll. Den mulige statlige innflytelse kommer an på graden av autonomi som er gitt selskapet. Offentlige selskapers ressurser som ikke er under en slik kontroll vil følgelig ikke kunne karakteriseres som statens ressurser i denne sammenheng.

5.3 Sosial regulering

I sak C-72,73/91 Sloman Neptun, som hadde sitt utspring i etableringen av et tysk internasjonalt skipsregister, klargjør Domstolen for første gang skillet mellom ”granted by a Member State” og ”through State resources in any form whatsoever”⁹⁵. Skip som var registrert i dette registeret seilte under tyske flagg, men arbeidskontraktene med dets sjømenn var ikke omfattet av tysk arbeidsrett dersom sjømennene ikke hadde fast adresse i Tyskland. Resultatet ble at lønningene til disse ble lavere enn de tyske sjømenns lønninger. Sloman Neptun forsøkte å dra nytte av dette ved å rekruttere filipinske sjømenn. Arbeidskontoret klaget til Bremen Arbeitsgericht⁹⁶ og påstod at denne lovgivningen førte til statsstøtte, jf. artikkel 87(1). Det var klart at fordelene for skipseierene i form av lavere lønningskostnader, faktisk var finansiert av ikke-tyske

⁹³ Se punkt 3

⁹⁴ Se punkt 2.3

⁹⁵ Se punkt 2

⁹⁶ Arbeitsrett

sjømenn og ikke av Tyskland.⁹⁷ Bremen arbeidsrett sendte saken til EF-domstolen for en prejudisiell avgjørelse av om artikkel 87(1) kunne benyttes på offentlige tiltak som ikke var finansiert av statlige ressurser. Generaladvokat Darmon mente det ikke var nødvendig at støtten var finansiert fra statlige ressurser. Hans syn var at det essensielle element var om en spesiell industri ble plassert i en fordelaktig posisjon gjennom et veldefinert statlig tiltak. Han mente at dette tiltak var likt med et tiltak om å opprette et spesielt fond, finansiert av obligatoriske bidrag fra sjømenn utenfor EU, hvorav utbetalinger ville blitt gjort til tyske skipseiere som var registrert i det internasjonale register. Et slikt system ville i hans mening garantert falle innenfor artikkel 87(1). Generaladvokatens syn førte til en bred vurdering av begrepet "statsstøtte". Kommisjonen støttet også den brede fortolkning. EF-domstolen derimot fulgte ikke generaladvokatens innstilling. EF-domstolen refererte til Van Tiggele⁹⁸ og fant at:

"(...) advantages granted from resources other than those of the State do not fall within the scope of the provisions"⁹⁹.

Domstolen fant her tilbake til sin egen vurdering i Van Tiggele om at det er nødvendig med en overføring av statlige ressurser. Resultatet av dette var at det ble nødvendig å fastsette om fordelene som utsprang seg fra innføringen av skipsregisteret, kunne bli sett på som gitt av statens ressurser. I følge denne dommen oppfylte ikke de tyske bestemmelsene kriteriet med overføring av statlige ressurser. Det faktum at staten som et resultat måtte gi avkall på skatt og bidrag til velferdssystemet, var ikke nok til å representere støtte. Domstolen påpekte at systemet i denne saken ikke forsøkte å skape, gjennom dets hensikt og generelle tiltak, noen fordel som ville skape en ekstra byrde for staten:

"The consequences arising from this, in so far as they relate to the difference in the basis for the calculation of social security contributions, mentioned by the national court, and to the potential loss of tax revenue because of the low rates of pay, referred to by the Commission, are inherent

⁹⁷ Selv om bidrag til sosialtrygden også var forholdsmessig lavere.

⁹⁸ Se punkt 5.4

⁹⁹ Premiss 19.

in the system and are not a means of granting a particular advantage to the undertaking concerned.”¹⁰⁰

Tiltaket forsøkte kun å skape et rammeverk hvor kontraktsmessige relasjoner ble utformet mellom selskapene og dets ansatte. Konsekvensene av tiltaket var altså knyttet til systemet og konstituerte ikke en måte å tildele en spesiell fordel til dette enkelte selskapet på.

Denne avgjørelsen skapte debatt blant juridiske forfattere.¹⁰¹ Først og fremst fordi den var noe uklart formulert, slik at enkelte forfattere så på avgjørelsen på den måten at fordelene var gitt av statsmidler, men at tiltaket var for generelt.¹⁰² Andre forfattere kritiserte Domstolen for ikke å ha gått lenger i å karakterisere dette som en fordel gitt av statsmidler, med tanke på at enhver fordel uansett hvordan den finansieres, medfører de uønskede virkninger som statsstøttereglene skal forhindre. I den forbindelse ble det dessuten hevdet at det ikke forelå noen juridiske argumenter for å støtte kravet til statlige ressurser i forbindelse med regulative tiltak:

”Indeed, from an economic point of view it makes no sense to restrict the notion of state aid to government measures which involve a charge on the public account, since (i) the criterion of a charge on the public account is too vague, and (ii) it is the effect of a government measure on competition which should matter, not its origin. Moreover, a definition of state aid which does not require a charge on the public account does not lead to an excessive application of Article [87(1)], since the element of specificity limits its application. Furthermore, the wording of Article [87(1)] permits a definition of state aid embracing government measures which do not involve a charge on the public account. Finally, such a definition would not blur the distinction between Article [87(1)] and other provisions of the EC Treaty (...).”¹⁰³

¹⁰⁰ Premiss 21, bekreftet i Kirshammer-Hack

¹⁰¹ Hentet fra *Kaasen*

¹⁰² Wenceslao Rodriguez Curiel, *Quelques réflexions sur la jurisprudence recent de la Cour de Justice en matière d'aides d'état*, *Revue Internationale de Droit Economique* 1993 s. 433-460. Curiel legger til grunn at Domstolen viser til selektivitetskriteriet og derved at det foreligger en fordel gitt av staten

¹⁰³ Slootboom Marco, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?* *ELR* Vol 20 no 3 juni 1995, (Slootboom), på s.301.

Likevel er det gjennomgående lagt til grunn at Domstolen i denne saken avviste at det forelå en overføring av statens ressurser og at det dermed foreligger et krav om en overføring av offentlige ressurser.¹⁰⁴

Selv om kriteriene¹⁰⁵ påberopt av Domstolen i *Slooman Neptun* ikke var krystallklare, ble de bekreftet i sak C-52/97 *Viscido*. Saken gjaldt en nasjonal bestemmelse som lettet ansvaret for bare ett selskap, det italienske postvesenet, til å etterkomme den gjeldende generelle lovgivning om arbeidskontrakter med fastsatt varighet. Generaladvokat Jacobs vurderte om mulig skattetape og tap av bidrag til sosial velferd, kunne kvalifisere som en indirekte overføring av statens ressurser, men kom til at dette var iboende i et slikt system. Han tilføyde at kostnadene for staten var usikre og ikke kvantifiserbare, siden det italienske postvesenet muligens ikke ytterligere hadde ansatt eller muligens hadde ansatt færre arbeidere,¹⁰⁶ og dessuten:

”To investigate all such regimes would entail an inquiry on the basis of the Treaty alone into the entire social and economic life of a Member State.”¹⁰⁷

Domstolen refererte til *Slooman Neptun*¹⁰⁸ og fant at:

”The distinction made in that provision¹⁰⁹ between ”aid granted by a Member State” and aid granted ”through State resources” does not signify that all advantages granted by the State, whether financed through State resources or not, constitute aid but is intended merely to bring within that definition both advantages which are granted directly by the State and those granted by a public or private body designated or established by the State. In this case, it must be

¹⁰⁴ *Slootboom*, s. 289 flg, Wislade Fiona G., *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*, Kluwer law international, 2003, Biondi m.fl., *The law of State Aid in the European Union* Oxford University Press 2004, s. 207, (*Biondi*). Plender Richard, *Definition of Aid*, s. 18

¹⁰⁵ “The system at issue does not seek, through its *object* and *general structure*, to create an advantage which would constitute an additional burden for the State or the abovementioned bodies, but only to alter in favour of shipping undertakings the *framework* within which contractual relations are formed between those undertakings and their employees.” Premiss 21.

¹⁰⁶ Premiss 15

¹⁰⁷ Premiss 16

¹⁰⁸ *Slooman Neptun* premiss 19

¹⁰⁹ Artikkel 87(1)

observed that non-application of generally applicable legislation concerning fixed-term employment contracts to a single undertaking does not involve any direct or indirect transfer of State resources to that undertaking ”¹¹⁰

Domstolen fant raskt på bakgrunn av dette, at det i denne saken ikke dreide seg om noen direkte eller indirekte fordel på bekostning av statens ressurser.¹¹¹ Ikke-bruk av en allminnelig gjeldende lov, på et konkret selskap involverer ingen overføring, verken direkte eller indirekte, av statlige ressurser.

5.4 Prisregulering

Allerede i Van Tiggele sak C-82/77, fant Domstolen at ordlyden i seg selv i artikkel 87 tilsier at det skal være en direkte eller indirekte overføring av statens ressurser. Saken gjaldt en fastsettelse av en minste utsalgspris for både nasjonale og importerte varer for innenlandssalg av destillerte drikkevarer. Dette ble ikke funnet å være statsstøtte, men ble funnet å være et instrument med lik effekt som en kvantitativ restriksjon på handel i strid med artikkel 30 i EF traktaten.¹¹² Domstolen observerte at ordlyden i artikkel 87 i seg selv gjør det klart at fastsettelse av minimum utsalgspriser med det for øye å favorisere distributører av et produkt på konsumentenes bekostning, ikke kunne utgjøre et støtteinstrument omfattet av artikkel 87. Fastsettelse av minimumspriser på forbrukerens bekostning var ikke direkte eller indirekte gitt gjennom statens ressurser i artikkel 87(1)s forstand.¹¹³

I Kommisjonens avgjørelse i sak 92/327¹¹⁴ fant Kommisjonen at et belgisk system på maksimum priser på farmasøytiske produkter, som fungerte i kombinasjon med et system av programkontrakter, var statsstøtte i artikkel 87(1)s forstand. Under disse forholdene, fikk selskaper som oppfylte visse vilkår, høyere priser og fordelaktige tilbakebetalingsavtaler med helseforsikringsfondet. Ekstraavgiftene som fulgte av dette fondet, ble så kompensert for fra et spesial fond etablert av finansministeren. Følgelig

¹¹⁰ Premiss 13 og 14

¹¹¹ Premiss 15

¹¹² I kapittel 2; Forbud mot kvantitative restriksjoner mellom medlemsstatene

¹¹³ Premiss 25

¹¹⁴ Commission Decision 92/327 (1992) O.J. L182/89

ble prisforøkelsen som følge av å oppfylle vilkårene for en programkontrakt å anse som statsstøtte til disse selskapene fordi det indirekte gjennom spesial fondet, kom fra statens ressurser.¹¹⁵

I *Preussen Elektra*¹¹⁶ sak C-379/98 fant Domstolen at den støtte minsteprisene utgjorde, ikke ble finansiert av det offentlige, men av private midler, og tiltaket kvalifiserte følgelig ikke som statsstøtte. Den lovbestemte kompensasjonsordning som ga den enkelte el-forsyningsvirksomhet kompensasjon for betaling av høyere priser for elektrisiteten utgjorde, etter Domstolens oppfatning heller ikke en direkte eller indirekte overføring av statsmidler. Da Kommisjonen subsidiært forsøkte å innfortolke en slik plikt i forhold til forbudet i artikkel 87(1), avviste Domstolen dette bastant, da fordelene måtte være et resultat av en overføring av offentlige midler for å komme inn under artikkel 87(1).

Avgjørelsen er basert på generaladvokat Jacobs omfattende diskusjon i sin innstilling. Her redegjorde han for de argumenter som ble påstått fra de som var for en bred fortolkning. Nemlig at både ordlyden i artikkel 87 og formålet med forbudet ga rom for en bred fortolkning, at alle statssinntekter likevel kommer fra det private og til slutt risikoen for omgåelse av reglene hvis de ikke blir gitt en bred fortolkning.¹¹⁷ Han innrømmet at det var overtalende styrke i disse argumentene, men konkluderte med å anbefale Domstolen å holde fast ved den smale fortolkning. Generaladvokaten støttet seg til en bokstavelig fortolkning av artikkel 87(1)¹¹⁸ og prinsippet om forutsigbarhet. Han hevdet at en kategorisering av alle nasjonale tiltak som regulerer forholdet mellom private aktører som statsstøtte, ville være et brudd på dette prinsippet¹¹⁹. Hvis enhver fordel som indirekte er et resultat av et offentlig tiltak skulle kategoriseres som støtte, ville det utvide virkeområdet til artikkel 87(1), slik at den ble mer å betrakte som et diskrimineringsforbud. Med det menes et forbud mot å sette noen foretak i en gunstigere posisjon enn andre. Domstolens presisering av statsmidler slik at støtten må

¹¹⁵ D'Sa Rose M., *European Community Law on State Aid*, Sweet & Maxwell, 1998, s. 77.

¹¹⁶ Se punkt 3

¹¹⁷ Premiss 134 følgende

¹¹⁸ Premiss 153-154, 156

¹¹⁹ Premiss 157

reflekteres i en utgiftspost for staten, kan sies å reflektere grensdragningen og arbeidsdelingen mellom statsstøttoreglene og de generelle diskrimineringsforbud i EF-traktaten. De rene diskrimineringstilfellene skal reguleres av bestemmelser som retter seg direkte mot nasjonalitetsbestemt diskriminering, mens en overførsel av økonomiske midler fra det offentlige til private eller offentlige foretak, reguleres av statsstøttoreglene.¹²⁰

Domstolens fortolkning er blitt sterkt kritisert for ikke i større grad å ta den økonomiske realitet med i vurderingen; nettopp det at reguleringen faktisk førte til en økonomisk fordel for produsentene av den fornybare energien. Men med den fortolkning som Domstolen benyttet i *Preussen Elektra*, unngår man en overinkluderende tolkning av forbudet, hvor alle økonomiske avgjørelser fra staten kan føre til støtte. Likevel vil en for stiv tolkning kunne føre til omgåelse av regelverket, slik at medlemsstater kan opprette reguleringer som i denne sak, og dermed omgå statsstøttoreglene. Det skal dog presiseres at vurderingen bak avgjørelsen var i tråd med både logikken i artikkel 87(1) og tidligere rettspraksis.

Domstolen slapp imidlertid å vurdere om en overføring av midler ville blitt akseptert hvis *Stromeinsparungsgesetz* hadde pålagt forpliktelsen på offentlige elektrisitetsforsyningsselskaper, siden partene i hovedforhandlingene var private selskaper¹²¹. Hvordan ville utfallet bli hvis selskapene som måtte kjøpe en bestemt andel av fornybar energi til fastsatte minimumspriser over markedspris i *Preussen Elektra*, var offentlige. Man kan stille spørsmål ved om det ville kunne kvalifisere som en overføring av statlige ressurser, i og med at staten i en slik situasjon indirekte taper penger. Denne situasjonen er foreløpig ikke blitt avgjort av Domstolen. Hvis man anvender *Stardust* på saken, ser det i teorien ut som at tiltaket ikke kan ekskluderes fra å være statsstøtte, så lenge det kan indikeres at det er staten som står bak tiltaket. I saker hvor private og offentlige selskaper er behandlet likt, vil Kommisjonen mest sannsynlig

¹²⁰ *EØS-rett* s. 602.

¹²¹ I premiss 168 kommer generaladvokaten til at den konklusjon at det i denne sak ikke kan være av relevans om elektritets forsyningsselskapet er privat eller offentlig eid.

vurdere å anvende Preussen Elektra.¹²² Kommisjonen har vurdert dette i sak 149/2000¹²³, hvor både private og offentlige elektrisitetselskaper fikk høyere pris på bekostning av forbrukerne. I dette tilfellet var det ikke støtte, siden forpliktelsen var likt påtvunget de offentlige og private selskapene. Staten forsøkte ikke her å benytte seg av offentlige selskaper som et instrument for å tildele støtte.

5.5 Beskyttelse av arbeidstakere

I Kirshammer-Hack C-189/91 var spørsmålet om en lovbestemmelse, som unntok mindre virksomheter fra en nasjonal ordning om beskyttelse av arbeidstakere mot uberettiget oppsigelse, kunne sies å være statsstøtte. Mindre virksomheter var følgelig ikke, i situasjoner med en sosial uberettiget oppsigelse, forpliktet til å betale arbeidstakeren godtgjørelse eller holde saksomkostninger i forbindelse med en eventuell rettstvist. Domstolen fastslo at det ved unntakelsen for mindre bedrifter fra denne støtteordning, ikke skjedde noen direkte eller indirekte overførsel av statsmidler til disse virksomheter.¹²⁴ Ordningen fastsatte kun særlige juridiske rammer for det arbeidsrettslige forhold mellom arbeidsgivere og arbeidstakere i mindre virksomheter, og forhindret at mindre virksomheter ble pålagt økonomiske byrder som kunne hindre deres utvikling. Domstolen konkluderte med at ordningen ikke inneholdt statsstøtte i artikkel 87(1)s forstand.¹²⁵

Det er hevdet¹²⁶ at Domstolens uttalelse vedkjenner at et slikt tiltak som i denne sak, hadde som intensjon å redusere kostnadene som denne gruppen selskaper ellers måtte ha båret. Effekten er derfor den samme som om det var etablert et fond for å kompensere små selskaper for deres kostnader ved urettferdige oppsigelses-prosesser, finansiert av obligatoriske avgifter på ansatte i denne sektoren, eller et system med skattelette og

¹²² Ref samtale med Dr. Adinda Sinnaeve, Director General for Trade, Trade Defense Instruments, European Commission, (*Sinnaeve II*). Hennes uttalelser kan dog ikke sees på som Kommisjonens offisielle standpunkt.

¹²³ Belgium N 149/2000, 24.4.2002

¹²⁴ Premiss 17

¹²⁵ Premiss 18

¹²⁶ Bacon Kelyn, *State Aids and General Measures*, 17 Yearbook of European Law 1997, s. 287

skattefordeler for små selskaper. Begge disse to vil falle innenfor anvendelsesområdet til artikkel 87(1).

5.6 Avgifter og skattefordeler¹²⁷

I Steinike fant Domstolen at selv om ressursene som ble benyttet til støtten ikke stammet fra statens ressurser, men fra avgifter pålagt støttemottakerene, ekskluderte ikke det støtten fra å være statsstøtte:

”A measure adopted by the public authority and favouring certain undertakings or products does not lose the character of a gratuitous advantage by the fact that it is wholly or partially financed by contributions imposed by the public authority and levied on the undertakings concerned.”¹²⁸

Overskuddet av statens inntekter fra obligatoriske avgifter som er pålagt virksomheter og private, betraktes som statsmidler i artikkel 87(1)s forstand.¹²⁹ Dette er logisk med tanke på at store deler av statens inntekter stammer fra skatter og avgifter. At disse skatter og avgifter innbetales direkte til et offentlig kontrollert fond og dermed ikke direkte kommer direkte fra offentlige midler ekskluderer ikke midlene fra å være statens midler. I sak C-173/73 Italia mot Kommisjonen fant Domstolen at:

”[t]he argument that the contested reduction is not a “State aid”, because the loss of revenue resulting from it is made good through funds accruing from contributions paid to the unemployment insurance fund, cannot be accepted. As the funds in questions are financed through compulsory contributions imposed by State legislation and as, as this case shows, they are managed and apportioned in accordance with the provisions of that legislation, they must be regarded as State resources within the meaning of Article [87], even if they are administered by institutions distinct from the public authorities”.¹³⁰

Slike ressurser som er samlet inn som et resultat av skatter og avgifter trenger ikke å stamme fra hele samfunnet for å klassifiseres som statens ressurser. I sak C-47/69 Kommisjonen mot Frankrike fant Domstolen at:

¹²⁷ Omtrent 25% av all statsstøtte er i følge Kommisjonen gitt gjennom skattesystemet.

¹²⁸ Premiss 22

¹²⁹ *Jessen*, s. 196

”[a] system whereby an aid is serviced by a charge designed for that purpose leads to a system of permanent aids, the amount of which is unforeseeable and difficult to review. If this system were to become general it would have the effect of opening a loophole in Article [87] of the Treaty and of reducing the Commission’s possibilities of keeping it under constant review”.¹³¹

At det bare er en enkelt gruppe skattebetalere som har bidratt med penger til støtten, hindrer følgelig ikke disse midlene fra å være statens ressurser.

Der staten gir skattelette, er dette klart en byrde på statens finanser som også faller inn under statsstøttereglene, fordi staten taper penger den egentlig har krav på. Slike unntak skjer vanligvis gjennom skattefordeler i form av innskrenkning eller fritak fra standard rater eller utregning av skatt, eller ved å tillate en betalingutsettelse eller en utsettelse av skatteberegningen. Hvor det blir foretatt ett unntak fra en generell skatteregel, må det vurderes om det unntaket kvalifiserer som støtte.¹³² I saken Italia mot Kommisjonen som nevnt over, ble en skattefordel funnet å være statsstøtte:

”The partial reduction of public charges devolving upon undertakings in a particular sector of industry constitutes an aid within the meaning of Article [87] of the [EC] Treaty if such a measure is intended partially to exempt those undertakings from the financial charges arising from normal application of the general system of compulsory contributions imposed by law.”¹³³

Selvom skatteletten ble veid opp for ved pålagte innbetalinger til et arbeidsledighetsfond administrert av et privat organ ekskluderte ikke det støtten fra å være statsstøtte. Dette kan holdes opp mot situasjonen i Ferring, sak C-53/00. Her gjaldt saken om fritak for skatt på direkte salg for distributørgrossister kunne være ensbetydende med statsstøtte. I Frankrike var det to direkte konkurrerende distribusjonsnett for legemidler, et for distributørgrossister og et for legemiddellaboratorier som solgte direkte til apotekene. Den franske stat påla en avgift på direkte salg for å avbalansere konkurransevilkårene mellom de to distribusjonsnett

¹³⁰ Premiss 16

¹³¹ Premiss 4

¹³² Conor Quigley QC; *General Taxation and State aid*, Biondi, s. 207

¹³³ Premiss 2

for legemidler som hadde blitt forvridd, fordi kun distributørgrossistene var underlagt en forpliktelse til offentlig tjeneste. Et aviftsfritak på direktesalg av varer for distributørgrossistene for å veie opp for utgiftene ved den offentlige tjeneste, ga disse en økonomisk fordel som følgelig i utgangspunktet kunne være statsstøtte i artikkel 87(1)s forstand. Det måtte derfor tas stilling til om kvalifiseringen av ordningen som statsstøtte likevel kunne utelukkes, som følge av de særlige forpliktelser til offentlig tjeneste som distributørgrossistene var pålagt som ledd i det franske system for forsyning til apotek med legemidler.¹³⁴ Generaladvokaten fant i sin redegjørelse at dette i utgangspunktet så ut til ikke å være en overføring av statsmidler. Men han fant at dette ikke ville være riktig, i det staten ved dette systemet ga avkall på en inntekt de ellers ville fått, som førte til en økonomisk fordel for distributørgrossistene:

”That means that the French authorities have in practice refrained from collecting taxes entirely for the benefit of wholesale distributors and have thereby given them an obvious economic advantage. It must therefore be inferred that that advantage was granted through State resources.”¹³⁵

Men Domstolen var ikke enig:

”[P]rovided that the tax on direct sales imposed on pharmaceutical laboratories corresponds to the additional costs actually incurred by wholesale distributors in discharging their public service obligations, not assessing wholesale to distributors to the tax may be regarded as compensation for the services they provided and hence not State aid within the meaning of Article [87] of the Treaty. Moreover, provided there is the necessary equivalence between the exemption and the additional costs incurred, wholesale distributors will not be enjoying any real advantage for the purpose of Article [87](1) of the Treaty because the only effect of the tax will be to put distributors and laboratories on an equal competitive footing.”¹³⁶

I denne sak var det opp til de nasjonale domstoler å avgjøre om skatteletten i denne saken, var en kompensasjon for de obligatoriske tjenester pålagt distributørgrossistene,

¹³⁴ Premiss 23

¹³⁵ Generaladvokaten, Premiss 45

¹³⁶ Premiss 27

og om forholdet mellom de to var slik at det ikke forelå noen reell fordel for distributørgrossistene.

Denne saken illustrerer at det økonomiske kravet henger sammen med kravet om at det skal være en fordel for støttemottakeren for at tiltaket skal kunne være statsstøtte. Dette ser man også i *Pearle*¹³⁷ hvor reklamekampanjen som var organisert av HBA ikke ble ansett å være statsstøtte blant annet på det grunnlag at støtten var finansiert gjennom obligatoriske bidrag fra støttemottakerene selv. Det kan i denne forbindelse stilles spørsmål ved hvor viktig dette "cost-recovery" kriteriet egentlig er.¹³⁸ For å få en riktig vurdering om det faktisk foreligger en overføring av statlige ressurser, må fordelene av tiltaket vurderes opp mot den pålagte utgiften, og det vil kun være mulig i teorien. I praksis vil det være forskjellig hvor stort utbytte de ulike bidragsyterne egentlig får av tiltaket. "Cost-recovery" kriteriet vil derfor i realiteten ikke være et egnet vurderingstema for å vurdere om det foreligger en overføring av statens ressurser.

5.7 Statsgarantier

I *ENI Lanerossi*¹³⁹ fant Domstolen at ENI med godkjennelse fra finansministeren kunne ta opp obligasjonslån, hvor tilbakebetaling var garantert av staten. Dette satte ENI i en bedre posisjon enn selskaper som ikke hadde slik statsgaranti. Domstolen fant at:

"It is not necessary to rule on the question whether that guarantee in itself constitutes State aid; its existence distinguishes ENI's borrowing from the normal borrowing of a private company."¹⁴⁰

Uttalelsen er formulert som et obiter dictum, men det må likevel kunne sees på som et prinsipielt syn på statsgarantier. Det er ikke nødvendig å vurdere om garantien i seg selv konstituerer statsstøtte, i det dens eksistens skiller disse låneopptak fra et normalt låneopptak. At fordeler som følge av statlige garantier kan være vanskelige å kvantifisere, er dermed

¹³⁷ Se punkt 3

¹³⁸ *Sinnaeve I*

¹³⁹ Se punkt 5.2

¹⁴⁰ Premiss 13.

uten betydning, i det kvantifiseringen ikke i seg selv er avgjørende.¹⁴¹ En statlig garanti utstedt til et selskap øker dette selskapets kredittposisjon og gir dermed en betalingsgaranti til kreditorene, slik at selskapet kan låne billigere. Slike statsgaranterte låneopptak får en annen karakter enn alminnelige lån opptatt av en privat virksomhet, fordi kreditorene ikke trenger å forholde seg til den underliggende risikoen som den ville ha måttet i en lik situasjon uten statlig garanti.¹⁴² På den måten vris konkurransen i forhold til andre selskaper i samme marked som må låne penger til vanlig markedsrente, og det konstituerer statsstøtte. Statsgarantier vil dessuten også kunne føre til en frigjøring av andre midler hos det aktuelle selskapet, som også vil være en fordel for dette selskapet.¹⁴³

Kommisjonens meddelelse om anvendelsen af EF-traktatens artikkel 87 og 88 angående statsstøtte i form av garantier, redegjør for begrunnelsen for at statsgarantier vil være statsstøtte i artikkel 87(1)s forstand:

“The benefit of a State guarantee is that the risk associated with the guarantee is carried by the State. This carrying of a risk by the State should normally be remunerated by an appropriate premium. Where the State forgoes such a premium, there is both a benefit for the undertaking and a drain on the resources of the State. Thus, even if no payments are ever made by the State under a guarantee, there may nevertheless be a State aid under Article 87(1). The aid is granted at the moment when the guarantee is given, not the moment at which the guarantee is invoked or the moment at which payments are made under the terms of the guarantee. Whether or not a guarantee constitutes State aid, and, if so, what the amount of that State aid may be, must be assessed at the moment the guarantee is given.”¹⁴⁴

En statlig garanti vil være en risiko for staten, og det vil dermed være en byrde for staten. Det er likevel i prinsippet ingenting i veien for at det offentlige kan stille garantier til selskaper. For å unngå at garantien skal innebære statsstøtte, er det

¹⁴¹ *Kaasen*, s. 96.

¹⁴² Bufton Rosalind, *Where State guarantees supporting commercial banking activities distort competition, they must be abolished: the case of CDS IXIS*, EC Competition Policy Newsletter, 2003, number 2, Summer

¹⁴³ Se her ENI Lanerossi, premiss 14

¹⁴⁴ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (2000/C 71/07), artikkel 2.1.2.

nødvendig at det betales et markedsmessig vederlag for garantistillelsen. En garantist i det private markedet ville neppe gi en garanti uten å bli betalt en sum som svarer til risikoen for å være involvert. Hvis ikke selskapet betaler penger til staten for garantien, vil det derfor normalt sett være en støtte til lånetakeren. Betaler derimot selskapet for garantien, handler staten som en privat aktør i markedet, og følgelig vil det ikke være statsstøtte. Økonomiske fordeler oppnådd ved en utveksling av ytelse mot ytelse, vil ikke være en vederlagsfritt oppnådd fordel¹⁴⁵. Forutsetningen for at det ikke skal foreligge en vederlagsfri fordel, er altså at ytelsene skjer på markedsvilkår og da benyttes markedsinvestorprinsippet¹⁴⁶. Offentlige garantier som reelt sett innebærer at det offentlige er ansvarlig for samtlige av foretakets forpliktelser, uten noen form for begrensning hva gjelder omfang og løpetid, vil som hovedregel innebære statsstøtte. Dette gjelder også i de tilfellene der garantien gis i lov eller forskrift.

5.8 Utbytte ved offentlige selskaper

Det vil kunne være problematisk i forhold til statsstøttereglene dersom offentlig eide foretak, som opptrer i konkurransemarkeder, ikke krever normalt utbytte. For eksempel vil et statseid selskap og et privat eid selskap som konkurrerer i det samme markedet, kunne ha forskjellig konkurransedyktighet som følge av at det statseide foretak kan slippe å ta ut utbytte¹⁴⁷, mens eierne av private foretak mest sannsynlig vil kreve en viss avkastning på den investerte kapital. Det finnes ingen saker for Kommisjonen eller EF-domstolen hvor det er blitt vurdert om ikke-utbetaling av utbytte fra et offentlig selskap vil være statsstøtte, dermed kan dette ikke illustreres med rettspraksis. Likevel er det tatt med som et typetilfelle, fordi det er et interessant spørsmål i forhold til grensdragningen mellom offentlige ressurser og private ressurser, i det ressursene til et autonomt offentlig selskap¹⁴⁸ ikke kategoriseres som statens ressurser i artikkel 87s forstand.

¹⁴⁵ At det må være en vederlagsfri oppnådd fordel ble uttalt i Steinike premiss 22

¹⁴⁶ Se fotnote 3

¹⁴⁷ I forhold til en del offentlig eide selskaper, er det imidlertid hevdet at problemet er det motsatte, nemlig at staten tar ut alt for mye i utbytte, hvilket svekker selskapene, jf. bl.a. Statkraft.

¹⁴⁸ Se punkt 3 og 5.2

Konsekvensen av at overskuddet blir igjen i selskapet er en fordel for det statlige selskapet fordi det vil stå i en økonomisk bedre posisjon enn det konkurrerende selskap som tar ut utbytte. Staten gir i en slik situasjon avkall på en inntekt som de i utgangspunktet skulle ha, selv om pengene fortsatt ligger i det autonome statsseide selskapet. Et avkall på statlige ressurser fra statens side vil kvalifisere som en overføring av statlige ressurser jf. tidligere rettspraksis¹⁴⁹.

I praksis vil det imidlertid være vanskelig å bevise at ikke-utbetaling av utbytte er statsstøtte, fordi private selskaper også vil kunne bestemme seg for ikke å utbetale utbytte, men reinvestere overskuddet i selskapet istedet. For at en slik ikke-utbetaling kan kvalifisere som statsstøtte, er man nødt til å bevise at i denne konkrete saken ville en vanlig markedøkonomisk operatør ha utbetalt utbytte, mens det offentlige selskapet ikke gjorde det. Det må videre være en rasjonell økonomisk begrunnelse for ikke å ta ut utbytte, dersom dette skjer over en lang periode i tid.

¹⁴⁹ Se blant annet Air France og Sloman Neptun i punkt 3

6 Oppsummering og konklusjon

Denne avhandling har redegjort for grensen mellom offentlige og private ressurser når man skal vurdere om et statlig tiltak er finansiert gjennom statlige ressurser i EF-traktatens artikkel 87(1)s forstand. Dette er hovedsakelig blitt illustrert gjennom EF-domstolens praksis.

Først og fremst har det vært en omfattende diskusjon rundt hva som er meningen med skillet ”by a Member State” og ”through State resources”. Rettspraksis har slått fast at denne distinksjonen ikke sier at alle fordeler gitt av staten er statsstøtte, uansett om det er finansiert av statens ressurser eller private ressurser. Det den sier er at regelen i tillegg til å omfatte støtte gitt direkte fra staten, også kan omfatte støtte gitt av staten via private og offentlige institusjoner. Domstolen har gjennom rettspraksis vaklet. Det er imidlertid nå klart redegjort for at det er nødvendig med tiltak som kan tilskrives staten og støtte finansiert indirekte eller direkte gjennom statens ressurser, for at vilkåret ”granted by a Member State or through State resources” er oppfylt.

Kravet om at tiltaket skal kunne føres tilbake til staten, er i praksis det minst vanskelige å fastslå. Enten står staten bak, for eksempel i form av en regulativ bestemmelse, eller så presumeres statlig tilskrivning som følge av at det foreligger en typesituasjon som indikerer statlig kontroll. Hva som skal til for at det foreligger en overføring av statlige ressurser er derimot mer komplekst. Hvor staten gjennom organer eller selskaper opprettet eller utpekt av staten til å administrere støtte yter en støtte, vil en overføring av disse ressurser kvalifisere som en overføring av statens ressurser. Foretar offentlige selskaper som ikke er utpekt til å administrere støtte, en handling som gir et utvalg av andre selskaper en økonomisk fordel, vil dette selskapets ressurser kunne kategoriseres som statens ressurser, dersom det er en tilstrekkelig grad av statlig kontroll over selskapet. Private ressurser som ytes til støtte, vil i utgangspunktet ikke omfattes av artikkel 87(1). Derfor vil ikke private midler som direkte overføres støttemottaker kvalifisere som statens ressurser, til tross for at støttetiltaket kan føres tilbake til staten.

Derimot vil private ressurser kunne kvalifisere som statsstøtte hvis pengene har vært under statens kontroll på en måte som ”farger” pengene. Det er imidlertid ikke klart hvor grensen for når private penger ”farges” til å bli statlige i statsstøtterettslig sammenheng er, og nyere rettspraksis har gjort dette skillet enda mindre klart. Det er blant annet derfor en rekke uklare tilfeller og interessante spørsmål som gjenstår å få vurdert av EF-domstolen. Følgelig kan det ikke konkluderes med at det foreligger en klar grense mellom offentlige og private ressurser.

Formålet med regelen¹⁵⁰, at statlige tiltak ikke skal vri konkurransen i det indre markedet, forsvinner til en viss grad ved innsnevringen av vilkåret ”granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever”. Staten kan på grunn av dette, faktisk omgå forbudet ved å gi enkelte selskaper en økonomisk fordel på bekostning av andre enn staten. Kommisjonen har historisk sett vært for en bred fortolkning for å påse at det ikke presenteres varierende metoder for medlemsstatene å omgå notifikasjonskravet på ved nye støttetiltak i artikkel 88(3). Men en bred fortolkning vil ikke gå hånd i hånd med Kommisjonens planer om å modernisere statsstøttekontrollen samt ønsket om å konsentrere Kommisjonens verdifulle energi og ressurser på store og viktigere statsstøttesaker.¹⁵¹

Vagheten i definisjonen av støttebegrepet forblir problematisk i forhold til det vidtrekkende kravet om notifikasjon. Derfor er det hevdet at kommisjonen burde være tilfreds med juridiske avgjørelser som klargjør og begrenser konseptet slik at Kommisjonen kun trenger å vurdere notifikasjon av nasjonale tiltak som er av genuin interesse.¹⁵² Det er innlysende at å øke tallet for og omfanget av gruppefritak for spesielle typer av støtte, kan lette Kommisjonens arbeidsmengde. Men medlemstatenes nasjonale domstoler trenger også en snarlig rettleiding hvis de skal kunne bidra meningsfylt til moderniseringen på statsstøtterettens område. Forhåpentligvis vil

¹⁵⁰ Se for eksempel Feltkamp Ronald, *Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome*, EC Competition Policy Newsletter, 2003, Number 1, Spring

¹⁵¹ Også Det Europeiske Råd oppfordrer til ytterligere å redusere og kanalisere støtten til horisontale formål, og ønsker velkommen at Kommisjonen forenkler og moderniserer statsstøtteordningene og fokuserer på den mest konkurransevridende støtten, Den Alminnelige Beretning 2003, kapittel IV: Det økonomiske og sosiale område. Avsnitt 6: Konkurransopolitikk. (38/51), Bull. 3-2003. punkt I.12.

¹⁵² Hancher Leigh, Quartley, editorial EStAL 3/2004, *A Pearle of Wisdom*

grensen mellom offentlige og private ressurser bli klarere med fremtidige avgjørelser fra EF-domstolen eller som følge av reformen i EU på statsstøtterettens område¹⁵³.

¹⁵³ Matthias-Werner Annette, *Reform of procedural rules for State aid cases*, EC Competition Policy Newsletter, 2004, Number 2, Summer

7 Domsregister / avgjørelser i kronologisk rekkefølge

Domstolens avgjørelser;

- C - 47/69 Kommisjonen mot frankrike
- C - 73/73 Italia mot Kommisjonen
- C - 78/76 Steinike
- C - 82/77 Van Tiggele
- C - 290/83 Kommisjonen mot Frankrike
- C - 248/84 Tyskland mot Kommisjonen
- C - 67/85 Van der Kooy
- C - 259/85 Frankrike mot Kommisjonen
- C - 57/86 Hellas mot Kommisjonen
- C - 303/88 ENI Lanerossi
- C - 188/89 British Gas
- C - 305/89 Alfa Romeo
- C - 189/91 Kirshammer Hack
- C - 72,73/91 Sloman Neptun
- C - 387/92 Banco Exterior de España mot Ayuntamiento de Valencia
- C - 6/97 Italia mot Kommisjonen
- C - 52/97 Viscido
- C - 83/98 Ladbroke
- C - 379/98 Preussen Elektra
- C - 482/99 Stardust
- C - 53/00 Ferring
- C - 126/01 Gemo
- C - 345/02 Pearle

Rettens avgjørelser;

- T - 358/94 Air France

Kommisjonens avgjørelser;
N 92/327

Litteraturliste

Arnesen Finn, Introduksjon til rettskildelæren i EF, Universitetsforlaget 1992

Bacon Kelyn, *State Aids and General Measures*, 17 Yearbook of European Law 1997

Biondi, Eeckhout, og Flynn, *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, 2004; Richard Plender, *Definition of Aid* og Conor Quigley QC, *General Taxation and State aid*

Buften Rosalind, *Where State guarantees supporting commercial banking activities distort competition, they must be abolished: the case of CDS IXIS*, EC Competition Policy Newsletter, 2003, number 2, Summer

Commission Directive 80/723/EEC of 25 June 1980 on the transparency of financial relations between Member States and public undertakings

Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (2000/C 71/07)

Craig Paul og De Búrca Gráinne, *EU Law, Text, Cases, and Materials*, Second edition, Oxford University Press 1998

D'Sa Rose M., *European Community Law on State Aid*, Sweet & Maxwell, 1998

Det Europeiske Råds Alminnelige Beretning 2003, kapittel IV: Det økonomiske og sosiale område. Avsnitt 6: Konkurranspolitikk. (38/51), Bull. 3-2003

Feltkamp Ronald, *Some reflections on the structure of the state aid rules in the Treaty of Rome*, EC Competition Policy Newsletter, 2003, Number 1, Spring

First Report on Competition Policy, annexed to the "Fifth General Report on the Activities of the Communities", 1971

Hamre Inger og Stemshaug Helge, EU- og EØS-relevante tekster, Senter for Europarett, Universitetet i Oslo, 2002

Jessen Wegener Pernille, Forbudet mod statsstøtte i EU, forlaget Thomson, København 2003

Leigh Hancher, Quartley, *A Pearle of Wisdom*, editorial EStAL 3/2004

Lenaerts Koen og Bray Robert, Procedural law of the European Union, Sweet & Maxwell, 1999

Matthias-Werner Annette, *Reform of procedural rules for State aid cases*, EC Competition Policy Newsletter, 2004, Number 2, Summer

Schina, State Aids under the EEC Treaty articles 92 to 94, ESC Publishing Limited, Oxford 1987

Sejersted Fredrik, m.fl., EØS-rett, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2004

Sinnaeve Adinda, *Het arrest Pearle: bekijkt het Hof het begrip staatssteun met een nieuwe bril?*, Nederlands tijdschrift voor Europees recht, 10. årgang, nummer 10, oktober 2004

Slootboom Marco, *State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?* ELR Vol 20 no 3 juni 1995

Wenceslao Curiel Rodriguez, *Quelques réflexions sur la jurisprudence recent de la Cour de Justice en matière d'aides d'état*, Revue Internationale de Droit Economique, 1993

Wishlade Fiona G., Regional State Aid and Competition Policy in the European Union, Kluwer law international, 200

