

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Vilkåret «økonomisk bidrag» under WTOs subsidieavtale art. 1.1(a)(1)

Kandidatnummer: 654

Leveringsfrist: 25. november 2017

Antall ord: 12 609



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling .....	1
1.2	Bakgrunn og temaets aktualitet .....	1
1.3	Metode og metodiske utfordringer .....	2
1.4	Avgrensning av oppgaven.....	3
1.5.	Fremstillingen videre .....	4
<b>2</b>	<b>HVA ER EN SUBSIDIE?</b> .....	<b>4</b>
<b>3</b>	<b>VILKÅRET «ØKONOMISK BIDRAG» I SUBSIDIEAVTALEN ART. 1.1(A)(1)</b>	<b>5</b>
3.1	Introduksjon: .....	5
3.2	Art. 1.1(a)(1)(i) – direkte overføring av midler: .....	6
3.2.1	«direct transfer of funds».....	6
3.2.2	oppsummering .....	8
3.3	Art. 1.1(a)(1)(ii) – skatteinntekter som ikke betales .....	9
3.3.1	Begrepene «foregone» og «otherwise due».....	9
3.3.2	Adgangen til å omgå art. 1.1(a)(1)(ii) ved å skreddersy et skattesystem .....	11
3.3.3	Unntaket i subsidieavtalens fotnote 1 .....	11
3.3.4	Oppsummering .....	12
3.4	Art. 1.1(a)(1)(iii) – Stat eller offentlig myndighet leverer varer eller yter tjenester, eller kjøper varer .....	12
3.4.1	Stat eller offentlig myndighet tilbyr varer eller yter tjenester .....	13
3.4.2	Stat eller offentlig myndighet kjøper varer.....	25
3.5	Art. 1.1(a)(1)(iv) – betaling via en finansieringsordning og overlatelse av eller ordre om utførelse av oppgaver til en privat aktør .....	26
3.5.1	«payment to a funding mechanism» .....	27
3.5.2	«entrustment or direction of a private body».....	27
3.5.3	Oppsummering .....	31
<b>4</b>	<b>KONKLUSJON</b> .....	<b>31</b>
	<b>LITTERATURLISTE</b> .....	<b>33</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Denne avhandlingen har som formål å belyse hva som kvalifiserer som et økonomisk bidrag gitt av stat eller offentlig myndighet under WTOs Avtale om subsidier og utjevningstiltak (1994) (heretter kalt subsidieavtalen). Temaet faller inn under faget International Trade Law og er dekket av læreboklitteraturen i dette faget. Lærebøkene er imidlertid særdeles overfladiske i sin behandling av temaet. Avhandlingen søker derfor å gi en mer detaljert og utfyllende innføring i hva som ligger i begrepet hva som kvalifiserer som et «økonomisk bidrag» under WTOs regime for subsidier.

## 1.2 Bakgrunn og temaets aktualitet

Subsidier er regnet for å være blant de mer komplekse temaene innenfor internasjonal handel. Temaet er regulert av et meget intrikat sett med regler og reiser en lang rekke komplekse problemstillinger og vanskelige vurderingstemaer. I tillegg er subsidier utvilsomt et av de mest kontroversielle og omdiskuterte temaene innenfor handelsretten.<sup>1</sup> Grunnen til dette er at subsidier kan anses som både som legitime og rettferdige hjelpemidler, og urettmessige og hemmende for internasjonal handel. Subsidier er et av de mest brukte tiltakene innenfor internasjonal handel og anvendes av mer eller mindre alle stater som et hjelpemiddel for å fremme viktige og legitime formål. De kan være en nødvendig forutsetning for produksjon av et gode, som igjen er en forutsetning for handel av det nevnte godet. På den annen side kan subsidier legge store hinder på internasjonal handel og ha store finansielle konsekvenser for handelspartnere. Ofte er det stor uenighet om hvilke subsidier som anses som legitime og rettferdige, og hvilke subsidier som bør unngås.

I tillegg til å være omdiskutert, er subsidier er også et særdeles komplekst tema. Bare å definere hva en subsidie er, og om et konkret tiltak skal anses som en subsidie eller ikke, kan i seg selv være vanskelig og omfattende spørsmål. Det er bit av dette spørsmålet denne oppgaven sikter på å opplyse. Når man først har etablert om det foreligger en subsidie, reiser det seg nok et vanskelig spørsmål: er det en lovlig eller en ulovlig subsidie man står ovenfor? Subsidier kan nemlig deles inn i tre kategorier: de lovlige subsidiene, de forbudte subsidiene og subsidier som ikke er forbudte, mens som det kan innføres mottiltak mot. Som om ikke dette var

---

<sup>1</sup> Stewart (1993) s 810

omfattende nok, finnes det i tillegg en rekke regelverk som regulerer subsidier. For eksempel har både EU, NAFTA og WTO egne subsidie-regelverk. Mange land har ratifisert mer enn én av disse traktatene. Altså kan en konkret subsidie faktisk reguleres av flere separate regelverk.

Altså er spørsmålet om subsidier i internasjonal handel både omdiskutert og om ofte omfattende og komplekst. Dette gjør også temaet meget interessant. Det er en rekke intrikate problemstillinger som reiser seg innenfor temaet, både rettsdogmatiske og rettspolitiske.

Vilkåret «økonomisk bidrag» er et av de to hovedvilkårene for at det skal kunne foreligge en subsidie. Det er dette vilkåret oppgaven vil fokusere på.

### **1.3 Metode og metodiske utfordringer**

Metoden som anvendes i denne oppgaven er rettsdogmatisk. Avhandlingen er med andre ord ment å belyse hva som er gjeldene rett i dag. Dette vil gjøres med utgangspunkt hovedsakelig i rettspraksis fra WTOs domsapparat. Grunnen til at dette er blir den mest fremtredende rettskildedefaktoren i oppgaven, er at det er WTOs domapparat som har myndighet til, og ansvar for, å foreta autoritative tolkninger av subsidieavtalens ordlyd. I tillegg til rettspraksis vil imidlertid også subsidieavtalens ordlyd, læreboklitteratur og artikler spille inn.

Her oppstår en utfordring: det er ikke til å komme utenom at dette er et tema som er preget av sterkt delte meninger og som foreløpig er relativt fattig på rettspraksis. Subsideavtalen er knappe 23 år, og antallet rettsavgjørelser i løpet av den tiden er ikke spesielt imponerende. Med andre ord er det mange vanskelige og viktige spørsmål innenfor temaet som fremdeles mangler autoritative svar. Slike spørsmål vil jeg forsøke å besvare dels ved å trekke analoge linjer til noen av rettskildene nevnt ovenfor, dels ved å gi egne resonnementer basert på traktatens ordlyd og reelle hensyn.

En annen metodisk utfordring er den rent språklige. Avhandlingen er skrevet på norsk. Mer eller mindre alle de anvendte rettskildedefaktorene er imidlertid skrevet på engelsk. Selve subsidieavtalen finnes i en norsk utgave. Det norske språk er imidlertid mye mindre nyansert enn det engelske, og den norske oversettelsen fremstår som klumsete i forhold til den engelske. Dessuten tar alle dommer fra WTOs domsapparat utgangspunkt i den engelske versjonen av traktaten. Derfor har jeg valgt å også anvende den engelske utgaven av subsidieavtalen. Der det har vært mulig å gi en god oversettelse av engelske ord og uttrykk, har jeg gjort dette. Det-

te her imidlertid ikke alltid latt seg gjøre. Som et resultat har det ofte vært nødvendig å innlemme engelske begreper og setninger i teksten. Jeg mener likevel at teksten har god språklig flyt, selv om det til tider veksles hyppig mellom norsk og engelsk.

#### **1.4 Avgrensning av oppgaven**

For at det skal foreligge en subsidie er det to kumulative vilkår som må foreligge: for det første må det foreligge en form for økonomisk bidrag, og for det andre må dette økonomiske bidraget utgjøre en fordel for mottakeren. Selv om disse vilkårene er tett knyttet til hverandre, har WTOs domsapparat flere ganger understreket viktigheten av å holde dem fra hverandre. Denne oppgaven omhandler vilkåret «økonomisk bidrag». Vilkåret om fordel for mottakeren vil bli utelatt, da det ville blitt for omfattende å behandle begge vilkårene. Likevel er det ikke til å komme utenom at WTOs domstoler ofte har problemer med å holde de to vilkårene helt separert i sine tolkninger, på tross av at de eksplisitt har understreket viktigheten av nettopp å holde dem helt adskilt. Det også slik at det til tider er en noe uklar grense mellom de to vilkårene. Enkelte vurderinger under vilkåret til økonomisk bidrag er sågar avhengig av å gjøre en vurdering av fordelsvilkåret. Derfor er det er tidvis vanskelig å gi en fullstendig fremstilling av vilkåret til økonomisk bidrag uten å også komme meget nærme (og kanskje til og med krysse) grensen til fordelsvilkåret. Ved et par anledninger vil jeg derfor ta inn drøftingsmomenter som mest naturlig ville hørt hjemme under fordelsvilkåret, men som jeg mener også må tas inn under drøftingen av økonomisk bidrag for å kunne gi en komplett fremstilling. Dette gjelder særlig under drøftingen av begrepet «provides» under subsidieavtalens art. 1.1(a)(1)(iii).

Vilkåret i subsidieavtalen art. 1.1(a)(1) består egentlig av to deler: 1) det må foreligge et økonomisk bidrag, og 2) dette bidraget må være gitt av stat eller offentlig myndighet. Denne avhandlingen vil kun behandle førstnevnte. Oppgaven vil altså kun ta for seg hva som kvalifiserer som et «økonomisk bidrag».

Kravet til «økonomisk bidrag» er ett av to alternative vilkår. I stedet for et «økonomisk bidrag» kan det foreligge «income or price support in the sense of art XVI of GATT 1994».<sup>2</sup> «income and price support» under subsidieavtalen art. 1.1(a)(2) utgjør en egen form for øko-

---

<sup>2</sup> Subsidieavtalen art. 1.1(a)(2)

nomisk bidrag. Dette alternative vilkåret vil imidlertid ikke belyses i denne avhandlingen. Oppgaven vil kun fokusere på hva som ligger i et «økonomisk bidrag» under art. 1.1(a)(1).

### 1.5. Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil det først bli gitt en kort innføring i hva en subsidie er. Deretter vil det bli gjort et dypdykk i vilkåret «økonomisk bidrag». Subsidieavtalen art 1.1(a)(1) fremsetter en uttømmende liste med fire punkter som kan utgjøre et «økonomisk bidrag». Avhandlingen vil systematisk gå gjennom disse fire punktene og redegjøre for hvert enkelt av dem. Til slutt vil det bli gitt en kort konklusjon.

## 2 Hva er en subsidie?

Enkelt forklart er en subsidie en økonomisk støtte gitt av offentlig myndighet til en privat part for å hjelpe til med å holde nede kostandene av en tjeneste eller av produksjon av et gode, slik at prisene kan holdes lave.<sup>3</sup>

Før innførselen av WTOs avtale om subsidier og utjevningstiltak (heretter kalt subsidieavtalen) i 1994 fantes ingen formell legaldefinisjon av konseptet «subsidie».<sup>4</sup> Konseptet som sådan var veletablert og til en viss grad regulert, men man hadde ikke lyktes i å etablere en bredt akseptert, formell definisjon av konseptet. En detaljert beskrivelse av hva som utgjør en subsidie finnes nå i art 1.1 i subsidieavtalen. Denne lyder:

«For the purposes of this Agreement, a subsidy shall be determined to exist if:

- (a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member [...]
- or
- (a) (2) there is any form of income or price support in the sense of art XVI of GATT 1994;
- and
- (b) A benefit is thereby conferred»

---

<sup>3</sup> Oxford Advanced Learner's Dictionary, 7th edition

<sup>4</sup> Van Den Bossche/Zdouc (2013) s. 747 og Trebilcock, Howse & Eliason (2013) s. 368

Som man kan se fra ordlyden i art. 1.1, består definisjonen av begrepet subsidie hovedsakelig av to elementer: (1) det må foreligge en form for økonomisk bidrag fra stat eller offentlig organ og (2) dette økonomiske bidraget må utgjøre en fordel for mottakeren. Under begge disse elementene reiser det seg en rekke interessante og til tider meget komplekse tolkingsspørsmål.

Legg merke til at vilkårene i punkt (a)(1) og punkt (a)(2) er alternative vilkår (jfr. ordlyden: «or»), ergo trenger bare ett av disse å være oppfylt. Vilåret i punkt (b) må imidlertid alltid være oppfylt for å kunne stadfeste at det foreligger en subsidie.

Den videre fremstillingen vil søke å belyse hva som kan kvalifisere som et økonomisk bidrag («*a financial contribution*») under art. 1.1(a)(1).

### **3 Vilåret «økonomisk bidrag» i Subsidieavtalen art. 1.1(a)(1)**

#### **3.1 Introduksjon:**

Det første alternative vilåret for at det skal foreligge en subsidie er altså at det foreligger «*a financial contribution*» - altså et økonomisk bidrag fra stat eller offentlig myndighet. Dette var et stort diskusjonstema ved forhandlingene til subsidieavtalen.<sup>5</sup> Ved å innta kravet om økonomisk bidrag forsikret man seg om at ikke alle statlige tiltak som gir en fordel, utgjør en subsidie. Ved forhandlingene til subsidieavtalen var dette et viktig punkt å få igjennom for mange av medlemslandene. Blant annet uttalte Canada at «[a] basic condition for countervailability of a given measure should be the existence of a financial contribution by a government», mens EU-landene uttalte at «Subsidies in international trade exist only when a financial charge has been incurred by a government or administrative authority on behalf of a beneficiary».<sup>6</sup> I tillegg til slike økonomiske bidrag kan man tenke seg mer praktiske og formelle bidrag fra staten. Med mindre slike bidrag også utgjør et økonomisk bidrag, skal disse altså ikke regnes som subsidier under subsidieavtalen art. 1.1.

I Subsidieavtalen art 1.1.(a)(1) finnes en liste over hva som kvalifiserer til et økonomisk bidrag. Denne listen er uttømmende, men det er likevel ingen tvil om at konseptet «økonomisk

---

<sup>5</sup> *US – Export Restraints (2001)* – Panel rapport avsnitt 8.65

<sup>6</sup> *Ibid.* fotnote 155

bidrag» strekker seg relativt langt.<sup>7</sup> Som Appellate Body (ankedomstolen i WTOs domsapparat - heretter forkortet *AB*) har uttalt: «[a] wide range of transactions falls within the meaning of "financial contribution"». <sup>8</sup> I den følgende seksjonen vil jeg først gi en kort redegjørelse for hva som ligger i begrepet «stat eller offentlig organ», deretter vil jeg ta for meg alle de alternative formene for økonomisk bidrag som listes opp i subsidieavtalen art. 1.1(a)(1) (i) – (iv).

### **3.2 Art. 1.1(a)(1)(i) – direkte overføring av midler:**

#### **3.2.1 «direct transfer of funds»**

Ifølge subsidieavtalen art 1.1.(a)(1)(i) foreligger det et økonomisk bidrag dersom «a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (e.g. loan guarantees)».

Hva som ligger i uttrykket «*direct transfer of funds*» har blitt tolket av *AB* bl.a. i saken *Japan – DRAMs (Korea) (2007)*. *AB* var uenig med Koreas påstand om at uttrykket «funds» kun inkluderer penger og kom til at også «financial recourses and other financial claims more generally» dekkes av uttrykket.<sup>9</sup> Videre konkluderte *AB* med at oppstillingen «grants, loans and equity infusion» ikke er en uttømmende liste, men illustrerende eksempler.<sup>10</sup> Tilfeller som faller utenfor denne oppramsingen kan dermed også kvalifisere som en *direkte overføring av midler*. Som et eksempel på dette nevner *AB* unnskyldning av gjeld.<sup>11</sup> Ut ifra dette synes det nærliggende at det avgjørende momentet i hvorvidt det foreligger en overføring av midler eller ikke, er hvorvidt mottakerne blir sittende igjen med økonomisk verdi som de ellers ville vært foruten.

I *Japan – DRAMs (Korea)* hadde Korea også argumentert for at modifisering av pengekrav som offentlig myndighet har ovenfor private parter, ikke kan regnes som et økonomisk bidrag. Panelet i saken var ikke enig i Koreas påstand. De kom til at ved modifisering av et lån opp-

---

<sup>7</sup> Van Den Bossche/Zdouc (2013) s. 751

<sup>8</sup> *US - Softwood Lumber IV* avsnitt 52

<sup>9</sup> *Japan – DRAMs (Korea) (2007)*. Appellate Body rapport avsnitt 250

<sup>10</sup> *Ibid.* avsnitt 251

<sup>11</sup> *Ibid.*



står nye rettigheter og plikter. Selv om ingen nye midler blir overført, kan en slik modifisering dermed utgjøre et økonomisk bidrag.<sup>12</sup> AB støttet også Panelets konklusjon.<sup>13</sup>

Ifølge ordlyden i art 1.1(a)(1)(i) må det ikke nødvendigvis foreligge en fullbyrdet overføring av midler for at det skal utgjøre et økonomisk bidrag. Art. 1.1.(a)(1)(i) dekker også «potential direct transfer of funds or liabilities». Ergo kvalifiserer det som et økonomisk bidrag også ved en potensiell fremtidig overføring av midler.<sup>14</sup> Som et eksempel på dette nevner art. 1.1(a)(1)(i) lånegarantier. I slike tilfeller er det ikke bare slik at et økonomisk bidrag vil foreligge selv om en faktisk overføring ikke ennå har funnet sted, det vil faktisk også foreligge et økonomisk bidrag selv om det er mest sannsynlig at en slik overføring ikke kommer til å skje. Det er tilstrekkelig at det er en *mulighet* for fremtidig overføring av midler. Dette er en god illustrasjon på hvor vidt begrepet «økonomisk bidrag» stekker seg.

Ett av eksemplene på en direkte overføring av midler som ramses opp i art. 1.1(a)(1) er lån. Her reiser det seg interessant spørsmål: foreligger det en direkte overføring av midler – og dermed et økonomisk bidrag – kun dersom et lån gis til mer gunstige vilkår enn man kunne fått i det åpne marked, eller foreligger det også en direkte overføring av midler dersom et lån gis til ordinære markedsvilkår? Spørsmålet har ikke vært oppe for WTOs domsapparat. Ordlyden i art 1.1(a)(1) er imidlertid rimelig klar: den begrenser seg ikke til lån som er mer gunstige enn markedspris. En direkte tolkning av ordlyden tilsier altså at alle lån skal omfattes, uansett hvor gunstige eller lite gunstige de til syvende og sist er for mottakeren. Et slikt tolkningsresultat synes også å støttes av reelle hensyn. Lån gitt av offentlige myndigheter til ordinærere markedsvilkår gir mottakeren en økonomisk fordel. Mottakeren blir satt i en posisjon hvor de lettere kan konkurrere, på tross av at pengene etter hvert må tilbakebetales med renter. Slike lån faller dermed inn under hensikten med å gi en subsidie. Dersom man hadde valgt å ikke kalle dette et økonomisk bidrag, ville det resultert i et stort smutthull i subsidieavtalen.

Et annet spørsmål som reier seg når man snakker om direkte overføring av midler, er om det finnes noe krav til størrelsen på beløpet for at det skal kvalifisere som et økonomisk bidrag. Sagt med andre ord: vil ubetydelige småbeløp bli regnet som et økonomisk bidrag? Etter ordlyden i art. 1.1(a)(1)(i) å dømme, finnes ikke noe krav til beløpsstørrelse. Det mest logiske svaret er nok også at et slikt størrelseskrav ikke finnes. Selv om det er snakk om et de minimis

---

<sup>12</sup> Ibid. Panel rapport, avsnitt 7.441 – 7.442

<sup>13</sup> Ibid. Appellate Body rapport, avsnitt 252

<sup>14</sup> Van Den Bossche/Zdouc (2013) s. 752

bidrag, vil man nok utvilsomt stå ovenfor et økonomisk bidrag. Et slikt bidrag vil imidlertid neppe bli regnet som en subsidie, fordi det ikke vil oppfylle fordelskravet i art. 1.1(b).

Ifølge ordlyden i art. 1.1(a)(1)(i) må en direkte overføring av midler være en del av «a government practice» for å kunne regnes som et økonomisk bidrag. To mulige tolkninger kan tenkes av dette kravet. Det første alternativet er at uttrykket «government practice» hentyder at en overføring av midler har blitt gjennomført som en del av en stats myndighetsutøvelse. Det andre alternativet er at begrepet «government practice» simpelthen er ment å gjenspeile at overføringen må ha kommet fra offentlige myndigheter, uten at det nødvendigvis må ha blitt gjort som en del av deres myndighetsutøvelse. I saken *Korea – Commercial Vessels* argumenterte Korea for at det første alternativet er den korrekte tolkningen.<sup>15</sup> Denne tolkningen er vel også den som ligger nærmest ordlyden i art. 1.1(a)(1)(i). Panelet i *Korea – Commercial Vessels* var ikke enige i Koreas tolkning, og mente at det andre tolkningsalternativet er det korrekte. Panelet uttalte: «[a]rticle 1.1(a)(1) states in relevant part that the term "government" refers to both "government" and "public body". Since the phrase "government practice" in Article 1.1(a)(1)(i) therefore refers to the practice of both governments and public bodies, the practice at issue need not necessarily be purely "governmental" in the narrow sense advocated by Korea».<sup>16</sup> Panelet konkluderte altså med en bredere tolkning som omfatter alle overføringer av midler fra stat og offentlig myndighet, uavhengig av om overføringen er en del av statlig myndighetsutøvelse. Dette tolkningsresultatet er klart mer fornuftig enn det alternativet Korea argumenterte for. Skulle man lagt til grunn den løsningen Korea argumenterte for, ville det blitt langt lettere å omgå subsidieavtalens art. 1.1(a)(1)(i).

### 3.2.2 oppsummering

Som vi har sett bli begrepet «direct transfer of funds» tolket relativt bredt. Art. 1.1(a)(1)(i) omfatter ikke bare rene pengeverdier, men også andre former for finansielle ressurser. I tillegg kan modifisering av eksisterende lån i visse tilfeller bli regnet som en direkte overføring av midler. Videre trenger det ikke å foreligge en fullbyrdet overføring av midler for at det skal oppfyllet vilkåret i art. 1.1(a)(1)(i), også potensielle fremtidige overføringer kan kvalifisere som økonomiske bidrag. Til slutt er det på det rene at enhver overføring fra stat eller offentlig myndighet er egnet til å kvalifisere som et økonomisk bidrag, uavhengig av om det har blitt gjort som del av statlig myndighetsutøvelse eller ikke. Samlet sett synes det som om det fin-

---

<sup>15</sup> *Korea – Commercial Vessels*. Panel rapport, avsnitt 7.26

<sup>16</sup> *Ibid.* Avsnitt 7.28

nes temmelig klare retningslinjer for hva som kan utgjøre en direkte overføring av midler. Likevel synes det like klart at hvorvidt en slik overføring har funnet sted, i første rekke må avgjøres ut ifra faktum i den enkelte sak.

### **3.3 Art. 1.1(a)(1)(ii) – skatteinntekter som ikke betales**

#### **3.3.1 Begrepene «foregone» og «otherwise due»**

Det andre punktet i den uttømmende listen av økonomiske bidrag er hvor «government revenue that is otherwise due is foregone or not collected», jfr. art. 1.1(a)(1)(ii). Det innebærer altså et økonomisk bidrag dersom staten gir avkall på skatter og avgifter som egentlig skulle vært innbetalt. Det som må tolkes under dette alternativet er hva som ligger i begrepene «foregone» og «otherwise due». Av mer praktiske problemstillinger, er det særlig ett spørsmål som reiser seg: hvilken adgang har myndighetene i hver enkelt stat til å skreddersy sitt skattesystem for å omgå art. 1.1(a)(1)(ii)?

En tolkning av uttrykkene «otherwise due» og «foregone» ble foretatt av AB i saken *US-FSC (2000)*. AB konkluderte her med at «the word "foregone" suggests that the government has given up an entitlement to raise revenue that it could "otherwise" have raised. This cannot, however, be an entitlement in the abstract, because governments, in theory, could tax all revenues». <sup>17</sup> Med andre ord må det kunne etableres en konkret sum som myndighetene i utgangspunktet skulle fått innbetalt, men som de velger å gi unnlattelse for. Dermed må det foretas en konkret sammenligning av de skattene som faktisk blir innbetalt og det som i utgangspunktet skulle vært innbetalt. Dersom man gjennom denne sammenligningen kommer til at de innbetalte skattene ikke er tilstrekkelig til å dekke det som skulle vært innbetalt, foreligger et økonomisk bidrag.

For å foreta en slik sammenligning må man nødvendigvis kunne etablere nøyaktig summen som skulle vært innbetalt til myndighetene. For å gjøre dette må man ha et beregningsgrunnlag å ta utgangspunkt i. Man kan for eksempel tenke seg at man tar utgangspunktet i gjennomsnittsskatningen i alle WTO-medlemslandene. De fleste ville nok imidlertid vært enig i at dette ville vært en svært uheldig løsning. AB i den nevnte saken *US-FSC (2000)*, var enig

---

<sup>17</sup> *US – FSC (2000)*. Appellate Body rapport avsnitt 90

med Panelet om at basisen for en slik sammenligning må være de interne skattereglene til det saksøkte medlemslandet.<sup>18</sup> Dette må nok sies å være den eneste fornuftige løsningen. Det er enhver stats prerogativ å etablere det skattesystemet de selv mener er ønskelig, og det ville virke imot denne retten dersom beregningen av hva som har blitt «foregone» under art. 1.1(a)(1)(ii), ikke skulle tatt utgangspunkt i skattesystemet i det aktuelle landet.

En interessant problemstilling som knytter seg til begrepet «foregone», er i hvilken grad *utsettelse* av skatteinnbetaling utgjør en subsidie. Det er på det rene at det foreligger et økonomisk bidrag i de tilfellene hvor skatter ikke blir betalt i det hele tatt, men hva med de tilfelle hvor staten gir utsettelse på innbetalingen? Er en skatteinnbetaling «foregone» dersom den blir utsatt? Det er ikke mulig å gi noe generelt svar på spørsmålet. En god veiledning får vi imidlertid i vedlegg 1.e) til subsidieavtalen.<sup>19</sup> Subsidieavtalens vedlegg 1 gir en illustrativ liste over tiltak som kvalifiserer som eksportsubsidier. I vedlegg 1.e) går det klart frem at utsettelse av skatter normalt skal regnes som en subsidie. Her må det imidlertid gjøres en presisering: i henhold til fotnote 59 under vedlegg 1.e) behøver ikke nødvendigvis enhver utsettelse av skatter å innebære et økonomisk bidrag. Som eksempel nevnes at de tilfellene hvor det innkreves passende renter på den utsatte innbetalingen, ikke nødvendigvis utgjør en subsidie. Utsettelse av skatteinnbetaling *kan* altså utgjøre et økonomisk bidrag. Hvorvidt så er tilfellet vil måtte avgjøres ut ifra de konkrete fakta i hver enkelt sak. Foruten nivået av renter som blir innkrevet ved en slik utsettelse, vil nok tidsperioden for utsettelsen være et viktig tema ved vurderingen av hvorvidt utsettelsen kvalifiserer som et økonomisk bidrag eller ikke. Det er naturligvis langt mindre nærliggende å kalle det et økonomisk bidrag dersom det blir gitt utsettelse for et par uker, enn dersom det blir gitt utsettelse for et år.

Når det gjelder uttrykket «otherwise due» hadde Panelet i *US-FSC (2000)* anvendt en «foruten»-test. Testen gikk ut på at for å etablere hva som var «otherwise due», måtte det foretas en sammenligning av den foreliggende situasjonen og den situasjonen som ville foreligget «foruten» det aktuelle tiltaket. AB støttet Panelets bruk av denne testen i den aktuelle saken, men uttalte samtidig at en slik test ikke alltid vil være velegnet. AB mente at man generelt må reservere seg mot å erstatte traktatens ordlyd med slike standardtester. Mer spesifikt fant også AB at det ville være mulig å omgå en slik test ved å etablere et «tax regime under which there would be no general rule that applied formally to the revenues in question, absent the conte-

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Subsidieavtalen, vedlegg 1.e)

sted measures».<sup>20</sup> Med andre ord mente AB at Panelets «foruten»-test kan egne seg godt i visse tilfeller, men at den endelige tolkningen av hva som er «otherwise due» må avgjøres ut ifra de konkrete fakta i den enkelte sak.

### 3.3.2 Adgangen til å omgå art. 1.1(a)(1)(ii) ved å skreddersy et skattesystem

Et interessant spørsmål som reiser seg under art. 1.1(a)(1)(ii) er spørsmålet om adgangen for hver enkelt stat til å omgå subsidieavtalen ved å designe et skattesystem spesifikt for dette formålet. Spørsmålet er viktig fordi det som utgjør et økonomisk bidrag under art. 1.1(a)(1)(ii) er at det blir gjort et unntak fra en skatterettslig hovedregel: kun der det blir gjort unntak fra en skatterettslig hovedregel vil noe være «otherwise due».

Et eksempel på dette temaet ser man hvis man sammenligner de Europeiske landenes skattesystemer med USAs. Det er et velkjent faktum at man under USAs skatteregime har høyere inntektsskatt og lavere skatter på produkter, mens det under de Europeiske landenes skattesystemer er lavere inntektsskatt og høyere skatter på produkter. Dette fører til at det er mindre gunstig for USA å handle varer fra Europa enn vice versa. Dermed kan man si at de Europeiske stater teknisk sett har gitt et økonomisk bidrag til produsenter i sine respektive land.

Ved å skreddersy et skattesystem kan stater altså *de facto* gi økonomiske bidrag uten at disse faller inn under art. 1.1(a)(1)(ii). Spørsmålet er så om dette tillatt under subsidieavtalen? Svaret er ja. Ovenfor ble det nevnt at ved vurderingen av hva som er «otherwise due» og «foregone», har AB kommet til at man alltid skal basere seg på skatteregimet til det aktuelle medlemslandet. Ved å gjøre dette åpner man automatisk åpner man muligheten for stater til å skreddersy sine skattesystemer med det formål å omgå reglene i Subsidieavtalen art. 1.1(a)(1)(ii). Dette har stater også fullt ut rett til. Det er enhver stats prerogativ å etablere sitt eget skattesystem slik de selv ønsker. Dette er en følge av suverenitetsprinsippet, som er en av grunnstenene i folkeretten.

### 3.3.3 Unntaket i subsidieavtalens fotnote 1

Art. 1.1(a)(1)(ii) inneholder også en fotnote som fremsetter et unntak. Kort fortalt går unntaket ut på at unnlattelse av avgifter og skatter på eksporterte produkter, ikke skal regnes som en subsidie når disse skattene og avgiftene bæres av lignende produkter ment for innenlandskonsum. For å ta et eksempel: dersom Norske myndigheter gir skatteunnlattelse på laks som skal eksporteres til andre land, er det i utgangspunktet å regne som et økonomisk bidrag til

---

<sup>20</sup> *US-FSC (2000)*. Appellate Body rapport avsnitt 91

norske lakseprodusenter. Dette skal imidlertid ikke regnes som et økonomisk bidrag dersom det også innføres høyere skatter på laks som skal konsumeres i Norge, forutsatt at disse skattene er i stand til å veie opp for skatteunntatelsene som blir gitt på den eksporterte laksen.

Man kan naturligvis spørre seg om det er mulig å tolke dette unntaket analogisk slik at det også tillater å gi unntatelse for skatter og avgifter for varer som blir *importert*, dersom dette dekkes opp for av skatter og avgifter på andre varer. Det er imidlertid på det rene at unntaket i fotnote 1 ikke kan tolkes på denne måten. I saken *Canada – Autos* forsøkte Canada å støtte sin argumentasjon nettopp på en slik tolkning. Om dette sa AB: « We do not share Canada's view. Footnote 1 [...] deals with duty and tax exemptions or remissions for *exported* products. The measure at issue applies, in contrast, to *imports* of motor vehicles which are sold for consumption in Canada. For this reason, we do not consider that footnote 1 bears upon the import duty exemption at issue in this case». <sup>21</sup>

### 3.3.4 Oppsummering

Som vi har sett er det den enkelte stats interne skatteregime som må legges til grunn nå man skal vurdere om det har blitt gitt slike skatteunntak som art. 1.1(a)(1)(ii) omhandler. Det som skaper et økonomisk bidrag under dette punktet er altså at det har blitt gjort et unntak fra de interne skatteregler i det saksøkte medlemslandet. En følge av dette er at det åpnes for enhver stat å etablere et skattesystem som gjør at man de facto kan gi økonomiske bidrag, uten at det innebærer et brudd på art. 1.1(a)(1)(ii). Slik skal det også være, da stater som følge av suverenitetsprinsippet skal så fritt til å kunne anvende de interne skatterettslige regler de selv måtte ønske.

### 3.4 Art. 1.1(a)(1)(iii) – Stat eller offentlig myndighet leverer varer eller yter tjenester, eller kjøper varer

Videre foreligger et økonomisk bidrag når «a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods» - jfr. Subsidieavtalen art. 1.1(a)(1)(iii). Fra ordlyden ser man at det fremsettes to alternativer under art. 1.1(a)(1)(iii): for det første er det et økonomisk bidrag hvor stat eller offentlig myndighet *tilbyr varer eller tjenester*. Slike transaksjoner har potensiale til å senke produksjonskostnader for mottakeren. For det andre er det et økonomisk bidrag hvor stat eller offentlig myndighet *kjøper varer*. Disse tilfellene har

---

<sup>21</sup> *Canada – Autos*. Appellate Body rapport avsnitt 92

potensiale til å øke salgssinntekter.<sup>22</sup> Jeg vil i det følgende ta for meg disse alternative hver for seg.

### 3.4.1 Stat eller offentlig myndighet tilbyr varer eller yter tjenester

Når det gjelder det første alternativet – altså hvor statlig myndighet tilbyr varer eller tjenester, med unntak av generell infrastruktur – er det fire tolknings spørsmål som reier seg: (1) hva ligger i at staten *tilbyr eller yter* noe, (2) hva ligger i begrepet *varer*, (3) hva ligger begrepet *tjenester* og (4) hva ligger i begrepet *generell infrastruktur*?

#### 3.4.1.1 Begrepene «tilbyr» og «yter»

Noen få forskjellige tolkninger av begrepet «provides» (på norsk oversatt til «tilbyr» (for varer) og «yter» (for tjenester)) kan tenkes. En viktig og interessant problemstilling er om det ligger i «provides» at en vare eller tjeneste må tilbys uten at det gis noe vederlag tilbake, eller om det også kan foreligge «provision» dersom det blir ytet en motytelse. Dersom staten tilbyr en privat aktør en vare til halvparten av markedspris, foreligger det da «provision of goods»? Den andre store problemstillingen som melder seg når man snakker om begrepet «provides» er hvilken språklig forståelse som skal danne grunnlaget for tolkningen, og hvilke andre momenter som spiller inn når man i den konkrete sak skal avgjøre om det foreligger «provision».

Man kan få god veiledning på tolkningen av begrepet «provides» i en serie saker som kalles *US – Softwood Lumber*-sakene. I disse sakene hadde lokale Canadiske myndigheter opprettet et program som ga Canadiske tømmerhuggere gratis tilgang på stående tømmer. USA mente at dette var en subsidie i form av «provision of goods» og innførte derfor utjevningstiltak, hvorpå Canada reiste sak mot USA.

I *US – Softwood Lumber III (2002)* kom Panelet til at Canadiske myndigheter hadde tilbudt varer fordi «crown timber is being *supplied* to the tenure holders» (min utheving).<sup>23</sup> Panelet mente altså at det foreligger «provision of goods» der varer har blitt «supplied». I begrepet «supplied» ligger at det ikke er tatt noen form for betaling for varene. At det foreligger «provision of goods» der varene har blitt «supplied» er dermed relativt åpenbart. Et mer interessant spørsmål er hvordan det stiller seg i det motsatte tilfellet, altså der mottakeren faktisk betaler for varen. Der mottakeren betaler full markedspris for varen eller tjenesten foreligger naturligvis ikke en subsidie. Men hva med de tilfellene hvor mottakeren betaler for varen eller

---

<sup>22</sup> *US – Softwood Lumber IV (2004)*. Appellate Body rapport avsnitt 53

<sup>23</sup> *US – Softwood Lumber III (2002)*, Panel rapport avsnitt 7.29

tjenesten, men til mer gunstige vilkår enn på det åpne marked? Her kan vi få god veiledning av å se på ordlyden i art 1.1: for at det skal foreligge en subsidie er det et grunnvilkår at det foreligger et økonomisk bidrag. Dersom staten tilbyr en vare til redusert pris, må altså prisavslaget være betydelig nok til å utgjøre et økonomisk bidrag for at det skal være snakk om «provision of goods or services», et de minimis prisavslag vil neppe bli regnet som «provision of goods or services». Nøyaktig hvor man skal trekke grensen mellom hva som i disse tilfellene vil utgjøre en subsidie og ikke, er nærmest umulig å si noe generelt om. Vurderingen må heller gjøres på bakgrunn av en skjønnsvurdering i den konkrete sak.

To år etter Panelets avgjørelse i *US – Softwood Lumber III* fikk man noe mer veiledning på hvordan «provides» bør tolkes, gjennom ABs rapport i *US – softwood Lumber IV (2004)*. Flere mulige tolkningsalternativer ble her foreslått. USA mente at «provides» bør tolkes som «supply or furnish for use; make available».<sup>24</sup> Motparten Canada foreslo en langt snevrere definisjon, nemlig at «provides» «should be limited to the supplying or giving of goods or services».<sup>25</sup> I tillegg merket AB seg at en tredje mulig tolking kunne være «to put at the disposal of».<sup>26</sup> Til syvende og sist valgte AB å ikke uttale seg om hvilken av de foreslåtte tolkningene de anså som mest korrekt, da de anså dette for å være irrelevant for den konkrete sakens utfall. AB ga imidlertid et par generelle uttalelser som kan gi en god pekepinn på hvordan begrepet «provides» bør tolkes. Som jeg kommer tilbake til nedenfor har også AB i senere tid brukt ett av de her foreslåtte tolkningsalternativene som grunnlag for tolkingen av begrepet «provides».

Den første av ABs uttalelser fra *US – Softwood Lumber IV*, som er av interesse er at det – for å foreligge «provision of goods or services» - må være «a reasonably proximate relationship between the action of the government providing the good or service on the one hand, and the use or enjoyment of the good or service by the recipient on the other».<sup>27</sup> For at et tiltak skal kunne falle inn under det første alternativet i art 1.1(a)(1)(iii) av subsidieavtalen, gjelder altså et krav til en viss nærhet mellom det aktuelle tiltaket og den nytten mottakeren får ut av det. Nøyaktig hvor man skal trekke grensen mellom hva som er et tilstrekkelig «proximate relat-

---

<sup>24</sup> *US – Softwood Lumber IV (2004)*, Appellate Body rapport avsnitt 69

<sup>25</sup> *Ibid.* avsnitt 70

<sup>26</sup> *Ibid.* avsnitt 69

<sup>27</sup> *Ibid.* avsnitt 71



ionship» og ikke, sa imidlertid AB ingenting om. Uttalelsen gir således en viss pekepinn, men uten å gi noen detaljert veiledning på hva som ligger i uttrykket «provides».

Videre uttalte AB at «[w]hat matters for determining the existence of a subsidy is whether all elements of the subsidy definition are fulfilled as a result of the transaction [...]».<sup>28</sup> AB sier her at det avgjørende punktet når man avgjør om staten har tilbudt eller ytet noe, er om staten har iverksatt et tiltak som har en *årsakssammenheng* med at de øvrige elementene i definisjonen av en subsidie har blitt oppfylt. Sagt med andre ord må statens tilbud/ytelse *føre til* at mottakeren sitter igjen med en økonomisk verdi som gir en fordel.

I forlengelsen av dette kan man spørre seg hvor nær denne årsakssammenhengen må være for at man skal kunne tale om en subsidie. Dersom staten iverksetter et tiltak, som ikke direkte gir noen en økonomisk verdi, men som indirekte fører til at noen blir sittende igjen med verdier som de ellers ikke ville hatt, kan man da tale om «provision of goods or services»? Spørsmålet har ikke vært oppe for WTOs domsapparat. Noen autoritativ uttalelse om slike tilfeller finnes altså ikke. Hvis man tar utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av begrepet «provides», synes det nok i utgangspunktet som om slike tilfeller ikke vil omfattes av ordlyden: i slike tilfeller vil vel de færreste si at staten har *tilbudt* eller *ytet* noe til en mottaker. Om man lar dette være det endelige svaret på problemet, skaper man imidlertid et nytt problem: man vil da åpne for muligheten for myndighetene til omgå art. 1.1(a)(1)(iii) ved å skreddersy tiltak på en slik måte at de ikke direkte gir noen en økonomisk verdi, men indirekte fører til det samme resultatet. En mulig løsning på problemet kan derfor være å si at de tilfellene hvor noen får en vare eller tjeneste som en indirekte følge av et statlig tiltak, *skal* regnes som «provision of goods or services» dersom dette har vært en *tilsiktet* del av statens tiltak, men *skal ikke* regnes som «provision of goods or services» dersom det bærer preg av rene tilfeldigheter.

Den siste av ABs uttalelser i *US – Softwood Lumber IV* som er av interesse er uttalelsen om at «a government must have some control over the availability of a specific thing being "made available"» for at det skal kunne være snakk om «provision of goods or services».<sup>29</sup> Dette er egentlig helt logisk. For at man skal kunne si at staten tilbyr eller yter noe, må det selvfølgelig være snakk om noe som staten har en viss kontroll over. Hvis det er snakk om varer eller tjenester som private aktører - uten problemer og ekstra kostnad - kan tilegne seg uavhengig

---

<sup>28</sup> Ibid. avsnitt 73

<sup>29</sup> Ibid. avsnitt 71

av staten, kan man neppe tale om «provision» fra statens side. I slike tilfeller er det simpelthen ikke opp til staten å gi det økonomiske bidraget, og slike tilfeller faller dermed åpenbart utenfor Subsidieavtalens rekkevidde.

ABs konklusjon i *US – Softwood Lumber IV* ble at det forelå et økonomisk bidrag i form av statlig tilbud av varer.<sup>30</sup> AB kom til at Canadiske myndigheters tiltak om å gi hogstretter *resulterte* i at mottakerne satt igjen med en vare – tømmeret – og at dette medførte at varen hadde blitt «provided». Til syvende og sist var det altså *årsakssammenhengen* mellom myndighetenes tiltak og den økonomiske verdi som mottakeren satt igjen med, som ble avgjørende for ABs tolkning i denne saken.

Et siste spørsmål som *US – softwood Lumber*-sakene kan gi god veiledning på er spørsmålet om stat eller offentlig myndighet må ha tatt eierskap i en vare før de gir den bort, for at det skal være snakk om «provision». For å omformulere spørsmålet litt: må det – for å være et økonomisk bidrag – stilles krav til at myndighetene først tar besittelse av en vare for så å gi den videre til en privat aktør, eller er det også et økonomisk bidrag når myndighetene gir tilgang til en vare som de selv aldri har vært i besittelse av? Spørsmålet ble ikke direkte adressert i *US – Softwood Lumber*-sakene, men utfallet av sakene gir likevel en god pekepinn. I disse sakene hadde ikke Canadiske myndigheter tatt eierskap eller besittelse over det tømmeret de ga hogstretter til. I stedet informerte de simpelthen canadiske tømmerhuggere om at tømmeret var der og at det var fritt frem for å hugge det. Noen vil kanskje argumentere for at myndighetene umulig kan «provide» en vare som de selv ikke er i besittelse av. Som vi ser, kom imidlertid AB i *US – Softwood Lumber*-sakene til den motsatte løsningen. Det faktum at myndighetene hadde gitt tømmerhuggere *tilgang* til tømmeret var i seg selv nok til å kvalifisere som et økonomisk bidrag. Etter gjeldende rett stilles det altså ikke et krav til at myndighetene på forhånd må ha tatt eierskap eller besittelse i en vare for at det skal være snakk om «provision».

Når man snakker om uttrykket «provides» bør man også nevne saken *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft (2011)*. I saken hadde lokale myndigheter i Hamburg bygget infrastruktur på en tomt som ble leid ut til flyprodusenten Airbus. Panelet i saken hadde konkludert med at byggingen av infrastruktur utgjorde «provision of goods or services». AB kom imidlertid til at Panelet hadde feiltolket uttrykket «provide» og at det i dette tilfellet forelå

---

<sup>30</sup> Ibid. avsnitt 167. a)

«creation» - ikke «provision» - av infrastruktur. AB mente at selve byggingen av infrastrukturen ikke stred mot art. 1.1(a)(1)(iii), med mindre noe også faktisk ble «provided». Siden Airbus hadde *betalt* for tilgangen til tomten og infrastrukturen gjennom en leieavtale forelå det her ikke «provision» i henhold til art. 1.1(a)(1)(iii).<sup>31</sup> Det skal imidlertid sies at AB anerkjente at «creation» av et gode eller en tjeneste, kan være relevant når man vurderer om det foreligger «provision». AB uttalte: «While government action concerning the creation of a good or service may not be relevant if that good or service is not ultimately provided to a recipient, we do not understand on what basis such actions would necessarily be excluded in assessing what has been provided»<sup>32</sup>. Selv om AB var bestemt på at «creation» og «provision» må holdes fraskilt, mente de altså at «creation» kan være relevant for vurderingen av hva som har blitt «provided». ABs argumentasjon i saken kan kanskje virke noe uklar, men poenget i saken – slik jeg forstår det – var vel at Airbus til syvende og sist ikke satt igjen med noen økonomisk verdi som de ikke ville hatt foruten myndighetenes tiltak. Sagt med andre forelå ikke noe subsidieelement i transaksjonen. Tross alt betalte Airbus leie for å bruke tomten og infrastrukturen. Man kan dermed vanskelig argumentere for at det forelå noe økonomisk bidrag. (Det bør bemerkes at art 1.1(a)(1)(iii) i subsidieavtalen fremsetter et unntak for generell infrastruktur, hvilket denne saken omhandler. Jeg vil komme tilbake til dette nedenfor).

For øvrig kan det nevnes at AB i *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)* i sin tolkning av begrepet «provides», tok utgangspunkt i den naturlige språklige forståelsen av begrepet. I henhold til The Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) art. 31 er det nettopp en slik naturlig språklig forståelse som skal danne grunnlaget for tolking av traktattekster. Det interessante er at AB her la til grunn at den naturlige språklige forståelsen av begrepet «provides» er «to supply or furnish for use; make available»<sup>33</sup> - altså et av tolkningsalternativene som ble foreslått i den overnevnte saken *US – softwood Lumber IV (2004)*. Som nevnt ovenfor anså ikke AB i *US – softwood Lumber IV (2004)* det relevant for saken å velge blant de foreslåtte tolkningene. Imidlertid har altså AB i etterkant valgt å bruke et av disse tolkningsalternativene som basis for tolkningen av begrepet «provides».

Som vi ser kan det være vanskelig å gi en generell uttalelse om hva som ligger i begrepet «provides»: hvorvidt noe har blitt tilbudt eller ytet må avgjøres ut ifra de konkrete fakta i hver

---

<sup>31</sup> *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)*, Appellate Body rapport avsnitt 966

<sup>32</sup> Ibid. Avsnitt 965

<sup>33</sup> Ibid. Avsnitt 963

enkelt sak. Likevel har man etter hvert fått noen gode holdepunkter å bygge tolkningen på. Utgangspunktet for tolkningen vil alltid være den naturlige språklige forståelsen av begrepet «provides», som nå altså anses å være «to supply or furnish for use; make available». Videre vil det som regel foreligge «provision» dersom statlig myndighet iverksetter et tiltak som den har en viss *kontroll over*, og dette *fører til* at de øvrige elementene i definisjonen av en subsidie blir oppfylt, og det er en viss *nærhet* mellom tiltaket og den nytten mottakeren får ut av det.

### 3.4.1.2 Begrepene varer og tjenester

#### 3.4.1.2.1 Skillet mellom varer og tjenester

Før man går inn i tolkingen av begrepene varer og tjenester er det naturlig å si noen ord om skillet mellom de to begrepene. For det første kan man spørre seg om det i det hele tatt er nødvendig å trekke en grense mellom begrepene «varer» og «tjenester». Når det gjelder første alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii), altså hvor stat eller offentlig myndighet tilbyr eller yter varer og tjenester, spiller det for så vidt liten rolle om man velger å tolke et tiltak som en vare eller en tjeneste. Siden dette alternativet omfatter begge begrepene, vil det ikke få betydning for utfallet av en sak om man velger å tolke et tiltak som en vare eller en tjeneste. Når gjelder annet alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii), altså hvor stat eller offentlig myndighet kjøper varer, kan imidlertid dette by på et problem, ettersom at dette alternativet kun regulerer offentlig anskaffelse av varer, og ikke av tjenester. I saker hvor det er dette alternativet som er aktuelt, vil det altså være behov for å trekke en viss grense mellom de to begrepene.

Spørsmålet videre blir da hvordan og på hvilke kriterier denne grensen skal trekkes. Dette er et spørsmål som er vanskelig å besvare på generelt grunnlag. Under art 1.1(a)(1)(iii) er det definitivt en flyende grense mellom begrepet «tjenester» og begrepet «varer». Som et eksempel kan nevnes tilførsel av elektrisitet. Som jeg vil komme tilbake til nedenfor, kom Panelet i *Canada – Renewable Energy (2013)* til at elektrisitet skal subsumeres under alternativet «vare» under art. 1.1(a)(1)(iii). Enkelte har imidlertid argumentert for at elektrisitet mer naturlig faller inn under begrepet «tjenester».<sup>34</sup> Tar man utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av begrepet «tjenester», vil vel også de fleste være enig i at tilførsel av elektrisitet vil falle meget naturlig under definisjonen av «tjenester». I relasjon til art 1.1(a)(1)(iii) er det altså

---

<sup>34</sup> Lee (2016) s. 622

ingen klar grense mellom «varer» og «tjenester», og av rettspraksis kan det altså synes som om det er en viss tilbøyelighet til å tolke begrepet «varer» utvidende på bekostning av begrepet «tjenester». Å si noe generelt om hva som skal falle inn under begrepet «varer» og hva som skal falle inn under begrepet «tjenester» er derfor meget vanskelig. Om noe skal tolkes som en vare eller en tjeneste må dermed avgjøres i den konkrete sak, og vil nok i mange tilfeller bero på en ren skjønnsvurdering.

Siden det aldri har vært reist en sak for WTOs domsapparat som knytter seg til begrepet «tjenester», er det lite å si om dette begrepet. Den videre fremstillingen vil derfor være fokusert på begrepet «varer».

#### 3.4.1.2.2 Begrepet «varer»

Begrepet «varer» byr på flere utfordrende problemstillinger. Et helt grunnleggende spørsmål er om en gjenstand må ha en økonomisk verdi for å være en vare under art. 1.1(a)(1)(iii), og i så fall, for hvem må varen ha en økonomisk verdi? Et annet spørsmål er om en vare må være håndgripelig for å omfattes av subsidieavtalen: kan for eksempel en rettighet være en vare? Og hvordan stiller det seg i relasjon til mobilitet? Må en gjenstand være flyttbar for å være en vare under subsidieavtalen, eller kan for eksempel solid fjell også være en vare?

For å starte med det mest åpenbare: når gjelder spørsmålet om hva som utgjør en vare, er det et helt grunnleggende krav at den eventuelle varen må ha en økonomisk verdi. Uten økonomisk verdi kan det ikke foreligge et «økonomisk bidrag» i tråd med ordlyden i art 1.1(a)(1). At det må foreligge en økonomisk verdi for at noe skal kvalifisere som en vare, er dermed helt på det rene. Dette har også blitt understreket av WTO-domstolene. For eksempel uttalte AB i *US – Softwood Lumber IV (2004)* at «[a]n evaluation of the existence of a financial contribution involves consideration of the nature of the transaction through which something of *economic value* is transferred by a government» (min utheving).<sup>35</sup>

I forlengelsen av dette reiser det seg imidlertid et noe vanskeligere spørsmål: for *hvem* må varen ha økonomisk verdi? Er det et krav at varen må utgjøre en økonomisk verdi for den konkrete mottakeren, eller er det tilstrekkelig å etablere at varen har en objektiv markedsverdi? Og i motsatt tilfelle: hva om varen ikke har en markedsverdi, men likevel representerer en positiv økonomisk virkning for mottakeren? For å besvare dette spørsmålet kan man få god veiledning av å se nærmere på Subsidieavtalens formål. Et av Subsidieavtalens hovedformål

---

<sup>35</sup> *US – Softwood Lumber IV (2004)*, Appellate Body rapport avsnitt 52

er å pålegge mottiltak på subsidier som forvrenger internasjonal handel.<sup>36</sup> På bakgrunn av dette synes det mest nærliggende å si at det er ikke er tilstrekkelig at en vare kun har en markedsverdi, dersom den ikke også har en økonomisk verdi for den aktuelle mottakeren: dersom varen ikke gir mottakeren en positiv økonomisk virkning, er ikke tiltaket egnet å *forvreng* *internasjonal handel*. Dermed faller det utenfor Subsidieavtalens formål å regulere et slikt tiltak. Samtidig kan man si at det ikke er et krav at det foreligger en objektiv markedsverdi: dersom en vare objektivt sett er verdiløs, men likevel gir mottakeren en positiv økonomisk virkning, kan det være tilstrekkelig til å forvreng internasjonal handel. Som et utgangspunkt kan man dermed si at det er varens verdi for den aktuelle mottakeren som er avgjørende for om den skal omfattes av art. 1.1(a)(1)(iii). Dette er imidlertid kun et utgangspunkt. En konkret vurdering må nødvendigvis gjøres i hver enkelt sak, og det avgjørende punktet er om statens tiltak er egent til å *forvreng internasjonal handel* eller ikke.

Et annet spørsmål som knytter seg til en vares økonomiske verdi, er om den økonomiske verdien faktisk må komme mottakeren til gode. Sagt på en annen måte: dersom staten gir en privat aktør en vare som har en markedsverdi og som vil representere en økonomisk virkning for den aktuelle mottakeren, men varen blir ødelagt før mottakeren får brukt den eller mottakeren velger å ikke bruke varen, kan man da si at det foreligger en subsidie? Ser man hen til det som ble sagt om Subsidieavtalens formål i forrige avsnitt, kan det nok virke nærliggende å si at tilfeller hvor den økonomiske verdien ikke kommer til realisasjon, ikke er egnet å *forvreng internasjonal handel*, og at slike tilfeller derfor ikke kan utgjøre et økonomisk bidrag. For å føre et motargument mot dette synspunktet: det foreligger en ganske betydelig forskjell mellom de tilfellene som ble omtalt i forrige avsnitt og de tilfelle det her er snakk om: i de av tilfellene nevnt ovenfor hvor man etter en helhetsvurdering kommer til at det ikke foreligger en økonomisk verdi som kvalifiserer som et økonomisk bidrag, vil en slik økonomisk verdi heller ikke ha foreligget på tilbudstidspunktet. I de tilfellene det her er snakk om, vil det imidlertid alltid foreligge en økonomisk verdi på det tidspunktet varen blir tilbudt. Dermed kan nok argumentere for at det i disse tilfellene foreligger tilbud av en vare med økonomisk verdi. Hvordan man velger å klassifisere disse tilfellene spiller nok til syvende og sist ingen rolle, da det uansett ikke vil kunne bli aktuelt å føre utjevningstiltak eller reise sak mot slike tiltak. Én løsning kan være å klassifisere slike tiltak som et økonomisk bidrag som bortfaller. En annen løsning kan være å klassifisere det som et økonomisk bidrag som ikke oppfyller fordelskravet

---

<sup>36</sup> *Brazil – Aircraft (2001)*, Panel rapport avsnitt 7.26

i Subsidieavtalens art. 1.1(b). Som nevnt har imidlertid neppe klassifiseringen noen praktisk betydning.

Et annet interessant spørsmål angående begrepet «varer», er hvordan begrepet stiller seg til ikke-flyttbare gjenstander. Kan for eksempel solid fjell være en vare? Dette var et aktuelt tema i saken *US – Softwood Lumber IV (2004)*, som også ble nevnt ovenfor. Saken dreide seg om at Canadiske myndigheter hadde gitt Canadiske tømmerhuggere tilgang til stående tømmer. USA mente at dette utgjorde en subsidie og innførte utjevningstiltak for å motvirke det Canadiske tiltaket. Et springende punkt i saken var hvorvidt stående tømmer utgjør en vare under subsidieavtalen art. 1.1(a)(1)(iii). AB var ikke i tvil om at tømmer utgjør en vare etter at det er felt. Når det gjaldt stående tømmer var imidlertid ikke løsningen like innlysende. Etter å ha vurdert ordlyden i art. 1.1(a)(1)(iii), både på engelsk og andre språk, i tillegg til subsidieavtalens formål, kom til slutt AB til at stående trær er en vare i henhold til art 1.1(a)(1)(iii). AB adopterte altså i denne saken en relativt bred tolkning av begrepet varer som også omfatter ikke-flyttbare gjenstander.

I tillegg til å fastslå at «varer» kan være ikke-flyttbare gjenstander, kan man argumentere for at *US – Softwood Lumber IV* gir en liten pekepinn på et annet spørsmål som kanskje er enda mer interessant: nemlig om *uhøstede naturressurser* kan være varer under art 1.1(a)(1)(iii). Siden stående trær per definisjon er en uhøstet naturressurs, kan det være nærliggende å tenke at også andre former for uhøstede naturressurser skal regnes som varer. AB ga imidlertid ingen uttalelser på hvorvidt uhøstede naturressurser generelt bør omfattes av begrepet «varer». Det er derfor vanskelig å si noe om hvorvidt andre uhøstede naturressurser – som f.eks. vannkraft – også skal regnes som en vare under art 1.1(a)(1)(iii). Det eneste man med sikkerhet kan si angående dette spørsmålet, er at dommen i alle fall ikke *utelukker* at uhøstede naturressurser kan være varer under Subsidieavtalen art 1.1(a)(1)(iii). Hvorvidt en uhøstet naturressurs skal regnes som en vare vil nødvendigvis måtte avgjøres ut ifra en helhetsvurdering i den enkelte sak.

Et annet spennende tolkningsspørsmål når det gjelder begrepet «varer» under art 1.1(a)(1)(iii), er hvordan man skal tolke ikke-håndgripelige handelsvarer, som for eksempel elektrisitet og patenter. En naturlig språklig forståelse av begrepet «vare» vil nok for de fleste – rent intuitivt – inneholde et krav om håndgripelighet, og riktignok vil nok gjenstander som har både økonomisk verdig og håndgripelighet – nærmest uten unntak – bli regnet som en vare under subsidieavtalen art 1.1(a)(1)(iii). Det er imidlertid ikke helt fjernt å også la visse ikke-

håndgripelige varer falle inn under begrepet «varer». Lenge så det imidlertid ut til at ikke-håndgripelige handelsvarer *ikke* skulle tolkes som «varer». I *US – Softwood Lumber*-sakene fokuserte domsapparatet på tilgangen til stående tømmer som den håndgripelige varen tømmeret ville utgjøre, fremfor å se på det som en ikke-håndgripelig rett til tømmerhogst. I tillegg ble det i disse sakene ofte brukt formuleringer som «*tangible items*».<sup>37</sup> Dette førte til at enkelte fikk en forståelse av at ikke-håndgripelige handelsvarer ikke kan kvalifisere som en vare under art 1.1(a)(1)(iii).<sup>38</sup> Blant annet argumenterte Lauren Henschke i en artikkel fra 2012 for at patenter og såkalte *emissions permits* burde bli regnet som varer under art. 1.1(a)(1)(iii), samtidig som hun stilte tvil ved at dette ville vært tilfellet dersom spørsmålet hadde blitt aktuelt i en sak.<sup>39</sup> Rettspraksis fra WTO-domstolen som har kommet etter at Henschke publiserte sin artikkel, peker imidlertid i retning av at ikke-håndgripelige handelsvarer *kan* være varer under art 1.1(a)(1)(iii). AB i saken *Canada – Renewable Energy (2013)* støttet Panelets konklusjon om at elektrisitet var en vare under art 1.1(a)(1)(iii).<sup>40</sup> For å komme til sin konklusjon hadde Panelet særlig lagt vekt på at Canadiske myndigheter hadde *betalt for* elektrisiteten og til gjengjeld hadde tatt *besittelse* av elektrisiteten.<sup>41</sup> Panelet (og AB) mente altså at selv om elektrisitet ikke er håndgripelig, er det mulig å være i besittelse av den. Nøyaktig hva Panelet la i konseptet å være i besittelse av en vare, sies ikke noe om, men det synes nærliggende å tolke det dithen at man er i besittelse av en vare dersom man har råderett over den. Det synes dermed ut ifra denne dommen som at man ikke kan stille krav til håndgripelighet for at noe skal kvalifisere som en «vare», men at man heller må stille krav om en mulighet til å råde over varen.<sup>42</sup>

Selv om man kan trekke visse konklusjoner fra dommen i *Canada – Renewable Energy*, skal man imidlertid være forsiktig med å konstatere at alle uhåndgripelige handelsvarer er å regne for varer under art 1.1(a)(1)(iii). Dommen konstaterer simpelthen at det ikke er et krav at et produkt må være håndgripelig for å være en vare. Dette innebærer ikke nødvendigvis at for eksempel *emissions permits* vil bli regnet som varer dersom dette blir et tema i en sak. Når det

---

<sup>37</sup> Henschke (2012) s. 32

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid. s. 35

<sup>40</sup> *Canada – Renewable Energy (2013)*. Appellate Body rapport avsnitt 5.128

<sup>41</sup> Ibid. Panel rapport avsnitt 7.223 og 7.231

<sup>42</sup> Det bør nevnes at denne saken dreide seg om statlig *kjøp* av elektrisitet. Det var altså annet alternativ i art 1.1(a)(1)(iii) som var aktuelt i saken. Det er imidlertid ingenting som tyder på at begrepet «vare» skal tolkes forskjellig i første og annet alternativ av art 1.1(a)(1)(iii).



gjelder nettopp emissions permits, argumenterer Henschke i sin artikkel fra 2012 for at disse mest naturlig ville falle inn under begrepet «varer» under art. 1.1(a)(1)(iii).<sup>43</sup>

Det bør også nevnes at panelets tolking av elektrisitet som en vare - i *Canada – Renewable Energy* - har blitt kritisert. Enkelte mener at de karakteriske Panelet bruker for å beskrive elektrisitet, peker mer i retning av en tjeneste enn en vare.<sup>44</sup> Uansett er det ingen tvil om elektrisitet i dag – de lege lata – er å regne som en vare under WTO-regimet.

Når det gjelder spørsmålet om elektrisitet vil det i fremtiden også bli spennende å se hvordan WTO vil stille seg til subsidier rettet mot fornybar energi. Det var nettopp fornybar energi som var tema under den nevnte saken *Canada – Renewable Energy*. Enkelte har kritisert dommen for at den fastslår at statlig oppkjøp av fornybar energi er en subsidie, og har argumentert for at det bør inntas et unntak for subsidiering av fornybar energi.<sup>45</sup> Med økende global oppvarming, vil det bli interessant å se om et slikt unntak vil bli inntatt i Subsidieavtalen de neste årene, eller om WTOs domsapparat eventuelt vil endre sitt standpunkt når det kommer til subsidiering av fornybar energi.

For å gi en kort oppsummering: for at noe skal regnes som en vare under Subsidieavtalens art 1.1(a)(1)(iii) må det foreligge en økonomisk verdi. Hvis produktet i tillegg er håndgripelig, vil det være vanskelig å argumentere for at det ikke er en vare. Håndgripelighet kan imidlertid ikke sies å være et absolutt krav for at noe skal være en vare. Det er i stedet mer nærliggende å stille krav til muligheten til å råde over produktet. Det kan heller ikke stilles krav til at en gjenstand må være flyttbar for at det skal regnes som en vare under art.1.1(a)(1)(iii), for eksempel er det klart at uhøstede trær er varer.

#### 3.4.1.2.3 Begrepet «tjenester»

En naturlig språklig forståelse av begrepet «tjenester» er «a system that provides something that the public needs».<sup>46</sup> Å gi en mer dyptgående definisjon av begrepet tjenester i relasjon til Subsidieavtalen art 1.1(a)(1)(iii) er vanskelig, da det ikke har blitt reist noen saker for WTO-domstolene som knytter seg til dette.

---

<sup>43</sup> Henschke (2012) s. 32-39

<sup>44</sup> Lee (2016) s. 622

<sup>45</sup> Shadikhodjaev (2015)

<sup>46</sup> Oxford Advanced Learner's Dictionary, 7. utgave

### 3.4.1.3 «generell infrastruktur»

Som nevnt ovenfor fremsetter det første alternativet i art 1.1(a)(1)(iii) i subsidieavtalen et unntak: generell infrastruktur skal ifølge ordlyden ikke regnes som «goods or services». I *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)* foretok Panelet en tolkning av begrepet «general infrastructure». For begrepet «infrastruktur» anvendte Panelet følgende tolkning: «[d]ictionaries define the term “infrastructure” as, *inter alia*, “installations and services (power stations, sewers, roads, housing, etc.) regarded as the economic foundation of a country,” the “underlying foundation or basic framework (as of a system or organization),” and the “system of public works of a country, state, or region».<sup>47</sup> Hvorvidt det foreligger infrastruktur må avgjøres ut ifra faktum i hver enkelt sak. Selv om det naturlig nok finnes visse grensetilfeller, vil nok spørsmålet om det foreligger infrastruktur eller ikke, sjelden by på store tolkningsproblemer i konkrete saker.

Et mer interessant spørsmål er hva som ligger i at infrastruktur er *generell*. Panelet uttalte i denne sammenheng: «[i]f an evaluation of relevant facts [...] demonstrates that the infrastructure was provided to a single entity or a limited group of entities, then we believe it cannot properly be considered "general" infrastructure».<sup>48</sup> Det eksisterer altså ikke noen form for infrastruktur som i seg selv er generell. Det avgjørende for om infrastrukturen er generell eller ikke, er hvorvidt den er åpen for alle, eller om den kun blir tilbudt til én aktør eller en begrenset gruppe aktører. Sagt på en annen måte er infrastruktur generell dersom den kommer allmenheten til gode. Gode eksempler på infrastruktur som er generell er dermed veier, jernbane og kloakksystem. Panelet understreket at vurderingen av om infrastruktur er generell må gjøres på en *sak-til-sak basis*, og vurderingen må ta hensyn til «the existence or absence of *de jure* or *de facto* limitations on access or use, and any other factors that tend to demonstrate that the infrastructure was or was not provided to or for the use of only a single entity or a limited group of entities».<sup>49</sup>

Panelet i *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)* konkluderte til slutt med at infrastrukturen som var blitt tilbudt ikke var generell. Avgjørende vekt ble lagt på det

---

<sup>47</sup> *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)*. Panel rapport avsnitt 7.1036

<sup>48</sup> *Ibid.* avsnitt 7.1039

<sup>49</sup> *Ibid.*

faktum at prosjektet hadde blitt gjennomført med den hensikt at Airbus skulle kunne ekspandere sine eksisterende fasiliteter.<sup>50</sup>

Det må nevnes at AB i *EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)* ikke støttet Panelets anvendelse av unntaket i art. 1.1(a)(1)(iii). Grunnen til dette var at regelen kun omhandler «*provision*» av generell infrastruktur, mens det i denne saken dreide seg om «*creation*» av infrastruktur. AB mente derfor at unntaket i art. 1.1(a)(1)(iii) ikke kunne anvendes og valgte dermed å ikke uttale seg om begrepet «generell infrastruktur». Det finnes dermed i dag ikke noe prejudikat for hvordan «generell infrastruktur» skal tolkes. AB fremsatte imidlertid ingen kritikk mot Panelets tolkning av selve begrepet «generell infrastruktur». Det er derfor rimelig å anta at Panelets tolkning av begrepet vil gjøre seg gjeldene dersom tolkingsspørsmålet skulle komme opp i en ny sak.

### 3.4.2 Stat eller offentlig myndighet kjøper varer

Det andre alternativet i subsidieavtalen art. 1.1(a)(1)(iii) omhandler tilfeller der statlig myndighet *kjøper* varer. Når det gjelder uttrykket «varer», er det ingen grunn til å tro at dette skal tolkes annerledes enn under første alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii). Jeg viser derfor til drøftingen ovenfor når det gjelder begrepet «varer». Nedenfor vil jeg ta for meg begrepet «kjøper», deretter vil jeg ta for meg spørsmålet om *kjøp av tjenester*.

#### 3.4.2.1 Begrepet «kjøper»

Når man snakker om statlig kjøp av varer, er det et helt innlysende poeng at staten mottar en vare. AB i *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)* fremhevet dette som en av de viktigste forskjellene mellom første og annet alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii): mens første alternativ regulerer tilfeller hvor noe til tilbudt av stat eller offentlig myndighet, regulerer annet alternativ tilfeller hvor noe blir solgt til stat eller offentlig myndighet.<sup>51</sup>

Et mer interessant spørsmål i relasjon til uttrykket «kjøp av varer», er om det må stilles et krav til motytelse. Kan det foreligge statlig kjøp av varer, dersom stat eller offentlig organ mottar en vare uten å stille med en motytelse, eller dersom statens motytelse er av lavere verdi enn den aktuelle varen? Svaret er for så vidt temmelig innlysende. Dersom staten mottar en vare uten å yte en tilsvarende verdifull motytelse, vil ikke tilbydereren av varen ha mottatt noe økonomisk bidrag, dermed er det overordnede vilkåret i art. 1,1(a)(1) ikke oppfylt. Dette po-

---

<sup>50</sup> Ibid. avsnitt 7.1084

<sup>51</sup> *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)*. Appellate Body rapport avsnitt 619

enget ble også understreket av AB i *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)*. AB uttalte her at: «[t]he second sub-clause uses the term "purchase", which is usually understood to mean that the person or entity providing the goods will receive some consideration in return». <sup>52</sup> I begrepet «purchases» i annet alternativ ligger altså en forutsetning om at det skal ytes en form for motytelse.

#### 3.4.2.2 *Kjøp av tjenester*

En betydelig forskjell mellom første og annet alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii) er at annet alternativ omfatter kun goder, og ikke tjenester. Dette har ført til en diskusjon om hvorvidt tilfeller hvor stat eller offentlig myndighet *kjøper tjenester*, kan falle inn under subsidieavtalen art 1.1(a)(1)(i), som ble drøftet ovenfor. <sup>53</sup> Panelet i *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)* hadde kommet til at det faktum at begrepet «services» ikke er inntatt i annet alternativ i art. 1.1(a)(1)(iii), må forstås som at statlig kjøp av tjenester ikke er ment å utgjøre en subsidie, og at dette dermed heller ikke kan inntas i art. 1.1(a)(1)(i). <sup>54</sup> AB anså imidlertid ikke dette tolkningsspørsmålet for å være relevant for saken og valgte derfor å ikke foreta noen tolkning av dette. I tillegg uttalte AB at de anså Panelets tolkning for å være «moot and of no legal effect». <sup>55</sup> Dermed foreligger det per dags dato ingen autoritativ avgjørelse på hvorvidt statlig kjøp av tjenester kan omfattes av subsidieavtalen art 1.1(a)(1)(i). Likevel gir vel Panelets tolkningsresultat en viss pekepinn på hva tolkningsresultatet ville blitt dersom spørsmålet skulle bli aktuelt i en annen sak. De fleste vil vel også være enige i at Panelets konklusjon finner støtte både i en naturlig språklig forståelse av subsidieavtalens ordlyd og i reelle hensyn.

### 3.5 **Art. 1.1(a)(1)(iv) – betaling via en finansieringsordning og overlatelse av eller ordre om utførelse av oppgaver til en privat aktør**

Art. 1.1(a)(1)(iv) skiller seg fra underpunkt (i) til (iii) i art. 1.1(a)(1) ved at den ikke regulerer en egen form for økonomisk bidrag. Underpunkt (iv) regulerer i stedet de tilfeller hvor «a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii)». Altså regulerer underpunkt (iv) de tilfellene hvor en stat forsøker å gi et av de økonomiske bidragene som er regulert i underpunkt (i) til (iii), via en tredje part. I henhold til underpunkt (iv) skal også slike

---

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> Van den Bossche/Zdouc (2013) s. 755.

<sup>54</sup> *US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)*. Panel rapport avsnitt 7.969 – 7.970

<sup>55</sup> Ibid. Appellate Body rapport avsnitt 620

tilfeller regnes som et økonomisk bidrag. Uten en slik bestemmelse ville det vært svært enkelt for offentlige myndigheter å omgå bestemmelsene i underpunkt (i) til (iii). Art 1.1(a)(1)(iv) har derfor blitt karakterisert som en anti-omgåelsesklausul.<sup>56</sup>

### 3.5.1 «payment to a funding mechanism»

Alternativet «payment to a funding mechanism» regulerer de tilfeller hvor stat eller offentlig myndighet gir økonomiske midler til en betalingsordning, som igjen gir midlene videre til private aktører. Dette alternativet er nært knyttet til klausulen i art. 1.1(a)(1)(i). Mens art. 1.1(a)(1)(i) regulerer direkte overføring av midler, kan man si at dette alternativet i art. 1.1(a)(1)(iv) regulerer *indirekte* overføring av midler. I tolkningen av dette alternativet kan det dermed vises til drøftingen av art. 1.1(a)(1)(i) ovenfor, med den presisering at for å omfattes av art. 1.1(a)(1)(iv), må en overføring av midler være gjennomført via en tredjepart.

### 3.5.2 «entrustment or direction of a private body»

Det andre alternativet i art. 1.1(a)(1)(iv) dekker de tilfeller hvor stat eller offentlig myndighet «entrusts or directs a private body to carry out one or more of the functions illustrated in (i) to (iii) above». Som AB uttalte i saken *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs (2005)*, sikter begrepene «entrustment» og «direction» seg inn på de tilfellene hvor «seemingly private conduct may be attributable to a government».<sup>57</sup> Begrepene «entrustment» og «direction» gir kanskje ikke et førsteinntrykk av å by på særlige tolkningsproblemer. Ulike tolkninger av begrepene kan imidlertid tenkes, og begrepene har vært et av hovedtemaene i enkelte saker for WTO-domstolene.

I saken *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs (2005)* ble det gjort en detaljert tolkning av begrepene «entrustment» og «direction». Panelet i saken kom til et heller intetsigende tolkningsresultat. De mente at «entrustment» og «direction» foreligger hvor «[...] the action of the government [...] contain[s] a notion of delegation (in the case of entrustment) or command (in the case of direction)». Som AB noterte seg i sin rapport hadde Panelet I realiteten bare byttet ut begrepene «entrustment» og «direction» med to nye begreper - «delegation» og «command» - uten å gi noen ytterligere pekepinn på hva som faktisk ligger i noen av disse begrepene.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs (2005)*. Appellate Body rapport avsnitt 113

<sup>57</sup> *Ibid.* Avsnitt 108

<sup>58</sup> *Ibid.* Avsnitt 109

ABs tolkning var noe mer dyptgående og oppklarende. Når det gjelder begrepet «entrustment», mente AB at Panelet hadde landet på et for snevert tolkningsresultat da de kom til at «entrustment» tilsvarer delegasjon. De var enige i at delegasjon kan tilsvare «entrustment», men mente at «entrustment» også kan oppnås på andre måter enn gjennom delegasjon. AB kom derfor til at en mer passende tolkning av begrepet «entrustment» er *å gi ansvar* for å utføre en oppgave. AB uttalte: «In the context of paragraph (iv) of Article 1.1(a)(1), the government gives responsibility to a private body "to carry out" one of the types of functions listed in paragraphs (i) through (iii) of Article 1.1(a)(1)». <sup>59</sup> AB merket seg også at en slik tolkning hadde god støtte i uttrykkene brukt i de Spanske og Franske versjonene av Subsideavtalen. <sup>60</sup>

Når det gjelder begrepet «direction» merket AB seg at det finnes flere ulike definisjoner og at disse skiller seg fra hverandre på et relativt viktig punkt. Som AB skrev i sin rapport: «some of the definitions—such as "give authoritative instructions to" and "order (a person) to do"—suggest that the person or entity that "directs" has authority over the person or entity that is directed. In contrast, some of the other definitions—such as "inform or guide"—do not necessarily convey this sense of authority». <sup>61</sup> Noen av de mulige definisjonene bærer altså et klart preg av at det foreligger en autoritet, mens andre definisjoner ikke peker i denne retningen i det hele tatt. Videre uttalte AB: «[...] that the private body under paragraph (iv) is directed "to carry out" a function underscores the notion of authority that is included in some of the definitions of the term "direct"». <sup>62</sup> AB mente altså at bruken av uttrykket «carry out» i subsideavtalen art. 1.1(a)(1)(iv) preker i retning av at den offentlige myndighet må utøve sin autoritet ovenfor en privat part for at det skal kunne være snakk om «direction». AB konkluderte altså med at uttrykket «direction» i denne konteksten må tolkes som tilfeller hvor det offentlige utøver sin autoritet over en privat part. AB presiserte også at de var enige med Panelet om at «command» kan konstituere «direction», men at «direction» også kan fremtre på flere andre måter. Igjen mente altså AB at Panelet simpelthen hadde kommet til et tolkningsresultat som var for snevert.

---

<sup>59</sup> Ibid. Avsnitt 110

<sup>60</sup> Ibid. Fotnote 172

<sup>61</sup> Ibid. Avsnitt 111

<sup>62</sup> Ibid.

AB i *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs* fremhevet også at det ikke kan være snakk om «entrustment» eller «direction» med mindre det foreligger en påviselig sammenheng mellom stat eller offentlig myndighet og den aktuelle handling utført av en privat part.<sup>63</sup> At det må være en sammenheng mellom den aktuelle handling og offentlig myndighet er helt åpenbart. Det AB ønsker å fremheve er imidlertid at denne sammenhengen må være klart beviselig. AB valgte å ordlegge seg på denne måten: «[...] there must be a demonstrable link between the government and the conduct of the private body». Utrykket «*demonstrable link*» peker klart i retning av at det må kunne påvises med klar sannsynlighetsovervekt at den aktuelle handlingen til den private part, gjøres på vegne av stat eller offentlig myndighet.

AB i *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs* kom også frem til at det må være en viss aktivitet fra myndighetenes side for at det skal være snakk om «entrustment» eller «direction». AB uttalte i sin rapport: «[...] entrustment and direction—through the giving of responsibility to or exercise of authority over a private body—imply a more active role than mere acts of encouragement».<sup>64</sup> AB mente altså at det må være et visst nivå av aggressivitet i myndighetenes tilnærming ovenfor den private part for at det skal kunne kvalifisere som «entrustment» eller «direction». En simpel oppmuntring ovenfor en privat part til å handle på en spesifikk måte er altså ikke tilstrekkelig. Nøyaktig hvor grensen går mellom hva som kvalifiserer til «entrustment» og «direction», og hva som ikke gjør det, sa imidlertid ikke AB noe om i sin rapport.

Et annet spørsmål vi får svar på i *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs*, er hvorvidt det må foreligge en *hensikt* fra myndighetenes side for at det skal kunne være snakk om «entrustment» eller «direction». AB foretok ingen omfattende behandling av dette spørsmålet, men uttalte kort: «government "entrustment" or "direction" cannot be inadvertent or a mere by-product of governmental regulation».<sup>65</sup> Altså mente AB at «entrustment» og «direction» ikke kan oppstå som en tilfeldig følge av myndighetenes generelle maktutøvelse. Sagt med andre ord kan det kun være snakk om «entrustment» eller «direction» dersom myndighetene har hatt en *intensjon* om å oppnå et av tiltakene omtalt i art. 1.1(a)(1)(i) – (iii). Et slikt hensiktskrav støttes vel også av en naturlig språklig forståelse av uttrykkene «entrustment» og «direction».

---

<sup>63</sup> Ibid. Avsnitt 112

<sup>64</sup> Ibid. Avsnitt 114

<sup>65</sup> Ibid.

Som AB uttalte i oppsummeringen i sin rapport, vil nok de fleste tilfeller av «entrustment» og «direction» involvere en form for trussel eller tilskyndelse.<sup>66</sup> Det kan naturligvis ikke stilles noe krav til at en trussel eller tilskyndelse har funnet sted for å kunne stadfeste at det foreligger «entrustment» eller «direction». Som AB påpeker vil imidlertid dette kunne *bevise* at «entrustment» eller «direction» har funnet sted. Som vi har sett ovenfor stilles det visse krav til myndighetenes fremtreden for at det skal kunne stadfestes at det foreligger «entrustment» eller «direction», for eksempel må myndighetene ha utøvet sin autoritet ovenfor en privat part, og det må være et visst nivå av aggressivitet i deres tilnærming, for at det skal være snakk om «entrustment» eller «direction». Dersom det foreligger en trussel eller tilskyndelse fra myndighetenes side, vil det gå en lang vei i å påvise at disse kravene er oppfylt og at det dermed foreligger «entrustment» eller «direction».

Et spørsmål som ikke ble besvart i *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs*, er hvorvidt kommersiell urimelighet kan veie inn på vurderingen av om det foreligger «entrustment» eller «direction». Dette spørsmålet ble imidlertid besvart to år senere, i saken *Japan – DRAMs (Korea)*. Spørsmålet kan forklares med et eksempel: en offentlig myndighet instruerer en kreditor i det private marked til å gi et lån til en annen privat part. Den aktuelle kreditoren velger deretter å innvilge lånet, men til ordinære markedsvilkår.<sup>67</sup> Det foreligger med andre ord ingen kommersiell urimelighet. Foreligger det her «entrustment» eller «direction»? AB i *Japan – DRAMs (Korea)* uttalte: «[w]e recognize that the commercial unreasonableness of the financial transactions is a relevant factor in determining government entrustment or direction [...]. However, this does not mean that a finding of entrustment or direction can never be made unless it is established that the financial transactions were on noncommercial terms».<sup>68</sup> AB mente altså kommersiell urimelighet kan veie inn på vurderingen av om det foreligger «entrustment» eller «direction», men det er ikke nødvendigvis avgjørende for en slik vurdering. I relasjon til eksempelet ovenfor vil det faktum at lånet ble innvilget på markedsvilkår, altså at det ikke foreligger kommersiell urimelighet, trekke i retning av det ikke foreligger «entrustment» eller «direction» fra myndighetenes side, men man kan ikke uten videre konkludere med en slik slutning uten å se hen til sakens faktum for øvrig.

---

<sup>66</sup> Ibid. Avsnitt 116

<sup>67</sup> Eksempelet er hentet fra *Japan - DRAMs (Korea)*. Appellate Body rapport avsnitt 138

<sup>68</sup> *Japan - DRAMs (Korea)*. Appellate Body rapport avsnitt 138



### 3.5.3 Oppsummering

Som vi ser foreligger det en god del retningslinjer som kan anvendes i en vurdering av om det foreligger «entrustment» eller «direction». ABs tolkninger av disse begrepene må imidlertid kun sees som utgangspunkter. AB presiserte i sin rapport at det er vanskelig å gi en generell beskrivelse av hva som utgjør «entrustment» og «direction». AB understreket derfor at hvorvidt «entrustment» eller «direction» foreligger eller ikke, alltid vil måtte avgjøres i den enkelte sak ut ifra sakens faktum. AB har til og med gått så langt som å si at «in some circumstances, "guidance" by a government can constitute direction»<sup>69</sup>. AB mener altså at «direction» kan tenkes å foreligge der offentlig myndighet kun har gitt *veiledning*. Som det fremgår av forrige avsnitt hadde AB, tidligere i sin rapport, brukt nettopp veiledning som et eksempel på de tilfeller som ikke bærer preg av den bruk av autoritet som normalt må foreligge for at det skal være snakk om «direction». Den etterfølgende uttalelsen om at veiledning likevel kan tilsvare «direction», går altså stikk i strid med den konklusjonen AB egentlig hadde landet på. Dermed gjør AB det meget tydelig at de tolkningsresultatene de selv kom til, kun må sees på som veiledende utgangspunkter og ikke absolutte retningslinjer som må følges blindt. Hvorvidt «entrustment» eller «direction» foreligger eller ikke, må derfor alltid avgjøres ut ifra det konkrete faktum i hver enkelt sak.

## 4 Konklusjon

Fremstillingen ovenfor har gjort et dypdykk i tolkningen av begrepet økonomisk bidrag og vist at det er en rekke komplekse problemstillinger og vanskelige vurderinger som inngår i bedømmelsen av om et økonomisk bidrag foreligger. Som fremstillingen har vist, vil Subsidiavtalens ordlyd, kombinert med rettspraksis og artikler, som regel danne et grunnlag og gi en del generelle retningslinjer å bygge en tolkning på. Samtidig har det blitt gjort klart at å gi detaljerte retningslinjer for hvordan begrepet økonomisk bidrag skal tolkes på generell basis, ofte er umulig. Avhandlingen viser at WTOs domsapparat er meget forsiktige med å gi for detaljerte tolkninger utover det som er strengt nødvendig for den foreliggende sak, og at de ofte etterlater et visst rom for å avvike fra et prejudikat dersom faktum i en annen sak på noen måte stiller seg annerledes. AB går til og med ofte som langt som å presisere i sine rapporter at deres tolkningsresultat kun må sees på et utgangspunkt, og at en mer konkret tolkning alltid må gjøres på bakgrunn av den enkelte saks faktum. Hvorvidt det foreligger et økonomisk bi-

---

<sup>69</sup> US – *Countervailing Duty Investigation on DRAMs* (2005). Appellate Body rapport avsnitt 116

drag vil altså alltid måtte avgjøres ut ifra konkrete saksfakta og vurderingen vil i siste rekke ofte bero på en skjønnsvurdering.

Som en generell konklusjon kan vi si at begrepet «økonomisk bidrag» under WTO blir tolket meget bredt. Selve ordlyden i Subsideavtalen art 1.1(a)(1) dekker alle de største og mest aktuelle formene for økonomiske bidrag. I tillegg har WTOs domsapparat vist stor velvilje til å anvende seg av utvidende tolkning og la ordlyden også dekke tilfeller som umiddelbart ville synes å falle langt utenfor.

## Litteraturliste

### Bøker:

- Trebilcock, Michael, Robert Howse & Antonia Eliason. *The Regulation of International Trade*, 4. utgave. Oxon, UK: Routledge, 2013
- Van den Bossche, Peter & Werner Zdouc. *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3. utgave. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2013
- Stewart, Terence P. (editor). *The GATT Uruguay Round, a Negotiating History (1986-1992): Volume 1: Commentary*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993

### Ordbok:

- Oxford Advanced Learner's Dictionary. 7. utgave

### Artikler:

- Henschke, Lauren. *Going it alone on climate change: a new challenge to WTO subsidies disciplines: are subsidies in support of emissions reduction schemes permissible under the WTO*. World Trade Review, 2012, 11(1), 27-52
- Lee, Jaemin. *SCM Agreement revisited: climate change, renewable energy, and the SCM Agreement*. World Trade Review, 2016, 15(4), 613-644
- Shadikhodjaev, Sherzod. *Renewable energy and government support: time to "green" the SCM Agreement?*, World Trade Review, 2015, 14(3), 479-506

### Nettsider:

- [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/analytic\\_index\\_e/subsidies\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/subsidies_01_e.htm)

### Dommer:

Forkortet tittel	Full tittel
<i>US - Export Restraints (2001)</i>	United States - Measures Treating Export Restraints as Subsidies, 2001
<i>US - Softwood Lumber IV (2004)</i>	United States - Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada, 2004.
<i>Japan – DRAMs (Korea) (2007)</i>	Japan - Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea, 2007
<i>Korea – Commercial Vessels (2005)</i>	Korea - Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, 2005

<i>US – FSC (2000).</i>	United States - Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, 2000
<i>Canada – Autos</i>	Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry
<i>US – Softwood Lumber III (2002)</i>	United States - Preliminary Determinations with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada, 2002
<i>EC and certain member States – Large Civil Aircraft (2011)</i>	European Communities - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, 2011
<i>Brazil – Aircraft (2001)</i>	Brazil - Export Financing Programme for Aircraft, 2001
<i>Canada – Renewable Energy (2013)</i>	Canada - Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, 2013
<i>US – Large Civil Aircraft (2nd complaint) (2012)</i>	United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint, 2012
<i>US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs (2005)</i>	United States - Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMS) from Korea, 2005
<i>Japan - DRAMS (Korea) (2007)</i>	Japan — Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea, 2007