

# Kommersielle avtaler med det offentlige kan innebære ulovlig statsstøtte

Avtaler med det offentlige kan innebære ulovlig statsstøtte, med den konsekvens at avtalemotparten må tilbakeføre støtten med tillegg av renter. Private aktører kan i ytterste konsekvens bli møtt med påstander om ulovlig støtte i inntil ti år etter avtaletidspunktet. Aktører som handler med det offentlige, bør bidra til å sikre etterlevelse av statsstøtteregulverket og lagre relevant dokumentasjon i minimum ti år.



Advokat  
**Wenche Sædal**  
Partner Advokatfirmaet  
Thommessen



Advokat  
**Hanna Håberg**  
Senior Associate Advokatfirmaet  
Thommessen



Advokatfullmektig  
**Nina M. Havig Bredvold**  
Associate Advokatfirmaet  
Thommessen

## Statsstøtteregulverket

### En grense for det offentliges handlefrihet

Det offentlige står i utgangspunktet fritt til å inngå avtaler og andre økonomiske disposisjoner. Statsstøtteregulverket setter imidlertid enkelte begrensninger, jf. EØS-avtalen artikkel 61 (1).<sup>1</sup> Formålet med regelverket er å hindre at enkelte foretak eller næringer favoriseres fremfor andre. Målsettingen er å sikre like konkurransevilkår og et vel fungerende marked i EU/EØS.

Dersom en disposisjon innebærer statsstøtte, må støtten hjemles i et unntak. Statsstøtte som tildeles uten hjemmel i et unntak, er forbudt, og må tilbakebetales av mottakeren i sin helhet med tillegg av renter (tilbakeføringsplikten).

Statsstøtte kan forekomme på mange måter, for eksempel gjennom kommersielle avtaler hvor det offentlige har kjøpt til overpris eller solgt til underpris. Regelverket retter seg mot enhver som forvalter offentlige midler, herunder

både kommuner og fylkeskommuner, offentlige instanser og organer (f.eks. Innovasjon Norge), og offentlig eide og kontrollerte selskaper. Nedslagsfeltet til regelverket er med andre ord bredt, og konsekvensene av å trå feil store.

### Aktualitet

I januar 2023 trådte det i kraft en ny lov med saksbehandlingsregler for saker om støtte («støtteprosessloven»)<sup>2</sup>

De siste årene har det også generelt vært økt oppmerksomhet rundt statsstøtteregulverket, og særlig hvorvidt kommersielle avtaler med det offentlige innebærer ulovlig støtte. Et eksempel er Høyesteretts prinsipielle avgjørelse fra september 2023 i den såkalte Boligbygg-saken, der blant annet forholdet mellom kommersielle avtaler og ulovlig støtte ble berørt.<sup>3</sup>

Den økte bevisstheten rundt statsstøtteregulverket, sammen med ny støtte-

prosesslov, medfører økt risiko for tilbakeføringskrav. Selv om ansvaret for etterlevelse av statsstøtteregulverket ligger hos det offentlige, bør derfor private aktører som inngår avtaler med det offentlige aktivt tilvirke at regelverket overholdes, og medvirke til at relevant informasjon tilknyttet avtalen lagres. Dette vil bidra til at eventuelle fremtidige spørsmål om hvorvidt det foreligger ulovlig støtte, raskt vil kunne avklares.

### Forbudet mot statsstøtte

Statsstøtteregulverket er i sin kjerne et forbud mot alle økonomiske disposisjoner som faller inn under EØS-avtalen artikkel 61 (1), og som dermed anses som statsstøtte. Av bestemmelsen fremgår det at:

«[...] støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, [skal] være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene.»

1 EØS-avtalen artikkel 61 er gjennomført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsråd (EØS) m.v. ("EØS-loven").

2 Støtteprosessloven lov 4. mars 2022 nr. 7 om nasjonale saksbehandlingsregler i saker om offentlig støtte ("støtteprosessloven").

3 Høyesteretts avgjørelse HR-2023-1807-A ("Boligbygg-saken").

Artikkel 61 (1) oppstiller seks vilkår som alle må være oppfylt for at det skal foreligge statsstøtte. Dersom ett vilkår ikke er oppfylt, vil det ikke foreligge støtte og disposisjonen går dermed klar av regelverket. For kommersielle avtaler er det sentrale vilkåret *fordelskriteriet*.

### Fordelskriteriet

Fordelskriteriet er oppfylt dersom mottakeren oppnår en økonomisk fordel. Kriteriet er tolket vidt i EU/EØS-praksis, og omfatter enhver fordel som klart ikke kunne vært oppnådd under alminnelige markedsmessige vilkår.<sup>4</sup> Eksempler på slike fordeler er tilskudd og subsidier, salg til underpris eller kjøp til overpris, samt lån eller garantier på ikke-markedsmessige vilkår.

### Markedsaktørprinsippet

Offentlige aktører står fritt til å eie og drive kommersiell aktivitet på lik linje med private aktører såfremt det skjer på markedsmessige vilkår (markedsaktørprinsippet). Prinsippet er et direkte utslag av statsstøtteregelverkets formål om å sikre like konkurransevilkår, og gjør seg gjeldende hver gang det offentlige opptrer i markedet.

Markedsaktørprinsippet innebærer i korte trekk at det offentlige må opptre slik en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat aktør ville ha opptrådt under lignende omstendigheter i markedet. Det offentliges avtaler må altså være på markedsmessige vilkår, herunder i tråd med vilkår som markedet for øvrig ville akseptert.

Etterlevelse av markedsaktørprinsippet forutsetter normalt at det offentlige (i) vurderer (benchmarker) disposisjonen opp mot sammenlignbare disposisjoner i markedet og (ii) dokumenterer at transaksjonen vil være markedsmessig.

Såfremt markedsaktørprinsippet er overholdt, foreligger det ingen fordel for mottakeren – og dermed ikke statsstøtte.

## Konsekvenser av ulovlig støtte

### Tilbakeføringsplikten

Det er aktører som forvalter offentlige midler som er ansvarlige for at statsstøtteregelverket overholdes. De praktiske konsekvensene av at det oppstår ulovlig støtte er likevel størst for mottakeren. For slike tilfeller fastsetter nemlig støtteprosessloven § 12 en gjensidig plikt for støttegiver til å tilbakekreve, og for støttemottaker til å tilbakeføre den ulovlige støtten i sin helhet, inkludert renter.<sup>5</sup> Formålet med tilbakeføringsplikten er å sikre at konkurransefordelen tilbakeføres, slik at den opprinnelige konkurranse situasjonen gjenopprettes.

### Håndheving

Krav om tilbakeføring etter støtteprosessloven følger som utgangspunkt forvaltningslovens saksbehandlingsregler. Støttegiver må fremme krav om tilbakeføring ved enkeltvedtak innen *tre år* etter at støtten ble tildelt.<sup>6</sup> I utgangspunktet foreldes også krav om tilbakeføring i tråd med foreldelseslovens bestemmelser.<sup>7</sup>

ESA har imidlertid adgang til å fatte vedtak om tilbakeføring i inntil *ti år* etter tildeling.<sup>8</sup> I ytterste konsekvens kan derfor en støttemottaker risikere at ulovlig statsstøtte, i form av for eksempel et salg til det offentlige til overpris, kan kreves tilbakeført i inntil ti år regnet fra «tildelingstidspunktet», dvs. tidspunktet da den offentlige aktøren forpliktet seg til å gi den aktuelle ytelsen ved et ubetinget og rettslig bindende tilsagn.<sup>9</sup>

### Norske kommuner benytter tiårsfristen til ESA

ESAs forlengede frist for å gripe inn har ført til to tilfeller hvor norske kommuner har klaget seg selv inn til ESA for å ha tildelt ulovlig statsstøtte.

I 2014 solgte Lørenskog kommune en tomt til en privat eiendomsutvikler. Ved en forglemmelse ble faktura for salget først sendt til kjøperen fire år etter salget. Kjøperen møtte fakturaen med anførsel om at kravet var foreldet. Kommunen valgte derfor å klage seg selv inn til ESA med påstand om ulovlig statsstøtte.<sup>10</sup>

Tilsvarende klagde Indre Fosen kommune årsskiftet 2022/2023 seg selv inn til ESA med påstand om at et salg av en næringseiendom innebar ulovlig støtte til den private motparten (salg til underpris). Også denne saken ble sendt til ESA etter at treårsfristen var utløpt.

Sakene er i skrivende stund til behandling hos ESA og ESA har foreløpig ikke konkludert med hvorvidt avtalene innebærer ulovlig støtte.

Trenden med at norske støttegivere klager seg selv inn for ESA er ny og verdt å merke seg for alle som handler med det offentlige.

### Tilbakeføringskrav påvirker ikke nødvendigvis gyldigheten av avtalen

Et tilbakeføringskrav påvirker ikke nødvendigvis gyldigheten av avtalen. Dette ble nylig stadfestet av Høyesterett i Boligbygg-saken (2023). Saken gjaldt i korte trekk spørsmål om Oslo kommunes kjøp av bygården Grønnegata i 2016 var gjort til overpris, og om den angivelige overprisen innebar ulovlig statsstøtte til den private selgeren som måtte tilbakebetales. Høyesterett kom derimot til at vedtaket om tilbakeføring var ugyldig og måtte oppheves. Deretter fastsatte Høyesterett i en obiter dictum-uttalelse at:<sup>11</sup> «[...] det etter min mening klart at ulovlig støtte i form av overpris etter § 5 kan pålegges tilbakeført uten at dette umiddelbart får følger for kontraktsforpliktelsene [...].

5 Støtteprosessloven § 12 (1).

6 Støtteprosessloven § 14.

7 Støtteprosessloven § 13.

8 Det er ESA som er ansvarlig for å føre tilsyn med at Norge og de andre EFTA-landene overholder sine forpliktelser overfor EU, inkludert statsstøtteregelverket.

9 HR-2023-1807-A avsnitt 60.

10 Saken er siden klagen utvidet til å omfatte spørsmålet om også nivået på kjøpesummen, og ikke bare den manglende innbetalingen av denne, innebar ulovlig statsstøtte.

11 Obiter dictum er uttalelser i en rettsavgjørelse som ikke er nødvendig for begrunnelsen av domsresultatet i den konkrete saken.

4 Se for eksempel Boligbygg-saken avsnitt 56.



*De praktiske konsekvensene av ulovlig støtte er størst for mottakeren som må tilbakeføre den ulovlige støtten i sin helhet, inkludert renter.*

«Jeg føyer til at en støttemottaker som pålegges å tilbakeføre det ulovlige støtteelementet, må kunne gjøre gjeldende i en egen sak at kontraktsforpliktelsene er endret som følge av tilbakeføringsplikten [...]»<sup>12</sup>

Det er altså ingen automatikk i at et tilbakeføringskrav påvirker gyldigheten av avtalen for øvrig, selv om kravet forrykker balansen i avtalen som den private parten opprinnelig forpliktet seg til. Dersom tilbakeføringskravet skal ha konsekvenser for avtalen for øvrig, er det nødvendig for den private parten å ta ut sak, og å sannsynliggjøre at tilbakeføringskravet for eksempel medfører avtalerettslig ugyldighet.

I ytterste konsekvens kan altså en privat aktør risikere å måtte tilbakebetale støttebeløpet med tillegg av renter, for så å bli sittende igjen med en bindende og langt mindre balansert avtale enn det som var forutsatt på avtaletidspunktet. Også dette bør private aktører som handler med det offentlige være bevisst.

### Tilbakeføringskrav kan overdras i transaksjoner

Krav om tilbakeføring av ulovlig statsstøtte kan overdras gjennom oppkjøp og fusjoner. Nasjonale støttegivere eller ESA kan på nærmere vilkår rette tilbakeføringskrav mot den nye eieren av (hele eller deler av) et foretak som har mottatt ulovlig støtte. Forutsetningen er økonomisk kontinuitet mellom targettselskapet (direkte støttemottaker) og kjøper (mulig indirekte støttemottaker). Private aktører bør derfor være bevisst risikoen for tilbakeføringskrav også når de gjennomfører transaksjoner, og for eksempel stille spørsmål ved dette i selskapsgjennomgangen.

### Markedsaktørprinsippet i praksis Avtaler med det offentlige må inngås og praktiseres på markedsmessige vilkår

Kommersielle avtaler med det offentlige må inngås på markedsmessige vilkår for at det ikke skal oppstå risiko for ulovlig statsstøtte.

alminnelige markedsmessige betingelser ellers for at det ikke skal oppstå risiko for ulovlig statsstøtte. Et nylig eksempel på dette, er å finne i ESAs avgjørelse i den såkalte Evinysaken. Her fremholdt i korte trekk ESA at Bergen kommune hadde overkompensert Evinys drift og vedlikehold av gatelys i Bergen. I den forbindelse, la ESA avgjørende vekt på at avtalen – som i utgangspunktet var markedsmessig – angivelig ikke var praktisert etter sitt innhold, før ESA konkluderte med at det forelå ulovlig statsstøtte.<sup>13</sup> ESAs avgjørelse ble imidlertid ikke opprettholdt av EFTA-domstolen, som konkluderte med at det ikke forelå overkompensasjon og dermed ikke ulovlig statsstøtte.<sup>14</sup>

I forlengelse av det ovennevnte, må endelig etterfølgende endringer i avtaler med det offentlige være på markedsmessige vilkår for at det ikke skal oppstå risiko for ulovlig støtte.

<sup>13</sup> Vi gjør oppmerksom på at ESAs avgjørelse ble opphevet ved EFTA-domstolens avgjørelse datert 21. mars 2024 som følge av at beviskravet ikke var oppfylt.

<sup>14</sup> Sak E-10/22 Evinys.

<sup>12</sup> HR-2023-1807-A avsnitt 88-89.

Videre må også avtalen praktiseres i henhold til sitt innhold eller på linje med

## Det offentlige som kjøper eller selger

Avtaler om kjøp og salg foregår normalt i velfungerende markeder. I slike tilfeller lar markedspris seg ofte enkelt fastslå ved å se hen til sammenlignbare transaksjoner.

Det faktum at det gjennomføres forhandlinger, er derimot ikke tilstrekkelig i seg selv til å konstatere at en salgsspris er markedsmessig. I henhold til markedsaktørprinsippet, er det i stedet avgjørende om en sammenlignbar, rasjonell og profitorientert privat aktør ville akseptert den aktuelle avtalen.

Innkjøp fra det offentliges side foregår normalt gjennom konkurranseprosess etter anskaffelsesregelverket. Avtaler inngått etter en slik konkurranseprosess vil som hovedregel være på markedsmessige vilkår.

Ved kjøp og salg av eiendom bør det gjennomføres en åpen budrunde eller innhentes uavhengige verdilurderinger, fortrinnsvis fra flere eksperter. I den grad det skal fastsettes en pris som avviker fra innhentede vurderinger, må dette eventuelt kunne begrunnes særskilt ut fra forretningsmessige hensyn.

## Det offentlige som investor/eier

Statsstøtteregelverket og markedsaktørprinsippet settes også på spissen i tilfeller hvor det offentlige opptrer som investor. Utgangspunktet er her som ellers at det offentlige kan investere i virksomheter under normale markedsmessige vilkår.

Det avgjørende er at det offentliges potensielle investering vurderes som lønnsom nok til at en privat investor ville investert sin kapital på samme vilkår. Det gjelder derimot ingen plikt for det offentlige til å investere på den mest lønnsomme måten som er tilgjengelig.

I vurderingen av om en investering vil være markedsmessig, må det offentlige blant annet se hen til utsiktene til avkastning og utbytte, og om forventet fremtidig kontantstrøm vil overstige kapitaltilførselen. For det tilfelle at det offentlige velger å gjøre en investering,

må det offentlige forvalte sin investering slik en privat aktør ville gjort, for eksempel ved å kreve utbytte.

Avkall på avkastning eller utbytte kan utgjøre ulovlig statsstøtte for virksomheten som helt eller delvis eies av det offentlige, med mindre praksisen kan begrunnes ut ifra forretningsmessige hensyn som en privat investor ville lagt til grunn under lignende omstendigheter.

## Det offentlige som långiver eller garantist

De samme prinsippene gjelder for det offentlige som långiver og garantist. Det offentlig har i utgangspunktet frihet til å gi lån og garantier forutsatt at dette skjer på markedsmessige vilkår.

Markedsmessigheten til et lån vurderes ut ifra vilkårene som pålegges låntageren, og om låntager kunne oppnådd tilsvarende vilkår fra en finansieringsinstitusjon i markedet. Det offentlige må derfor vurdere rentenivået og krav til sikkerhetsstillelse opp mot risiko for betalingsvikt. ESA fastsetter årlig en referanserente som angir hva som anses å være markedsmessig for lån med normal risiko.<sup>15</sup>

ESA har utarbeidet egne retningslinjer for vurderingen av om garantier er markedsmessige. Retningslinjene oppstiller en rekke vilkår for å vurdere om en garanti er gitt på markedsmessige vilkår, inkludert om garantipremien tilsvarer markedspris. En garanti fra det offentlige kan være markedsmessig selv om kravene i retningslinjene ikke er oppfylt, men dette krever i tilfelle en konkret vurdering opp mot statsstøtteregelverket.

## Oppsummering

### Det er risiko for ulovlig støtte i kommersielle avtaler

Som det fremgår av denne artikkelen, er det en risiko for at kommersielle avtaler med det offentlige kan innebære ulovlig statsstøtte. Et grunnleggende vilkår for at det skal foreligge slik ulovlig støtte, er at avtalen må gi den private aktøren

en økonomisk fordel som mottakeren «klart» ikke ville oppnådd under alminnelige markedsmessige betingelser.

Mottakere av ulovlig statsstøtte er etter støtteprosessloven forpliktet til å tilbakeføre det ulovlige støtteelementet i en kommersiell avtale, for eksempel differansen mellom markedspris og overprisen betalt av det offentlige. Som Høyesterett stadfester i Boligbygg-saken, er det heller ingen automatikk i at et tilbakeføringskrav påvirker gyldigheten av avtalen for øvrig, selv om kravet forrykker balansen i avtalen som den private parten opprinnelig forpliktet seg til.

### Private aktører bør bidra til etterlevelse av regelverket

I kjølvannet av den økte oppmerksomheten rundt statsstøtteregelverket de senere årene, bør alle som handler med det offentlige, aktivt medvirke til at regelverket overholdes, og at relevant informasjon tilknyttet avtalen lagres. Dette vil bidra til at eventuelle fremtidige spørsmål om hvorvidt det foreligger ulovlig støtte, raskt vil kunne avklares.

### Dokumentasjon bør lagres i ti år

ESA kan i ytterste konsekvens iverksette undersøkelser av en angivelig ulovlig støtte i inntil ti år regnet fra «tildelingstidspunktet», dvs. tidspunktet da den offentlige aktøren forpliktet seg til å gi den aktuelle ytelsen ved et ubetinget og rettslig bindende tilsagn.<sup>16</sup> Relevant dokumentasjon bør derfor lagres i minimum ti år fra det opprinnelige avtaletidspunktet eller tidspunktet for en senere endring av avtalen.<sup>17</sup>

På dette punktet skiller altså implikasjonene av statsstøtteregelverket seg fra for eksempel bokføringsregelverket.

Hovedregelen etter bokføringsregelverket er at regnskapsmateriale skal oppbevares i fem år etter regnskapsårets slutt.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> HR-2023-1807-A avsnitt 60.

<sup>17</sup> Slik relevant dokumentasjon kan være eksempler på lignende transaksjoner på lignende betingelser mellom private aktører, markedsdata som prisstatistikk, verdilurderinger og kommersielle vurderinger mv.

<sup>18</sup> Lov 19. november 2004 nr. 73 om bokføring (bokføringsloven).

<sup>15</sup> Referanserenten er tilgjengelig på ESAs hjemmesider.