



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Den regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften og EØS-avtalens regler om statsstøtte

En rettsdogmatisk og rettspolitisk vurdering av EFTAs overvåkningsorgans statsstøtterettslige kontroll av den regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften.

Stig Eidissen

Avhandling levert for graden Philosophie Doctor, oktober 2019

INNHALDSFORTEGNELSE

INNHALDSFORTEGNELSE	3
1. INNLEDNING	9
1.1. Avhandlingens tema	9
1.2. EØS-avtalens statsstøtteregler – en oversikt	12
1.2.1. Generelt om statsstøttereglene	12
1.2.2. Statsstøtteforbudet	13
1.2.3. Statsstøtte som er forenlig med EØS-avtalen	17
1.2.4. EU/EØS-homogenitet på statsstøtteområdet	21
1.3. RDA-ordningen – en oversikt	24
1.3.1. Generelt om RDA-ordningen	24
1.3.2. Kort om RDA-ordningens statsstøtterettslige historikk	27
1.3.3. RDA-evalueringen fra 2018	34
1.3.4. Statsstøttereglene og RDA-ordningen i dag og fremover	37
1.4. Avhandlingens problemstillinger og struktur	41
1.5. Generelle begrepsavklaringer	43
2. HENSYN BAK KONTROLLEN MED REGIONALSTØTTE	45
2.1. Innledning	45
2.2. Hensyn knyttet til statsstøtteforbudet	46
2.2.1. Generelt om statsstøtteforbudets begrunnelse	46
2.2.2. Verdiskapingshensyn	48
2.2.3. Fordelingshensyn	51
2.2.4. Markedsintegrasjon	53

2.2.5.	Unngå subsidiekappløp	54
2.2.6.	Finansieringskostnaden for statsstøtte.....	55
2.3.	Hensyn knyttet til regionalstøtteunntaket.....	57
2.3.1.	Generelt om regional likhet som EU-målsetning.....	57
2.3.2.	Det indre markedes betydning for regionale forskjeller.....	60
2.3.3.	Effektivitetshensyn.....	62
2.3.4.	Markedsintegrasjon	67
2.4.	Praktikabilitet og forutberegnelighet	68
2.5.	Betydningen av EUs regionalpolitikk	70
2.6.	Oppsummering	73
3.	FORHOLDSMESSIGHETSPRØVING AV FORENLIGHETSVEDTAK.....	75
3.1.	Innledning.....	75
3.1.1.	Generelt om domstolsprøving av forenlighetsvedtak	75
3.1.2.	Hvorfor analysere forholdsmessighet som prøvingsgrunnlag	78
3.2.	Kommisjonens diskresjonære myndighet.....	80
3.2.1.	Det rettslige grunnlaget for forvaltningskjønnet	80
3.2.2.	Hensyn for og imot å tilkjenne kontrollorganene skjønn	82
3.2.3.	Generelt om prøvingsstandarden – «manifest error».....	87
3.2.4.	Kort om prosessuell prøving av forvaltningskjønnet	89
3.3.	Forholdsmessighetsprinsippets materielle vilkår.....	91
3.3.1.	Innledning.....	91
3.3.2.	Forholdsmessighetsprinsipp eller konkrete vilkår?	93
3.3.3.	Formålskrav	97
3.3.4.	Nødvendighetskrav	102
3.3.5.	Egnethetskrav	111
3.3.6.	Interesseovervekt	115

3.3.7.	Oppsummering	118
3.4.	Forholdsmessighetsprøving av forenlighetsvedtak som bygger på retningslinjer	119
3.4.1.	Innledning	119
3.4.2.	Fastsettelseskompetanse og bindende virkning	120
3.4.3.	Prøving av nødvendighetsvilkåret.....	125
3.4.4.	Prøving av vilkåret om interesseovervekt.....	130
3.4.5.	Strengere forholdsmessighetsprøving av driftsstøttetiltak?.....	135
3.4.6.	Oppsummering	140
3.5.	Forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak	142
3.5.1.	Innledning	142
3.5.2.	Kompetansen til å vedta gruppeunntak i forordnings form	144
3.5.3.	Tolkningen av gruppeunntak	146
3.5.4.	Hvor strengt forholdsmessighetskrav gjelder for gruppeunntak?	148
3.5.5.	Tolkning eller annullering for å sikre forholdsmessighet?.....	152
3.6.	Prosessregler som forutsetning for forholdsmessighetsprøving	153
3.6.1.	Hvilke prosessregler påvirker domstolsprøvingen?.....	153
3.6.2.	Vedtatt fattet etter forenklet prosedyre	154
3.6.3.	Hvem kan angripe godkjenningsvedtak	155
3.6.4.	Adgang til delvis geografisk annullering?.....	158
3.6.5.	Skal den fraskilte delen av vedtaket prøves isolert?	161
3.6.6.	Oppsummering	162
3.7.	EU/EØS-homogenitet i prøvingsspørsmålet	163
3.8.	Oppsummering	165
4.	RDA-GODKJENNINGEN 2014-2020.....	167
4.1.	Innledning.....	167
4.1.1.	Kapitlets problemstillinger og aktualitet.....	167

4.1.2.	Foreløpig bilde av mulige svakheter ved RDA-ordningen.....	168
4.1.3.	Kapitlets struktur	169
4.2.	Formålsskrav – bidrag til en fellesinteresse	170
4.2.1.	Formålsskravet i RAG 2014	170
4.2.2.	Formålsskravet i notifikasjonen	172
4.2.3.	ESAs godkjenning	175
4.2.4.	Foreligger det tydelig svikt i formålsvurderingen?	176
4.2.5.	Oppsummering	182
4.3.	Generell nødvendighet	183
4.3.1.	Generell nødvendighet i RAG 2014.....	183
4.3.2.	Fastsettelse av støtteområde i notifikasjon og godkjenning	185
4.3.3.	Underbygger fastsettelsen av støtteområdet nødvendigheten?.....	187
4.3.4.	Generell nødvendighet i notifikasjon og godkjenning	191
4.3.5.	Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av generell nødvendighet?	191
4.3.6.	Nærmere om distriktsindeksen som uttrykk for nødvendighet.....	193
4.3.7.	Oppsummering	197
4.4.	Konkret nødvendighet – incentiveeffekt	197
4.4.1.	Incentiveeffekt i RAG 2014.....	197
4.4.2.	Incentiveeffekt i notifikasjon og godkjenning	199
4.4.3.	Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av incentiveeffekt?.....	200
4.5.	Beløpsmessig nødvendighet – minimumsprinsippet	202
4.5.1.	Minimumsprinsippet i RAG 2014.....	202
4.5.2.	Minimumsprinsippet i notifikasjon og godkjenning	203
4.5.3.	Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av beløpsmessig nødvendighet?..	204
4.6.	Egnethet	206
4.6.1.	Egnethet i RAG 2014	206

4.6.2.	Egnethet i notifikasjon og godkjenning.....	207
4.6.3.	Kan egnethetsvurderingen reparere svikten i nødvendighetsvurderingen? .	208
4.7.	Interesseovervekt	210
4.7.1.	Interesseovervekt i RAG 2014	210
4.7.2.	Interesseovervekt i notifikasjon og godkjenning.....	211
4.7.3.	Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av interesseovervekt?.....	212
4.8.	Oppsummering	216
4.9.	Kort om godkjenningen av ambuleringsregelen i 2017.....	219
5.	GRUPPEUNNTAKSHJEMMELEN	221
5.1.	Innledning.....	221
5.2.	Oversikt over vilkår etter gruppeunntakshjemmelen	222
5.3.	Krav til virkning eller formål	223
5.4.	Kvalifiserte områder	225
5.5.	Støttenivå	227
5.6.	Tilknytning mellom foretak og støtteområdet.....	228
5.7.	Oppsummering	229
6.	RETTSPOLITISK ANBEFALING TIL ESA OG KOMMISSJONENS PRAKSIS	231
6.1.	Innledning.....	231
6.1.1.	Generelt om kapitlets rettspolitiske anbefaling	231
6.1.2.	Behovet for forbedringer av dagens praksis	233
6.1.3.	Kapitlets tilnærming.....	238
6.2.	Norske endringer som påvirker forvaltningsutøvelsen fremover	239
6.2.1.	Betydningen av regionreformen.....	239
6.2.2.	Betydningen av kommunereformen	241
6.2.3.	Betydningen av ny distrikts- og sentralitetsindeks	243
6.2.4.	Oppsummering	246

6.3.	Gruppeunntakshjemmelen	246
6.3.1.	Sentrale utgangspunkter	246
6.3.2.	Strengere behandling av tilstøtende områder	247
6.3.3.	Strengere krav til befolkningstetthet	250
6.3.4.	Oppsummering: gruppeunntaket bør fjernes	251
6.4.	Fremtidig RAG og godkjenningsvedtak	252
6.4.1.	Sentrale utgangspunkter	252
6.4.2.	God formålsregulering	252
6.4.3.	God nødvendighetsprøving	255
6.4.4.	Endring av kravet til konkret nødvendighet (incentiveeffekt)	259
6.4.5.	Endring av minimumsprinsippet	260
6.4.6.	Fjerne sektorunntak	264
6.4.7.	Oppsummering	265
7.	AVSLUTTENDE REFLEKSJONER	267

1. INNLEDNING

1.1. Avhandlingens tema

Denne avhandlingen drøfter den norske regionalt differensierte arbeidsgiveravgiftens forhold til EØS-avtalens statsstøtteregler. Dette omfatter to hovedproblemstillinger. For det første drøfter avhandlingen spørsmålet om det gjeldende godkjenningsvedtaket for den regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften overholder forholdsmessighetsprinsippets krav for å anse statsstøtte forenlig med EØS-avtalen. For det andre foretar avhandlingen en rettspolitisk drøftelse av hvordan EFTAs overvåkningsorgan (heretter omtalt som «ESA»¹) burde utøve forvaltningskontrollen overfor ordningen med regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften fremover.

Som kortform for norske regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften brukes heretter begrepet «RDA-ordningen».² Essensen i ordningen er at nivået på arbeidsavgiften varierer ut fra hvilket geografisk område arbeidsforholdet knytter seg til. Formålet med ordningen er å styrke sysselsetting og bosetning i visse områder av Norge gjennom å redusere arbeidskraftkostnadene til foretak i støtteområdet.

RDA-ordningen anses som et statsstøttetiltak etter EØS-avtalen. Foretak som betaler en lavere avgiftssats, får en økonomisk fordel sammenlignet med de foretak som betaler full sats. EØS-avtalen begrenser medlemsstatenes adgang til å gi statsstøtte til foretak. Dette er hovedsakelig fordi avtalen skal sørge for et fritt indre marked på tvers av alle medlemsland, hvor næringsaktører skal gis like konkurransevilkår i EØS-området.³ Økonomisk støtte som er

¹ «ESA» er forkortelse for den engelske betegnelsen: EFTA Surveillance Authority.

² Norske myndigheter bruker normalt «DA-ordningen» som kortform for «differensiert arbeidsgiveravgift» når de sikter til denne ordningen i nasjonal kontekst, jf. blant annet Prop. 1 S (2014-2015) (Finansdepartementet) side 22 og Prop. 1 LS (2017-2018) (Finansdepartementet) side 99. Jeg bruker imidlertid forkortelsen «RDA-ordningen» slik at forkortelsen inkluderer det *regionale* grunnlaget for differensieringen, hvilket er et vesentlig poeng i EØS-sammenheng.

³ EØS-avtalen artikkel 1.

selektivt rettet mot bestemte foretak kan forstyrre konkurransen i det indre marked, og er derfor i utgangspunktet forbudt etter EØS-avtalen artikkel 61 første ledd.

EØS-avtalen artikkel 61 første ledd utgjør det såkalte statsstøtteforbudet. Statsstøtteforbudet i EØS-avtalen artikkel 61 tilsvarer statsstøtteforbudet i EU i Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (heretter kalt «TEUV») artikkel 107. Gjennom å forby offentlig støtte som vrir eller truer med å vri konkurransen, bidrar den til like konkurransevilkår. Like konkurransevilkår sikrer en mest mulig effektiv markedsøkonomi, og er dermed sentral for å bidra til å øke levestandarden og velferden.⁴ Dette er sentrale målsetninger både i EØS-samarbeidet, og i EU.

Samtidig som EU- og EØS-retten inneholder et generelt statsstøtteforbud for å unngå statsstøtte som vrir den grenseoverskridende konkurransen, anerkjenner både EU- og EØS-retten at statsstøtte kan være nødvendig for å realisere en rekke ulike politiske målsetninger. EØS-avtalen artikkel 61 inneholder derfor en rekke unntak fra forbudet. Blant annet tillates det regionalt rettet statsstøtte – såkalt regionalstøtte.

Bakgrunnen for at regionalstøtte tillates ligger kort forklart i målsetningen om å minske de regionale ulikheter i økonomisk utvikling. Målsetningen om å redusere de regionale forskjellene er både nedfelt i EU-traktatene og i EØS-avtalen. Det er også en målsetning som forfølges på nasjonalt nivå av de fleste medlemsstater. I hvilken utstrekning man skal tillate nasjonale myndigheter å yte regionalstøtte er derfor et spørsmål hvor to grunnleggende hensyn må avveies mot hverandre. På den ene siden er hensynet til en mest mulig uforstyrret konkurranse og samhandel. På andre siden er hensynet til å fremme regional likhet. Avveiningen mellom disse to motstridende hensyn er etter EØS-avtalen rettslig regulert gjennom statsstøttereglene. Reglene er for de fleste praktiske formål identiske i EU-retten og i EØS-retten.⁵

⁴ Jf. Kommisjonens uttalelser i State Aid Action Plan, Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for State Aid Reform 2005-2009, COM(2005)107 final punkt I.7.

⁵ Nærmere om dette under punkt 1.2.4.

Som det fremgår av unntaksbestemmelsen, er regionalstøtte noe som «kan» ansees forenlig med EØS-avtalens funksjon. Kompetansen til å avgjøre hvorvidt konkrete støttetiltak er forenlig med EØS-avtalen er for EFTA-statene lagt til ESA.⁶ Kommisjonen har tilsvarende funksjon for EU-statene.

RDA-ordningen har i dag et godkjenningsvedtak fra ESA som i utgangspunktet løper frem til 31. desember 2020.⁷ ESA har således gjennom godkjenningsvedtaket vurdert at ordningen er forenlig med EØS-avtalen. Spørsmålet er imidlertid om ESAs vedtak er i samsvar med forholdsmessighetskravet for å kjenne statsstøtte forenlig med det indre marked. Dette er avhandlingens første hovedproblemstilling. Konsekvensene ved brudd på forholdsmessighetskravet, kan være flere. Først og fremst kan det innebære at ESA er forpliktet til å revurdere vedtaket etter EØS-avtalen artikkel 62. Ved strid med materielle vilkår for forenlighet kan godkjenningsvedtaket under visse forutsetninger i tillegg angripes av tredjeparter og annulleres av EFTA-domstolen.

Godkjenningsvedtaket er videre tidsbegrenset, og løper ut i 2020. Analysen av om dagens godkjenningsvedtak overholder forholdsmessighetskravet for forenlighet vil også klarlegge sentrale rettslige rammer for en eventuell forlengelse eller ny godkjenning RDA-ordningen ved utløpet av dagens godkjenningsvedtak. Vurderingen av om godkjenningsvedtaket overholder kravet til forholdsmessighet for forenlighet, kan dermed også avdekke rom for å endringer ved en eventuell ny godkjenning av ordningen. Slike mulige endringer kan både komme etter initiativ fra norsk side, eller fra ESA. Fra ESAs side kan det være tale om krav om at ordningen må endres for at den skal kunne videreføres. I den grad det er rom for å kreve endringer i støtteordningen, er det interessant å drøfte hvilke endringer ESA som kontrollorgan *bør* kreve. Slike endringer kan eksempelvis dreie seg om tillatt støttenivå, og ordningens geografiske virkeområde. Avhandlingens andre hovedproblemstilling er således en rettspolitisk drøftelse av hvordan ESA bør utøve sin forvaltningsmyndighet ved neste vurdering av RDA-ordningen.

Avhandlingen er altså en rettsdogmatisk vurdering av om et konkret statsstøttevedtak overholder EØS-avtalens forholdsmessighetskrav for forenlighet, og en rettspolitisk drøftelse

⁶ Jf. EØS-avtalen artikkel 62.

⁷ ESAs vedtak 225/14/COL av 18. juni 2014 *Regionally differentiated social security contributions 2014-2020* (OJ C 344, 2. oktober 2014 side 14).

av hvilke krav ESA bør stille for godkjenning i en eventuell ny vurdering. Et slikt tema har – så langt jeg kjenner til – ikke vært behandlet tidligere i rettsvitenskapelig forskning. Spørsmålet om statsstøttes forenlighet med det indre marked er et rettsområde med vesentlige særtrekk. Rettslig regulering av offentlig støtte er videre unikt for EU- og EØS-samarbeidet.⁸ Det er således i liten grad mulig å trekke veksler på analyser eller systematikk fra andre rettssystemer.

På grunn av rettsområdets særtrekk, er det mest hensiktsmessig innledningsvis å redegjøre for EØS-avtalens statsstøtteregler på et overordnet nivå. Deretter vil jeg redegjøre for RDA-ordningen og dens EØS-rettslige historikk. Bakteppet for avhandlingen, er at statsstøttepraksis knyttet til RDA-ordningen har vært skiftende, og har medført store utfordringer både for ESA, norske myndigheter, og foretak. En del av den nære historikken er den grundige økonomiske evalueringen ESA påla Norge å gjennomføre i det innværende godkjenningsvedtaket. Denne evalueringen ble ferdigstilt i 2018. Evalueringen – og også en del andre omstendigheter jeg skal fremheve innledningsvis – kan tilsa at dagens godkjenningsvedtak kan være problematisk både fra et rettsdogmatisk og et rettspolitisk ståsted.

Etter å ha gjennomgått hovedtrekkene i EØS-avtalens statsstøtteregler i punkt 1.2, og RDA-ordningen og dens EØS-rettslige historikk i punkt 1.3, vil jeg deretter forklare avhandlingens problemstillinger og struktur i punkt 1.4.

1.2. EØS-avtalens statsstøtteregler – en oversikt

1.2.1. Generelt om statsstøttereglene

Som de øvrige regler om det indre marked i EØS-avtalen, har statsstøttereglene sitt speilbilde i EU-retten. Dagens statsstøtteregulering i TEUV artikkel 107 og 108 er i det vesentlige en videreføring av bestemmelser som ble nedfelt allerede i Roma-traktaten i 1956. Spaak-

⁸ WTO-avtalen inneholder et forbud mot subsidier, men har verken noen overnasjonal kontroll eller regler om forenlighet. Kina innførte i 2016 et «Fair Competition Review System» med noen sentrale likhetstrekk med statsstøtteregelverket, se nærmere Shuping Lyu, Caroline Buts and Marc Jegers «Comparing China's Fair Competition Review System to EU State Aid Control», *European State Aid Law Quarterly* vol. 18, 2019 issue 1 s. 37 – 60 med videre henvisninger.

rapporten, som la grunnlaget for Roma-traktaten, fremhevet at statsstøttereglene var nødvendige for å oppnå målsetningen om et felles marked.⁹ Etter hvert som det EUs indre marked har blitt tettere integrert, har også behovet for kontroll over medlemsstatenes statsstøtte blitt gradvis sterkere. Hvilke hensyn statsstøtteforbudet ivaretar, er sammensatt. Hensynene bak statsstøttekontrollen behandles nærmere i kapittel to.

EØS-avtalens hovedbestemmelse om statsstøtte består av en hovedregel om at statsstøtte er forbudt i artikkel 61 nr. 1. Deretter inneholder bestemmelsen to avsnitt som hjemler unntak fra statsstøtteforbudet. ESA og Kommisjonen håndhever unntakene for henholdsvis EFTA- og EU-pilaren i EØS.¹⁰ Et vesentlig forhold er at statsstøtte ikke kan iverksettes uten notifikasjon og godkjenning fra det aktuelle kontrollorganet.¹¹ Iverksettelsesforbudet har direkte virkning i nasjonal rett.¹² Dette betyr at medlemsstatenes statsstøttetiltak er underlagt en overnasjonal forvaltningskontroll etter EU- og EØS-retten. Tiltak kan ikke settes i verk uten godkjenning eller annen tillatelse fra kontrollorganene. Iverksettelsesforbudet suppleres av at Kommisjonen og ESA kan pålegge nasjonale myndigheter å kreve tilbakebetalt ulovlig støtte.¹³

1.2.2. Statsstøtteforbudet

EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 forbyr statsstøtte. Samtidig definerer bestemmelsen hva som ansees for å være statsstøtte. Bestemmelsen lyder som følger:

⁹ Jf. Rapport of the Heads of Delegation to the Ministers of Foreign Affairs, Brussel 21. April 1956 (tilgjengelig på https://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/4dd69921-433b-4bc0-acec-808f72fec9ae/publishable_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019) side 15. For en nærmere gjennomgang se Juan Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid under EU Law – from internal market to competition and beyond*, Oxford 2015 kapittel 2, «Origins of Subsidy Control».

¹⁰ Dette kommer til uttrykk blant annet i EØS-avtalen artikkel 62.

¹¹ For EFTA-pilaren er dette nedfelt i ODA protokoll 3 artikkel 3. For EU-pilaren fremgår dette i dag av TEUV artikkel 108.

¹² Iverksettelsesforbudet og dets direkte virkning i nasjonal rett ble slått fast av EU-domstolen for første gang i sak C-120/73 (ECLI:EU:C:1973:152) *Lorenz*.

¹³ Jf. Rådsforordning 2015/1589 av 13. juli 2015 om anvendelse av artikkel 108 i traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte, OJ L 248, 24. september 2015 side 9-29 (heretter benevnt som «prosedyreforordningen av 2015») artikkel 16. Forordningen kodifiserer forståelsen av TEUV artikkel 108 nr. 3 (tilsvarende ODA protokoll 3 artikkel 1 nr. 3 i EØS-avtalen) lagt til grunn i sak C-70/72 (ECLI:EU:C:1973:87) *Kommisjonen mot Tyskland* og senere rettspraksis. Prosedyreforordningen av 2015 er enda ikke innlemmet i EØS-avtalen (dette berøres under punkt 1.2.4.). I EØS-avtalen er det fremdeles prosedyreforordningen av 1999 som gjelder, jf. Rådsforordning 659/1999 av 22. mars 1999 om fastsettelse av regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93 for EØS-avtalens vedkommende, OJ L 083, 27. mars 1999 side 1-9 (heretter benevnt som «prosedyreforordningen av 1999»). Plikten til tilbakebetaling følger av denne forordningens artikkel 14.

« Med de unntak som er fastsatt i denne avtale, skal støtte gitt av EFs medlemsstater eller EFTA-statene eller støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer, være uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene. »¹⁴

Bestemmelsen inneholder seks vilkår for å anse et tiltak for å være statsstøtte: Mottakeren av støtten må for det første drive med økonomisk aktivitet (være et «foretak»). For det andre må statsstøtten være gitt av statene eller gjennom statsmidler. For det tredje må statsstøtten være selektiv (rettet mot «enkelte» foretak eller sektorer). For det må være tale om en økonomisk fordel («begunstige»). For det fjerde må statsstøtten vri eller true med å vri konkurransen. For det femte må statsstøtten påvirke samhandelen mellom medlemsstatene. Det er en nær innbyrdes sammenheng mellom vilkårene, og systematikken og inndelingen i vilkår kan variere noe både i rettspraksis og i litteraturen.¹⁵

Det klassiske statsstøttetilfellet består av at offentlige myndigheter ensidig overfører kapital direkte til et foretak. Slike overføringer kan ha mange ulike begrunnelser. Det kan eksempelvis være å unngå konkurs eller en nedskjæring, å hjelpe foretaket til å vinne markedsandeler for å skape flere arbeidsplasser, eller at det aktuelle foretaket driver forskning og utvikling av et produkt eller tjeneste man anser kommer til å gi stor samfunnsnytte. Dersom støttemottakeren deltar i grenseoverskridende konkurranse, er det på det rene at alle vilkår i statsstøttebegrepet er oppfylt. Tiltaket vil da være forbudt som statsstøtte, og en medlemsstat kan ikke sette tiltaket i verk før det eventuelt foreligger en godkjenning fra Kommisjonen eller ESA.

¹⁴ EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.

¹⁵ Se blant annet Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 2. utgave, Oxford 2013 side 17 flg., Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015 s. 3 flg., C.H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 65 flg., Nicola Pesaresi m.fl. (red.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book One*, Deventer 2016 side 187 flg. og Phillip Werner og Vincent Verouden *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 side 65 flg. Se også ESAs vedtak 3/17/COL av 18. januar 2017 om *Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area* (OJ L 342, 21. desember 2017 side 35-84). ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet er identisk med retningslinjene fra Kommisjonen.

Stater har imidlertid en rekke måter å gi økonomisk støtte til foretak. Statsstøtteforbudet taler da også om statsmidler i «enhver» form. EU-domstolen har understreket at forbudet også omfatter tiltak som «in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, therefore, without being subsidies in the strict sense of the word, are similar in character and have the same effect».¹⁶ Dette innebærer at også selektive skatte- og avgiftslettelser, som RDA-ordningen, kan ansees som statsstøtte.¹⁷ Selektivitetskravet er heller ikke strengt. Det er også oppfylt hvor et tiltak treffer et stort antall foretak eller en hel sektor.¹⁸ Dette omfatter også tilfeller hvor et nasjonalt tiltak er rettet mot et bestemt geografisk område.¹⁹

Et grunnleggende trekk i rettspraksis er at statsstøtteforbudet tolkes objektivt. I dette ligger det at formålet eller bakgrunnen for et tiltak ikke avgjør om tiltaket skal anses som statsstøtte. EU-domstolen har gjentatte ganger fremhevet at statsstøtteforbudet «does not distinguish between measures of State intervention by reference to their causes or their aims but defines them in relation to their effects».²⁰ Et annet vesentlig trekk er at kravet til påvirkning av samhandelen ikke praktiseres strengt. Selv om det etter ordlyden kreves en påvirkning av samhandelen, har EU-domstolen konstatert at det er tilstrekkelig å påvise at et tiltak er *egnet* («liable») til å påvirke samhandelen.²¹ Dersom en finansiell støtte styrker stillingen til et foretak sammenlignet med konkurrerende foretak i andre medlemsland, er både vilkåret om konkurranseforstyrrelse og påvirkning av samhandelen oppfylt.²²

¹⁶ Se blant annet sak C-300/16 P (ECLI:EU:C:2017:706) *Kommissjonen mot Frucona Košice a.s.* avsnitt 20, sak C-387/92 (ECLI:EU:C:1994:100) *Banco Exterior de España* avsnitt 13 og sak C-30/59 (ECLI:EU:C:1961:2) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg* på side 19.

¹⁷ Se blant annet sak C-156/98 (ECLI:EU:C:2000:467) *Tyskland mot Kommissjonen* avsnitt 26.

¹⁸ Sak C-75/97 (ECLI:EU:C:1999:311) *Belgia mot Kommissjonen* avsnitt 32.

¹⁹ Se blant annet sak C-88/03 (ECLI:EU:C:2006:511) *Portugal mot Kommissjonen*, se særlig avsnitt 60 – 62, som i tillegg legger til grunn at det kan stille seg annerledes hvor selvstyrte regionale myndigheter på sin side innfører et lavere skattenivå for sin region i sin helhet.

²⁰ Se blant annet sak C-203/16 P (ECLI:EU:C:2018:505) *Dirk Andres mot Kommissjonen* avsnitt 91 med videre henvisninger til eldre rettspraksis.

²¹ Se blant annet C-150/16 (ECLI:EU:C:2017:388) *Fondul Proprietatea SA* avsnitt 29 med henvisninger til eldre rettspraksis. I ett tilfelle synes EU-domstolen å ha lagt til grunn en enda lavere terskel. Det var da tilstrekkelig at det ikke var «inconceivable» at støttemottakeren var i konkurranse med foretak i andre medlemsstater, se sak C-172/03 (ECLI:EU:C:2005:130) *Heiser* avsnitt 35.

²² Jf. sak C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommissjonen* avsnitt 11.

Gjennom å knesette prinsippet om objektiv tolkning av statsstøttereglene, og å legge til grunn lavere krav til påvirkning av samhandelen, har EU-domstolen bidratt til en mer effektiv statsstøttekontroll. Det har også gjort det svært vanskelig å omgå statsstøtteforbudet gjennom å velge andre teknikker enn alminnelig kapitaltilførsel. Samtidig innebærer dette at statsstøttebegrepet er blitt forholdsvis vidt.²³ Mange statlige tiltak faller inn under statsstøttebegrepet. Det innebærer at kontrollorganene i større grad må ta stilling til om tiltak skal anses som forenlig med det indre marked eller ikke.

Utenfor de klassiske tilfellene av statsstøtte, er det til tider meget vanskelige grensedragninger som må foretas for å avgjøre om det foreligger statsstøtte eller ikke. Selve statsstøttebegrepet er derfor den klart mest diskuterte delen av statsstøtteretten, og den delen av rettsområdet som er grundig behandlet i litteraturen.²⁴ Grovt oppsummert kan EU-domstolens rettspraksis knyttet til statsstøttebegrepet oppsummeres slik at den forsøker å finne en balanse mellom å omfatte samtlige tiltak som forstyrrer markedsøkonomien, og hensynet til nasjonale myndigheters politikktutforming.²⁵ For RDA-ordningen er ikke selve statsstøttebegrepet det problematiske. Som jeg redegjør for nærmere under punkt 1.3.3., har rettspraksis avklart at ordningen utgjør statsstøtte. Det er derfor ikke behov for å gå grundigere inn i selve statsstøtteforbudet i avhandlingen.

Det er imidlertid én side ved statsstøttebegrepet som har praktisk betydning for RDA-ordningen. Dette er den nedre grense for såkalt bagatellmessig støtte («de minimis aid»). Forordningen om bagatellmessig støtte fastslår at økonomisk støtte på mindre enn EUR 200.000 over en periode på tre år, verken anses å påvirke samhandelen, eller å forstyrre konkurransen.²⁶ Med visse forbehold fastsatt i forordningen om bagatellmessig støtte, faller

²³ Phillip Werner og Vincent Verouden (red.), *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 25.

²⁴ De fleste statsstøtterettslige verk behandler statsstøttebegrepet inngående. I tillegg er flere verk utelukkende rettet mot selve statsstøttebegrepet, se Luca Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid – WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford 2009 og Juan Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid under EU Law – from internal market to competition and beyond*, Oxford 2015. Se også Sune Troels Poulsen, *Statsstøtteren i EU – mellom likebehandling og påvirkning af konkurransen*, København 2015 som i det vesentlige analyserer statsstøttebegrepet. Se også Malgorzata Cyndecka, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law*, Wolters Kluwer 2016, hvor en avgrenset del av fordelsvilkåret i statsstøttebegrepet behandles inngående.

²⁵ Damian Chalmers m.fl. *European Union Law* 3. utgave, Cambridge 2014 side 1058.

²⁶ Kommisjonsforordning 1407/2013 om anvendelsen av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på bagatellmessig støtte av 18. desember 2013, OJ L 352, 24. desember 2013, side 1-8. Se særlig forordningens artikkel 3 nr. 1 – 2.

altså støtte under denne beløpsgrense utenfor statsstøttebegrepet. RDA-ordningen har en egen geografisk sone (den såkalte «Sone 1a») som er oppad begrenset innenfor terskelen på EUR 200 000 for bagatellmessig støtte. Den lavere arbeidsavgiften i sone 1a omfattes dermed ikke av ESAs statsstøttekontroll.

1.2.3. Statsstøtte som er forenlig med EØS-avtalen

Statsstøtteforbudet i artikkel 61 gjelder «med de unntak som er fastsatt i denne avtale». Statsstøtte kan i mange tilfeller vurderes som hensiktsmessig eller uunnværlig for å oppnå viktige politiske målsetninger. De mest sentrale unntak fra statsstøtteforbudet fremgår av samme bestemmelse. Artikkel 61 nr. 2 regulerer enkelte støttetyper som «skal» være forenlig med EØS-avtalen. Dette gjelder støtte av sosial karakter til de enkelte forbrukere, støtte for å bøte på naturkatastrofer og andre eksepsjonelle hendelser, og en foreldet bestemmelse knyttet til delingen av Tyskland fra før 1990. Det er imidlertid unntakene i artikkel 61 nr. 3 som har klart størst praktisk betydning. Dette gjelder de mest brukte typer støtte, inkludert regionalt rettet statsstøtte i bokstav a og c:

« 3. Som forenlig med denne avtales funksjon kan anses:

a) støtte som har til formål å fremme den økonomiske utvikling i områder der levestandarden er unormalt lav, eller der det er alvorlig underbeskjeftigelse, (...)

c) støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder, forutsatt at støtten ikke endrer vilkårene for samhandelen i et omfang som strider mot felles interesser, (...) »

Regionalstøtte kan altså tillates etter både bokstav a og bokstav c. Bestemmelsene har noe ulikt anvendelsesområde. Etter ordlyden viser bokstav c til «enkelte økonomiske områder», uten noe nærmere kvalifikasjon. Bokstav a viser på sin side til områder med konkrete utfordringer, nemlig unormalt lav levestandard eller svært lav sysselsetting. I *Tyskland mot Kommisjonen* etablerte EU-domstolen et prinsipielt skille mellom bokstav a-områdene og bokstav c-områdene: Bokstav a forutsetter at de geografiske områdene må være svakere stilt sammenlignet med EØS-området som helhet. Bokstav c kan på sin side hjemle regionalstøtte

til områder som er svakere stilt sammenlignet med gjennomsnittet internt i den aktuelle medlemsstaten.²⁷ Unntaket i bokstav c er også anvendt på områder som er vanskelig stilt på grunn av blant annet lav befolkningstetthet.²⁸ Dagens godkjenningsvedtak for RDA-ordningen bygger således på unntaket i bokstav c.

Det følger av unntakshjemmelen at slik støtte er noe som «kan» tillates. Det er således tale om en diskresjonær kompetanse som er lagt til ESA og Kommisjonen. Siden det i utgangspunktet gjelder et iverksettelsesforbud for nye statsstøttetiltak, må slike notifiseres til Kommisjonen eller ESA.²⁹ På bakgrunn av notifikasjonen vurderer Kommisjonen eller ESA deretter om det notifiserte statsstøttetiltaket kan tillates eller ikke. Det vil enten treffes et vedtak som godkjenner tiltaket, eller et vedtak som avviser tiltaket. Siden det er tale om en diskresjonær kompetanse, er domstolskontrollen av vedtakene begrenset. Rettspraksis har ved gjentatte anledninger understreket at skjønnetsom utgangspunkt er vidt.³⁰ Som påpekt i NOU 2004:15 kan det derfor noe forenklet sies at «det nasjonale handlingsrommet er usikkert inntil vedtak er fatta».³¹ At forenlighetsvurderingen er basert på en bred diskresjonær kompetanse kan på sin side tilsi at rommet for en rettsdogmatisk analyse er begrenset. Forenlighetsdelen av statsstøtteretten har imidlertid vært under sterk utvikling de siste femten årene. Det er i dag av flere grunner blitt mindre treffende å si at handlingsrommet er usikkert før et vedtak foreligger. Og det kan heller ikke antas at handlingsrommet er avklart så fort et vedtak er fattet.

Forvaltningsskjønnet er for det første innskrenket av en stor og stadig økende mengde sekundærrett på området. Både i omfang og i innhold har det vært stor utvikling i forvaltningspraksis fra reformprogrammet «State Aid Action Plan» i 2005 (heretter tidvis

²⁷ Jf. sak C-248/84 (ECLI:EU:C:1987:437) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 19.

²⁸ At lav befolkningstetthet skulle være mulig å bruke som kriterium for nasjonal regionalstøtte ble særskilt presisert ved inngåelsen av EØS-avtalen, se EEA Agreement Final Act side 10.

²⁹ Jf. prosedyreforordningen av 1999 artikkel 2, og prosedyreforordningen av 2015 artikkel 2.

³⁰ Dette behandles nærmere i kapittel 3.

³¹ NOU 2004: 15 Regional statsstøtte og EØS-reglane side 23.

omtalt som «SAAP 2005»), den påfølgende «State Aid Modernisation» i 2012 (heretter tidvis omtalt som «SAM 2012»), og frem til i dag.³²

Dette gjelder for det første i bruken av såkalte «retningslinjer» for å styre skjønnsutøvelsen. Retningslinjer brukes i dag for de fleste praktiske områder av statsstøtteren som er underlagt et forvaltningsskjønn.³³ Innholdet i de ulike retningslinjene har blitt stadig mer detaljert. Rettspraksis har også gitt retningslinjer en mer sentral rolle. Dette har skjedd både gjennom at retningslinjene i større grad har blitt ansett som rettslig bindende, og fordi EU-domstolen i større grad har foretatt selvstendige tolkninger av retningslinjene. Godkjenningsvedtak som har vært i samsvar med ordlyden i retningslinjene har således blitt annullert av EU-domstolen fordi retningslinjene etter EU-domstolens syn har vært anvendt feil.³⁴ Retningslinjer har siden 1988 hatt en fremtredende rolle i forenighetsvurderinger av regionalstøtte. Det innværende godkjenningsvedtaket for RDA-ordningen bygger på retningslinjene for regionalstøtte for 2014 – 2020.³⁵

I tillegg til retningslinjer, er hva slags statsstøtte som er forenlig i økende grad også blitt regulert gjennom forordninger. Dette gjelder særlig de såkalte gruppeunntakene, som for flere ulike kategorier statsstøtte fritar nærmere spesifiserte statsstøttetiltak fra

³² Jf. Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau, *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 31 - 35. Både State Aid Action Plan 2005 og State Aid Modernisation 2012 ble iverksatt gjennom kommunikasjoner hvor Kommissjonen redegjorde for de sentrale formålene og virkemidlene ved reformene, se State Aid Action Plan, Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for State Aid Reform 2005-2009, COM(2005)107 final (heretter henvist tils om «State Aid Action Plan 2005» og Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions – EU State Aid Modernisation, COM/2012/0209 final (heretter henvist til som «State Aid Modernisation 2012»).

³³ Noen eksempler av praktisk stor betydning er retningslinjene om regionalstøtte (Guidelines on regional State aid for 2014-2020, 2013/C 209/01 (OJ C 209, 23. juli 2013 side 1-45)), retningslinjene om støtte til miljøvern og energi (Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, 2014/C 200/01, (OJ C 200, 28. juni 2014 side 1-55)), og retningslinjene om statsstøtte til redning om omstrukturering av kriserammede foretak (Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty, 2014/C 249/01 (OJ C 249, 31. juli 2014 side 1-28)).

³⁴ Dette behandles nærmere under punkt 3.4.

³⁵ EFTA Surveillance Authority, «Guidelines on Regional State Aid for 2014 - 2020», tilgjengelig på http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Consolidated_version_Regional_Guidelines_2014-2020.pdf (sist sjekket 1. oktober 2019), heretter omtalt som ESA RAG 2014. Retningslinjene er for 2014 – 2020 formelt besluttet gjennom ESAs vedtak 407/13/COL av 23 October 2013 amending, for the 90th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on Regional State aid for 2014-2020 of 23 October 2013 amending, for the 90th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on Regional State aid for 2014-20, (OJ L 166, 5. juni 2014, side 44-71)

notifikasjonsplikten, og erklærer disse forenlig med det indre marked.³⁶ Det er verd å merke seg at Kommisjonen alene vedtar slike gruppeunntak.³⁷ Gruppeunntakene medfører således ikke noe avvik fra hvilket organ som kontrollerer forenlig statsstøtte.

For det tredje er forvaltningsskjønnet innskrenket av at EU-domstolen i økende grad prøver om godkjenningsvedtak overholder krav til forholdsmessighet. Dette gjelder særlig to ledd i forholdsmessighetskravet: Krav til nødvendighet, og krav til interesseovervekt.³⁸

Den konkrete rekkevidden av disse rettslige begrensningene på skjønnsutøvelsen er imidlertid uklare. De er også forholdsvis lite behandlet i litteraturen. De spørsmål som litteraturen omtaler blir tidvis besvart ulikt.³⁹ En betydelig del av handlingens oppgave er derfor å analysere de rettslige rammene for forenlighet. Dette er derfor et tema jeg kommer nærmere tilbake til senere i avhandlingen. RDA-ordningen er forøvrig et godt utgangspunkt for en slik analyse av de rettslige rammene for forenlighet, fordi støtteordningen både i dag og fremover delvis er styrt av forvaltningsskjønnet, delvis av retningslinjer for forvaltningsutøvelsen, og delvis av gruppeunntaksforordningen.

Som allerede nevnt kan rettsutviklingen på forenlighetsområdet de senere år knyttes til Kommisjonens reforminitiativer SAAP 2005 og den påfølgende SAM 2012. Sentrale målsetninger ved disse reformene har vært mindre og bedre rettet statsstøtte, mer vekstfremmende statsstøtte, og bedre prioritering mellom vesentlige og uvesentlige statsstøttetiltak.⁴⁰ Som Europaparlamentet påpekte i forbindelse med SAM 2012, har slike målsetninger vært forsøkt oppnådd en rekke ganger tidligere.⁴¹ Det indikerer at målsetningene er krevende å realisere. I denne forbindelse har det etter min mening særlig interesse å se på forvaltningspraksis knyttet til RDA-ordningen, som i seg selv er en svært stor støtteordning. Dette kan belyse i hvilken grad målsetningene ved reformene er oppnådd. Den

³⁶ Dette behandles nærmere under punkt 3.5.

³⁷ Hjemmelen for å gruppeunnta i forordnings form er Rådsforordning 2015/1588 av 13. juli 2015, OJ L 248, 24. september 2015, side 9-29, den såkalte bemyndigelsesforordningen («Enabling Regulation»). Hjemmelen for bemyndigelsesforordningen er TEUV artikkel 109.

³⁸ Nærmere om dette under punkt 3.3.

³⁹ Dette gjennomgås nærmere i kapittel 3 for de spørsmål det gjelder.

⁴⁰ Jf. State Aid Action Plan 2005 punkt 18 og State Aid Modernisation 2012 punkt 6. Se også Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau, *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 30 – 35.

⁴¹ Europaparlamentets resolusjon av 17. januar 2013 om State Aid Modernisation (2012/2920(RSP)) OJ C 440, 30. desember 2015 side 92-94 avsnitt 8.

rettspolitiske drøftelsen av fremtidig forvaltningspraksis kan på sin side få frem hvorvidt det er mulig med ytterligere forbedringer.

Når det gjelder selve begrepet «forenlig» statsstøtte, finner vi dette i EØS-avtalen. Artikkel 61 bruker frasen støtte som er «forenlig med denne avtales funksjon» om statsstøtte som tillates. TEUV artikkel 107 på sin side taler om støtte som er forenlig med det indre marked. Dette betegner jeg tidvis i kortform som *forenlig* statsstøtte. Dette tilsvarer begrepsbruken i engelsk litteratur, som ofte taler om «compatible State aid». Det er en noe annerledes begrepsbruk enn eksempelvis den som gjelder medlemsstaters restriksjoner i det indre marked, hvor man gjerne taler om «lovlige» restriksjoner i eksempelvis den frie bevegelse av varer.⁴² Lovlighetsbegrepet i statsstøtteretten knytter seg imidlertid til brudd på notifikasjonsplikten og iverksettelsesforbudet: Støtte som er gitt uten godkjenning fra Kommisjonen (eller annen relevant hjemmel) ansees for å være ulovlig.⁴³ Ulovlig iverksatt støtte kan imidlertid senere erklæres som forenlig med det indre marked av Kommisjonen eller ESA.⁴⁴

1.2.4. EU/EØS-homogenitet på statsstøtteområdet

Det er av to grunner hensiktsmessig å behandle spørsmålet om homogenitet for avhandlingens tema innledningsvis.⁴⁵ Spørsmålet er i hvilken utstrekning EØS-rettens regler om statsstøtte innholdsmessig svarer til EU-rettens regler. For det første – og viktigst – har graden av homogenitet betydning for metoden som avhandlingen må anvende: På områder med full homogenitet er det den EU-rettslige metode som må anvendes.⁴⁶ For det andre har det betydning for relevansen til avhandlingen: dersom området har full homogenitet, kan avhandlingens drøftelser og konklusjoner overføres i sin helhet til EU-retten.

⁴² Jf. eksempelvis Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester*, Oslo 2002 del V om «lovlige og ulovlige handelshindringer».

⁴³ Jf. prosedyreforordningen 2015 artikkel 1 bokstav f.

⁴⁴ Jf. eksempelvis State aid SA.32063 (2011/NN) – Poland - LIP – Mondy Świecie Poland (OJ C 305, 10. oktober 2012 side 1) se særlig avsnitt 69.

⁴⁵ Jf. også tilnærmingen hos Bull som innledningsvis legger til grunn full homogenitet for de EØS-rettslige problemstillinger hans avhandling drøfter, Henrik Bull, *Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester*, Oslo 2002 side 82.

⁴⁶ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013 side 22, Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 294 og 325 og Pål Wennerås «Article 6 Homogeneity» i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red.), Oslo 2018 side 209 – 248 (side 215).

Generelt er homogenitetsprinsippet tungtveiende.⁴⁷ EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelser i EØS-avtalen som utgangspunkt skal tolkes på samme måte som likelydende bestemmelser i EU-retten.⁴⁸ Den sentrale statsstøttebestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 61 er identisk formulert med sin motpart i TEUV artikkel 107.⁴⁹ De vil derfor som utgangspunkt måtte tolkes på samme måte. Rekkevidden av homogenitetsprinsippet avhenger også av hvilket område av avtalen det er tale om.⁵⁰ Dette kommer blant annet til uttrykk i EFTA-domstolens avgjørelse i saken *Jabbi*: EFTA-domstolen viste til at fri bevegelighet av arbeidstakere var en del av EØS-avtalens kjerne. Homogenitetsprinsippet hadde derfor særlig stor vekt.⁵¹ Statsstøttereglene må på samme måte aneeses som regler i kjernen av EØS-avtalen. Reglene er avgjørende for å sikre like konkurransevilkår i det indre marked. Generelt må derfor homogenitetsprinsippet anses å stå meget sterkt på statsstøtteområdet.

Homogenitetsprinsippets sterke gjennomslag for statsstøttereglene underbygges også av EØS-avtalens regler om håndhevingen av statsstøttereglene. Som nevnt bygger avtalen på at statsstøttereguleringen skal håndheves av Kommisjonen og ESA for hver sin pilar av samarbeidet. Det er videre regulert i EØS-avtalen artikkel 62 nr. 2 at Kommisjonen og ESA skal samarbeide i samsvar med protokoll 27 for å sikre «lik overvåkning av statsstøtte» i EØS-området. Protokoll 27 gir regler om et omfattende samarbeid som blant annet består av generell informasjonsutveksling og samarbeid i enkeltsaker.⁵² EØS-avtalen vedlegg XV inneholder nærmere regler og innlemmelse av regelverk på statsstøtteområdet. Under punktet for generelle kommentarer er det fastslått at for «relevant acts» vedtatt av Kommisjonen etter 31. juli 1991, skal ESA etter å ha konsulert Kommisjonen fatte tilsvarende vedtak for å sikre fortsatt like konkurransevilkår.⁵³ EØS-avtalen inneholder derfor en rekke

⁴⁷ Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 87.

⁴⁸ Sak E-2/06 *EFTAs overvåkningsorgan mot Norge* avsnitt 59.

⁴⁹ Det må imidlertid påpekes at TEUV artikkel 107 nr. 3 har et unntak for kultur (bokstav d) som ikke gjenfinnes i EØS-avtalen artikkel 61. Kulturunntaket i TEUV ble traktatfestet først ved Maastricht-traktaten, og ble av den grunn ikke tatt med i EØS-avtalen. ESA har imidlertid godkjent støtte til kultur i likt omfang med hjemmel i bokstav c, se blant annet ESAs vedtak sak 533/09/COL av 16 desember 2009 amending, for the 77th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on a simplified procedure for treatment of certain types of State aid, punkt 2 bokstav b, hvor ESA understreker at EØS-avtalen artikkel 61 nr. 3 bokstav c skal forstås i lys av TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav d.

⁵⁰ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 54 – 55.

⁵¹ Sak E-28/15 *Jabbi* avsnitt 60.

⁵² EØS-avtalens protokoll 27 første ledd bokstav a og bokstav c.

⁵³ EØS-avtalens vedlegg XV general note no. II.

regler som binder ESA til å følge Kommisjonens praksis. Dette underbygger ytterligere at tolkningen av statsstøttereglene for domstolene må være den samme i EØS-avtalen som i EU-retten.

For regionalstøtte er et argument mot full homogenitet at målsetningen om territoriell samhörighet har sterkere forankring i EU-traktatene enn i EØS-avtalen. I EU er målsetningen nedfelt både i TEUV artikkel 174, og i TEU artikkel 3.⁵⁴ I EØS-avtalen er målsetningen kun formulert i traktatens fortale.⁵⁵ Dette kan tale for at hensynet til utjevning av regionale forskjeller er mer tungtveiende i EU enn i EØS. EFTA-domstolen har generelt sett holdt det åpent at forskjeller i formål og omfang mellom EØS- og EU-samarbeidet i visse tilfeller kan lede til ulik tolkning av likelydende bestemmelser.⁵⁶ Terskelen for dette er imidlertid høy – slike forskjeller må imidlertid utgjøre tvingende grunner for en avvikende tolkning.⁵⁷ EFTA-domstolens praksis viser at så lenge de samme formål fremkommer av EØS-avtalens fortale, vil homogenitetsprinsippet fremdeles normalt ha fullt gjennomslag.⁵⁸ At målsetningen om territoriell samhörighet ikke er nedfelt i en egen traktatbestemmelse i EØS-avtalen kan dermed ikke anses å være en tvingende grunn for avvikende tolkning.

Det må derfor generelt legges til grunn at statsstøtteregelverket i EØS-avtalen skal fortolkes på samme måte som i EU.⁵⁹ Dette innebærer at forholdsmessighetskravet for forenlighet av støtteordninger er de samme både i EU- og i EØS-retten. Det innebærer videre at avhandlingens drøftelse og konklusjoner tilsvarende vil gjelde for adgangen til driftsstøtte i tynt befolkede områder i EU – med andre ord også i Sverige og Finland.

⁵⁴ Nærmere om dette under punkt 2.3.2.

⁵⁵ EØS-avtalens fortale, syvende avsnitt.

⁵⁶ Jf. sak E-3/98 *Rainford-Towning* avsnitt 21.

⁵⁷ Jf. forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal* avsnitt 31.

⁵⁸ Se E-8/00 *LO* avsnitt 38 – 44 og nærmere omtale av dommen hos Finn Arnesen og Halvard Haukeland Fredriksen (red.), *Agreement on the European Economic Area*, Oslo 2018 side 172 – 173.

⁵⁹ Tilsvarende hos Malgorzata Cyndecka, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law*, Wolters Kluwer 2016 side 6 og Pål Wennerås, «Article 6 Homogeneity» i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red.) Oslo 2018 side 215. Se også Michael Sánchez Rydelski «State Aid» i *The Handbook of EEA Law*, Luxembourg 2016 side 575 – 603 (side 603) som slår fast at regelverket frem til i dag er undergitt en homogen fortolkning og anvendelse.

Selv om man i utgangspunktet har full homogenitet, kan dette rokkes ved dersom EØS-avtalen ikke holder følge med utviklingen i sekundærretten i EU. For spørsmålet om hvilken regionalstøtte som er forenlig med EØS-avtalen har ulikheter i sekundærretten så langt ikke oppstått. Det er heller ingenting i dag som indikerer at dette problemet kan oppstå i overskuelig fremtid. Manglende innlemming av sekundærlovgivning er imidlertid for tiden et problem for visse prosessuelle deler av statsstøtteretten. Prosedyreforordningen fra 1999 er avløst av en ny prosedyreforordning av 2015 i EU-retten.⁶⁰ Denne forordningen er enda ikke innlemmet i EØS-avtalen. Prosedyreforordningen av 2015 viderefører hovedsakelig rettstilstanden etter den gamle forordningen. Det er imidlertid noen endringer av betydning.⁶¹ Disse endringene er imidlertid ikke relevante for spørsmålene avhandlingen drøfter.

Samtidig som avhandlingen drøfter rettsspørsmål som må løses med EU-rettens metode, varierer det i hvilken grad de ulike spørsmål som drøftes har sine kilder i EU-pilaren eller i EFTA-pilaren av EØS-samarbeidet. De grunnleggende spørsmål knyttet til forenlighetsvurderingen som drøftes i kapittel 2 og 3 er hovedsakelig behandlet i avgjørelser hos EU-domstolen. Den konkrete vurderingen av RDA-ordningen har imidlertid utelukkende skjedd i EFTA-pilaren av ESA. Kildegrunnlaget for drøftelsene kan således variere. Siden det må legges til grunn full homogenitet for rettsområdet, er det like fullt EU-domstolens metode som er styrende.

1.3. RDA-ordningen – en oversikt

1.3.1. Generelt om RDA-ordningen

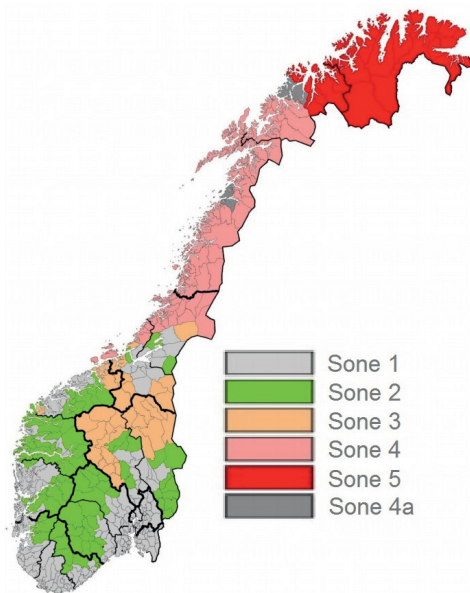
Den regionalt differensierte arbeidsgiveravgiften forklares langt på vei av sitt eget navn. Det er en avgift som betales av arbeidsgivere for hver enkelt arbeidstaker basert på vedkommendes lønn. Satsen på avgiften er i tillegg geografisk differensiert; den varierer ut fra i hvilket område arbeidsgiveren befinner seg.⁶² Foretak i soner med lavere arbeidsgiveravgift,

⁶⁰ Se note 13.

⁶¹ Se nærmere hos Gjermund Mathisen og Christian Jordal «Article 62 [Review of State aid through ESA and the Commission]» i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red.) Oslo 2018 side 598 – 605 (side 600 – 601).

⁶² Hjemmelen for arbeidsgiveravgiften er i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd § 23-2 første ledd. Bestemmelsen pålegger arbeidsgiver å «betale arbeidsgiveravgift av lønn og annen godtgjørelse for arbeid ...».

får derfor lavere kostnader knyttet til ansettelsesforhold enn foretak i soner med full avgift. Ordningen begrunnes hovedsakelig med at den skal styrke sysselsettingen og bosetting i støtteområdene.⁶³ Ordningen ble innført i 1975, og den geografiske differensieringen ble deretter økt betraktelig frem til tidlig på 1990-tallet.⁶⁴ Den grunnleggende innretningen i ordningen har i stor grad vært den samme siden 1990-tallet og frem til i dag. Det har imidlertid også i denne perioden skjedd en rekke merkbare endringer.



Figur 1: Geografisk utstrekning og soneinndeling i RDA-ordningen per 1.8.2018. Sone 1a fremgår ikke av kartet.

RDA-ordningen deler Norge inn i ulike soner med sats fra 0% i laveste sone (Nord-Troms og Finnmark), og 14,1% i høyeste sone (de mest sentrale kommunene i Sør-Norge). Arbeidsgiveravgiften for de øvrige soner er som følger: Sone 2 har 10,6%, sone 3 har 6,4%, sone 4 har 5,1% og sone 4a har 7,9%.⁶⁵ Sone 1a har som Sone 2 en arbeidsgiveravgift på 10,6%, men oppad begrenset innenfor rammene for bagatellmessig støtte.

Områdene med lavere sats utgjør størsteparten av Norges areal – ca. 78 %. Derimot har områdene kun 20 % av Norges befolkning.⁶⁶ Dette har sammenheng med at

Deretter følger det av bestemmelsen tolvte ledd at Stortinget fastsetter størrelsen på arbeidsgiveravgiften, og at avgiften blant annet kan være geografisk differensiert. Stortinget fastsetter de ulike satsene og innretningen på ordningen gjennom sine årlige vedtak om avgifter til folketrygden.

⁶³ Se blant annet Meld. St. 29 (2016-2017) *Perspektivmeldingen 2017* side 29.

⁶⁴ Styrkingen av RDA-ordningen skjedde parallelt med at andre regionale tiltak ble redusert, og er i så måte uttrykk for en *omlegging* i norsk distrikts- og regionalpolitikk. Parallelt skjedde det reduksjoner i ordninger med kapitalstøtte gjennom Distriktenes Utbyggingsfond, og regionalt differensierte avskrivningsregler, se Arild Hervik og Mette Rye, *Drøfting av differensiert arbeidsgiveravgift som virkemiddel for utvikling av kompetansebaserte arbeidsplasser*, Underlagsnotat til Kompetansearbeidsplassutvalget (2010), side 4.

⁶⁵ Stortingsvedtak om fastsetting av avgifter mv. til folketrygden for 2019 §§ 2 og 3.

⁶⁶ State Aid – notification of the Norwegian scheme for regionally differentiated social security contributions av 13. mars 2014 side 27. Andelen av areal fremkommer implisitt av at områdenes befolkningstall og befolkningstetthet er oppgitt.

ordningen retter seg mot områder med lav befolkningstetthet.

I statsbudsjettet for 2019 utgjorde RDA-ordningen om lag 14,1 milliarder kroner. Størrelsen på RDA-ordningen understreker betydningen av den. RDA-ordningen omtales ofte som det viktigste distriktspolitiske virkemidlet i Norge.⁶⁷

Selv om RDA-ordningen utgjør statsstøtte, gjelder ikke dette for alle arbeidsgivere som gis lavere arbeidsgiveravgift. RDA-ordningen er kun å anse som statsstøtte i den grad mottakerne er «foretak», altså driver med økonomisk aktivitet. I tillegg må foretakene delta i grenseoverskridende konkurranse. Siden ordningen både er rettet mot offentlig og privat sektor, er det en betydelig del av ordningen som ikke omfattes av statsstøtteforbudet. Da Norge notifikerte ordningen i 2014, ble det anslått at 6,85 milliarder kroner av ordningen var rettet mot foretak.⁶⁸ Estimater er antakelig noe usikkert, siden det er vanskelig å avgrense hvilke mottakere som er foretak eller ikke. I tillegg vil en viss andel av foretak falle utenfor statsstøtteforbudet fordi de ikke deltar i grenseoverskridende konkurranse. Det er derfor rimelig å anta at RDA-ordningen på tidspunktet for notifikasjonen i 2014 innebar et sted under 6,85 milliarder kroner årlig i statsstøtte.

Beløpet til den enkelte virksomhet er samtidig forholdsvis lavt, siden beløpet fordeles over de aller fleste foretak i støtteområdet. Antall private virksomheter i støtteområdet ble i 2013 anslått til å være om lag 34.000.⁶⁹

I statsstøtteregulverkets terminologi er RDA-ordningen en såkalt horisontalt rettet driftsstøtteordning. At den er horisontal innebærer at den som utgangspunkt er rettet mot alle sektorer. At det er en driftsstøtteordning innebærer at støtten er rettet mot løpende utgifter, og ikke investeringer i ny aktivitet. Fordi støtteordningen er horisontal og gis i form

⁶⁷ Jf. blant annet Meld. St. 13 (2012-2013) *Ta heile Noreg i bruk – Distrikts- og regionalpolitikken* side 70.

⁶⁸ 2014-notifikasjonen side 2.

⁶⁹ I 2013 var det eksakte tallet 33,988 ifølge SSB, jf. State Aid – notification of the Norwegian scheme for regionally differentiated social security contributions av 13. mars 2014 side 3. Dette var også medregnet virksomheter i sektorer som er unntatt fra ordningen, slik at antall støttemottakere i privat sektor den gang var noe lavere.

av lavere avgift mottar foretak i de aktuelle områdene støtte automatisk – det skjer ingen individuell vurdering i forkant av at støtte ytes.

1.3.2. Kort om RDA-ordningens statsstøtterettslige historikk

Europautredningen fastslo i 2012 at RDA-ordningen har vært en av de vanskeligste og største stridsspørsmål i EØS-samarbeidet så langt.⁷⁰ Dette har hovedsakelig vært en rettslig – ikke politisk – strid. Bildet har også vært det samme i etterkant av Europautredningen. Jeg skal gjennomgå hovedpunktene i denne historikken. En slik gjennomgang er både egnet til å belyse temaets aktualitet, og kan gi en bedre forståelse av hvilke rettsspørsmål som kan være problematiske i dag og fremover. Siden avhandlingens formål er å drøfte forenligheten av RDA-ordningen i dag og fremover, er gjennomgangen av ordningens EØS-rettslige historikk begrenset til hovedpunktene.

Ved inngåelsen av EØS-avtalen var utgangspunktet til norske myndigheter at RDA-ordningen måtte anses som en generell skatteordning, og ikke var omfattet av statsstøtteregelverket.⁷¹ Det norske standpunktet var i beste fall tvilsomt. Det forelå flere avgjørelser fra EU-domstolen som indikerte at standpunktet neppe var holdbart.⁷² I *Italia mot Kommisjonen* fra 1974 hadde EU-domstolen for det første slått fast at statsstøtte kunne foreligge i form av avgiftslettelser. For det andre kunne selektivitetsvilkåret være oppfylt hvor støttetiltaket gjaldt en hel sektor.⁷³ Derimot var det imidlertid ikke uttrykkelig tatt stilling til om det samme også gjaldt geografisk selektivitet.

⁷⁰ NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU side 525.

⁷¹ St.prp. nr. 100 Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS) side 376, hvor det uttales at «[d]ifferensiert arbeidsgiveravgift er et viktig distriktpolitisk virkemiddel. I lys av dette har en vurdert om den regionale differensierte arbeidsgiveravgiften, kan bli klassifisert som handelsvridende statsstøtte. Regjeringens vurdering er at den regionale differensieringen kan og skal opprettholdes», og også Bjørnar Alterskjær m.fl., *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Oslo 2008 side 157. Den siterte uttalelsen fra stortingsproposisjonen er riktignok ikke helt klar på om grunnlaget for å opprettholde ordningen er at den ikke utgjør statsstøtte, eller at den kan anses som statsstøtte som er forenlig med det indre marked. Men lest i sammenheng med at driftsstøtte ikke nevnes i den etterfølgende gjennomgangen av regionalstøtte, kan ikke proposisjonen forstås på noen annen måte enn at man vurderte at ordningen ikke utgjorde statsstøtte, se proposisjonen side 376 på punkt 10.3.6 om distriktpolitikken.

⁷² Jf. også Alterskjær m.fl., *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Oslo 2008 side 157 som i forbindelse med dette norske standpunktet uttaler at den «faglige vurderingen må sies å være svak».

⁷³ Sak C-173/73 (ECLI:EU:C:1974:71) *Italia mot Kommisjonen*.

Spørsmålet ble problematisert under Stortingsdebatten om Norges tilslutning til EØS-avtalen. En stortingsrepresentant hadde innhentet en ekstern utredning som konkluderte med at ordningen utgjorde statsstøtte, men trolig kunne videreføres. Representanten pekte på at man gjennom forhandlinger kunne oppnå enighet om å beholde ordninger som i utgangspunktet kan synes noe tvilsomme.⁷⁴

Kort tid etter at EØS-avtalen trådte i kraft, innledet ESA undersøkelser av ordningen. Undersøkelsene endte i et vedtak hvor Norge ble pålagt å notifisere RDA-ordningen som en statsstøtteordning med nærmere spesifiserte endringer.⁷⁵ Norge fastholdt imidlertid at ordningen ikke utgjorde statsstøtte. Norge anla derfor sak for EFTA-domstolen med krav om at vedtaket var ugyldig. Saken ble avgjort i 1999. Når det gjaldt det noe uavklarte spørsmålet om betydningen av geografisk selektivitet, bygde EFTA-domstolen på tidligere rettspraksis om selektivitetsvilkåret. I tillegg viste domstolen til regionalstøtteunntaket i bokstav a, og at et slikt unntak også underbygde at regionalt rettet støtte i utgangspunktet måtte fanges opp av statsstøtteforbudet.⁷⁶ EFTA-domstolen konkluderte med at RDA-ordningen utgjorde statsstøtte, og opprettholdt ESAs vedtak.⁷⁷

EFTA-domstolens avklaring la grunnlaget for de påfølgende diskusjonene og tvistene frem til i dag, nemlig i hvilken grad RDA-ordningen er forenlig med EØS-avtalen.

ESA hadde allerede vurdert det slik at ordningen kunne opprettholdes med visse tilpasninger. Kort tid etter EFTA-domstolens dom, aksepterte ESA en norsk notifikasjon hvor ordningen ble videreført i noe endret form.⁷⁸ Vedtaket tok utgangspunkt i de generelle retningslinjer for regionalstøtte som Kommisjonen og ESA hadde fastsatt for henholdsvis EU- og EFTA-pilaren i EØS-samarbeidet i 1998. En konsekvens av det norske standpunktet om at RDA-ordningen ikke utgjorde statsstøtte, synes å ha vært at man avstod fra å påvirke retningslinjene for at de

⁷⁴ Referat fra Stortingsforhandlingene i Innst. S. nr. 248 (1991-1992) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) side 220.

⁷⁵ ESAs vedtak 145/97/COL av 14. mai 1997 Aid in the form of regionally differentiated social security taxation (ikke publisert i OJ).

⁷⁶ Sak E-6/98 *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 36.

⁷⁷ Sak E-6/98 *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan*.

⁷⁸ ESAs vedtak 228/99/COL av 22. september 1999 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 3, 6. januar 2000 side 4).

skulle åpne for RDA-ordningen. Retningslinjene hadde derfor ikke regler som var tilpasset RDA-ordningen. ESA måtte i stedet foreta forenlighetsvurderingen på bakgrunn av retningslinjer som i utgangspunktet kun åpnet for driftsstøtte knyttet til varetransport. ESA tolket imidlertid ikke denne hjemmelen som uttømmende, og aksepterte også annen driftsstøtte ut fra en bredere tilnærming. ESA godtok derfor at RDA-ordningen omfattet foretak innen tjenestesektoren fordi også disse var rammet av ulemper ved lange avstander.⁷⁹

Vedtaket innebar at ordningen kunne videreføres med hovedtrekkene intakt. 14 kommuner ble riktignok trukket ut av ordningen i notifikasjonen. Dette innsnevret RDA-ordningen noe geografisk.⁸⁰ Samtidig ble en rekke kommuner flyttet én sone opp. Foretak i disse kommunene fikk dermed mer støtte.⁸¹ Godkjenningen gjaldt frem til utløpet av 2003, hvor Norge deretter kunne anmode om forlengelse. Det var ingenting som tilsa at ESA ville nekte en forlengelse, og tilsynelatende var RDA-ordningen sikret i overskuelig fremtid.

Avklaringen varte likevel ikke lenge. Bare et drøyt år etter at RDA-ordningen formelt var godkjent, avviste Kommisjonen en svensk notifikasjon av en driftsstøtteordning for visse tjenestesektorer i Nord-Sverige.⁸² I saksforberedelsen hadde Sverige vist til ESAs godkjenning av den norske RDA-ordningen. Kommisjonen vektla ikke den norske godkjenningen, og bemerket i stedet at traktatbrudd i en medlemsstat, ikke kunne begrunne traktatbrudd i en annen.⁸³ Kommisjonen viste i stedet til at retningslinjene for regionalstøtte fra 1998 kun åpnet for driftsstøtte knyttet til varetransport. Det var derfor ikke rom for driftsstøtte til tjenestesektorer. I motsetning til ESA, mente altså Kommisjonen at retningslinjene måtte forstås uttømmende. Sverige rettet seg etter vedtaket. Den svenske støtteordningen hadde et vesentlig mindre omfang enn RDA-ordningen, og kunne derfor i stor grad videreføres som

⁷⁹ ESAs vedtak 228/99/COL av 22. september 1999 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 3, 6. januar 2000 side 4) punkt 4.3.1.

⁸⁰ ESA hadde i 1997-vedtaket signalisert behovet for en slik innstramming, se ESAs vedtak 145/97/COL av 14. mai 1997 Aid in the form of regionally differentiated social security taxation side 20.

⁸¹ Se ESAs vedtak 228/99/COL av 22. september 1999 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 3, 6. januar 2000 side 4) side 8.

⁸² Kommisjonsvedtak 2001/690/EC av 21. desember 2000 om reduced social contributions aid scheme notified by Sweden (OJ L 244, 14. september 2001, side 32-38)

⁸³ Kommisjonsvedtak 2001/690/EC av 21. desember 2000 om reduced social contributions aid scheme notified by Sweden (OJ L 244, 14. september 2001, side 32-38) avsnitt 31 bokstav c.

bagatellmessig støtte.⁸⁴ For Sverige var det derfor neppe tungtveiende grunner for å angripe vedtaket for EU-domstolen.

Kommisjonens vedtak førte til at ESA innledet nye undersøkelser av RDA-ordningen i 2002.⁸⁵ Undersøkelsene endte med at ESA krevde ordningen i sin daværende form fullstendig avvirket fra og med år 2004.⁸⁶ ESAs krav om avvikling utgjør så langt det mest dramatiske skiftet i ordningens EØS-rettslige historie.

Norge angrep ikke selve avviklingsvedtaket. I stedet tok Norge tre grep for å redusere omveltningen. For det første notifiserte Norge en gradvis utfasing av ordningen over perioden 2004 – 2007. Dette var for å gjøre omveltningen mindre brå for foretak, og dermed redusere de negative virkningene av å fjerne ordningen. ESA godtok denne overgangsordningen.⁸⁷ Det andre grepet var at Norge fikk et vedtak i EFTAs faste komité til å godkjenne en tidsbegrenset videreføring av nullsonen i Nord-Troms og Finnmark.⁸⁸ Vedtaket var hjemlet i ODA protokoll 3, som åpner for at EFTAs faste komité unntaksvis kan godkjenne støtte i EFTA-pilaren i stedet for ESA.⁸⁹ Det tredje grepet var å notisere en videreføring av RDA-ordningen for foretak som ikke var utsatt for grenseoverskridende konkurranse. Dette da støtte til slike foretak ikke er omfattet av statsstøtteforbudet.⁹⁰ Dette tredje grepet mislyktes imidlertid. En slik avgrensning av støttemottakere er av flere grunner svært krevende. ESA fant at den notifiserte ordningen innebar støtte til en rekke foretak i grenseoverskridende konkurranse. På samme måte som

⁸⁴Jf. Arild Hervik og Mette Rye, *Drøfting av differensiert arbeidsgiveravgift som virkemiddel for utvikling av kompetansebaserte arbeidsplasser*, Underlagsnotat til Kompetansearbeidsplassutvalget (2010), side 4.

⁸⁵ Undersøkelsene ble formelt startet 4. juni 2002, men i forkant av dette var det flere møter mellom ESA og norske myndigheter, og mellom ESA og Kommisjonen, jf. redegjørelsen i ESAs vedtak 228/06/COL av 19. juli 2006 om *Regionally differentiated social security contributions* (OJ C 304, 14. desember 2006 side 32) side 3.

⁸⁶ ESAs vedtak 172/02/COL av 25. september 2002 om *Regionally differentiated social security taxation* (OJ C 52, 6. mars 2003 side 16).

⁸⁷ ESAs vedtak 218/03/COL av 12. november 2003 om *state aid in the form of regionally differentiated social security contributions* (OJ L 145, 9. juni 2005 side 25-41).

⁸⁸ Vedtak i EFTAs faste komité nr. 2/2003/SC av 1. juli 2003 (tilgjengelig som vedlegg i <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4790>, sist sjekket 1. oktober 2019). Norge notifiserte først støtten til ESA, jf. Finansdepartementets brev «Differentiated social security contributions in Norway – Notification of a continuation of the system in zone V» av 10. april 2003 (tilgjengelig på www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4791, sist sjekket 1. oktober 2019). Denne notifikasjonen ble imidlertid trukket tilbake etter at EFTAs faste komité hadde fattet sitt vedtak.

⁸⁹ Nærmere om denne særskilte hjemmelen i Alterskjær m.fl., *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Oslo 2008 side 239 flg. Tilsvarende kompetanse er lagt til Rådet i EU-pilaren, jf. TEUV artikkel 108 nr. 2 tredje avsnitt.

⁹⁰ Jf. punkt 1.2.2.

den opprinnelige RDA-ordningen, var det ikke grunnlag i retningslinjene for å anse den forenlig med EØS-avtalen.⁹¹

Proessen som startet med Kommisjonens negative vedtak for den nordsvenske støtteordningen i 2000, munnet dermed ut i at RDA-ordningen ble utfaset over tre år. Unntaket var i Nord-Troms og Finnmark, hvor Norge sikret ordningen videreført gjennom et enstemmig vedtak fra alle EFTA-statene. RDA-ordningen var i all hovedsak opphørt som følge av EØS-rettslige krav, og lite indikerte at den senere kunne gjeninnføres.

Heller ikke denne situasjonen varte lenge. Parallelt med avviklingsprosessen fra 2002-2003 og utover, startet en planlagt gjennomgang av retningslinjene for regionalstøtte som avviklingen var begrunnet med.⁹² Norge argumenterte i denne prosessen for at retningslinjene burde gi rom for differensiert arbeidsgiveravgift som virkemiddel i tynt befolkede områder.⁹³ Norge fikk gjennomslag for dette.⁹⁴ Fra og med 2007 kunne Norge derfor gjeninnføre RDA-ordningen.⁹⁵ Den anførte begrunnelse for ordningen ble i forbindelse med dette endret – i hvert fall delvis. Den tidligere godkjenningen godtok RDA-ordningen ut fra at den kompenserte for avstandsulempen. De nye retningslinjene tillot driftsstøtte for å hindre befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder. Endring i tilnærming fra avstandskompensasjon til en begrunnelse knyttet til befolkningsutvikling førte også til enkelte endringer i ordningen. Én av de merkbare endringene, var at Norge måtte redusere støttenivået for kommunene Bodø og Tromsø. Dette var fordi kommunene hadde en forholdsvis sterk befolkningsutvikling.⁹⁶ Samtidig aksepterte ESA en viss støtte også i disse

⁹¹ ESAs vedtak 298/05/COL av 22. november 2005 om *the proposal for regionally differentiated rates of social security contributions for certain economic sectors (Norway)* (OJ L 122, 8. mai 2008 side 11).

⁹² Disse skulle gjennomgås senest fem år etter de trådte i kraft, jf. Information from the Commission – Guidelines on national regional aid (OJ C 74, 10. mars 1998 side 9 – 31) punkt 6.4.

⁹³ Se blant annet St. meld. nr. 25 (2004-2005) Om regionalpolitikken side 128 flg.

⁹⁴ Jf. Guidelines on national regional aid for 2007-2013, OJ C 54 4.3.2006 s. 13-44 (heretter omtalt som RAG 2007). Retningslinjene ble innført i EFTA-pilaren gjennom vedtak 85/06/COL av 6. april 2007 amending, for the fifty-sixth time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new Chapter 25.B: National Regional Aid 2007 to 2013e fifty-sixth time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new Chapter 25.B: National Regional Aid 2007 to 2013, OJ L 54, 28. februar 2008 side 1 - 20 (heretter omtalt som «ESA RAG 2007»).

⁹⁵ ESAs vedtak 228/06/COL av 19. juli 2006 om Regionally differentiated social security contributions (OJ C 304, 14. desember 2006 side 32).

⁹⁶ Dette ble lagt til grunn i Norges notifikasjon. Daværende finansminister opplyste i et svar til Stortinget at dette var på bakgrunn av signaler fra ESA om at de ikke ville få godkjenning for den satsen som tidligere var anvendt, se Skriftlig spørsmål fra Ivar Kristiansen (H) til kommunal- og regionalministeren, besvart 14.06.2006, Dokument

kommunene, ut fra en betraktning om at det var nødvendig for å hindre befolkningsnedgang i Nord-Norge sett under ett.⁹⁷ At RDA-ordningens begrunnelse gjennom de nye retningslinjene ble vridd fra kompensasjon for avstandsulemper til demografiske hensyn, fikk dermed visse konsekvenser for innretningen av ordningen.

En annen merkbar endring var at sektorer som tidligere var holdt utenfor, nå ble innlemmet i ordningen. Dette gjaldt transport, telekommunikasjon og kraftproduksjon.⁹⁸ En tredje endring verdt å nevne var at den geografiske variasjonen ikke lengre skjedde basert på arbeidstakers bosted. I stedet ble foretakets adresse det avgjørende.⁹⁹

Neste gang regelverket ble gjennomgått var i 2014. Gjennomgangen førte til nye endringer i RDA-ordningen. Det vesentlige ved denne anledning var at sektorene energi, transport og finans måtte fjernes fra ordningen. Dette reduserte støtteomfanget med om lag 1,2 milliarder.¹⁰⁰ Endringen kom på kort varsel, og kompenserende tiltak ble innført for å hjelpe foretak som ble rammet.¹⁰¹ Regelverket fra 2014 skal i utgangspunktet vare frem til 2020. Det ble imidlertid foretatt en endring i 2017. Det ble da innført en ny hjemmel i gruppeunntaksforordningen for regional driftsstøtte i tynt befolkede områder. Etter denne hjemmelen var det ikke noe krav om å unnta sektorene transport og energi. Norge kunne dermed supplere godkjenningsvedtaket fra 2014 med støtte etter gruppeunntakshjemmelen. Sektorene transport og energi ble derfor innlemmet i RDA-ordningen påny fra og med 2018.¹⁰²

nr. 15 – Bind II (2005 – 2006) – Spørsmål til skriftlig besvarelse med svar, side 370 (spørsmålet ble besvart av finansministeren som rette vedkommende). Se også St. prp. nr. 1 (2006-2007) (Kommunal-og regionaldepartementet) side 58 – 59.

⁹⁷ ESAs vedtak 228/06/COL av 19. juli 2006 om Regionally differentiated social security contributions (OJ C 304, 14. desember 2006 side 32) side 22. En annen endring som statsstøtteregelverket utløste er at forut for 2007 var det arbeidstakers geografiske bosted som avgjorde avgiftssatsen. Fra og med 2007 ble dette endret slik at det avgjørende var foretakets adresse, se nærmere St. prp. nr. 1 (2006-2007) Skatte-, avgifts- og tollvedtak side 42-43.

⁹⁸ Se også St. prp. nr. 1 (2006-2007) (Kommunal-og regionaldepartementet) side 59.

⁹⁹ Se også St. prp. nr. 1 (2006-2007) Skatte-, avgifts- og tollvedtak side 42-43.

¹⁰⁰ Prop. 118 S (2013-2014) Endringer i statsbudsjettet 2014 (endring av den differensierte arbeidsgiveravgiften og kompenserende tiltak) side 2.

¹⁰¹ Se Prop. 118 S (2013-2014) Endringer i statsbudsjettet 2014 (endring av den differensierte arbeidsgiveravgiften og kompenserende tiltak) side 12.

¹⁰² Prop. 1 S (2017 – 2018) (Finansdepartementet) side 44.

I 2015 havnet RDA-ordningen i EFTA-domstolen for andre gang. Finnmarks-bedriften KIMEK Offshore AS anla sak om at ESAs godkjenningsvedtak av RDA-ordningen fra 2014 måtte annulleres. KIMEKs anførsel var knyttet til at RDA-ordningen inneholdt en særskilt regel som inkluderte foretak med midlertidig tilstedeværelse i støtteområdet i RDA-ordningen – den såkalte ambuleringsregelen. Denne regelen var godkjent av ESA uten noen nærmere vurdering eller begrunnelse. EFTA-domstolen begrenset seg til en delvis annullering av vedtaket, utelukkende knyttet seg til ambuleringsregelen.¹⁰³ Annulleringen skjedde på prosessuelt grunnlag med bakgrunn i at regelen ikke var tilstrekkelig vurdert av ESA forut for godkjenningen. Ambuleringsregelen var derfor suspendert fra og med 2016, men fikk en godkjenning av ESA etter nærmere undersøkelser i midten av 2017.¹⁰⁴ Norge har foreløpig valgt å ikke benytte denne godkjenningen. Fraværet av gjeninnføringen er ikke begrunnet fra norsk side, men kan indikere at norske myndigheter ikke lenger mener at ambuleringsregelen styrker ordningen tilstrekkelig.

Erfaringen frem til i dag er således at EØS-avtalen gjennom statsstøtteregulverket har hatt sterk innvirkning på RDA-ordningen. Historien viser at håndteringen av støtteordningen har vært krevende, både fra norske myndigheters side, og for de europeiske kontrollorganene. Det norske valget om å bestride at RDA-ordningen utgjorde statsstøtte, fremstår som én årsak bak usikkerheten og tvistene det første tiåret av EØS-avtalens virketid. Håndteringen av støtteordningen ble mer stabil etter at begge parter godtok at ordningen utgjorde statsstøtte, og man fikk en grundigere dialog om forenligheten med det indre marked. Men selv etter at norske myndigheter godtok at ordningen utgjør statsstøtte, har det vært vesentlige skifter i praksis. Enkelte justeringer har også blitt reversert kun kort tid senere, slik sektoravgrensningen som ESA påla i 2014 i stor grad ble reversert i 2017.

På denne bakgrunn fremstår kontrollen med – og vurderingen av – i hvilken grad RDA-ordningen kan ansees som en forenlig statsstøtteordning, som krevende. Dette er i seg selv et argument for en rettsvitenskapelig behandling av emnet.

¹⁰³ Sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan*.

¹⁰⁴ ESAs vedtak 094/17/COL av 31. mai 2017 om *The exemption rule for ambulant services under the scheme on differentiated social security contributions 2014-2020* (OJ L 99, 19. april 2018 side 18).

I denne forbindelse er det også grunn til å understreke at effekten av RDA-ordningen blant annet avhenger av hvor stabil ordningen fremstår.¹⁰⁵ Foretak vil i mindre grad vektlegge en støtteordning ved nyetablering eller utvidelser hvis det er usikkert om den vil bestå fremover. Stadige skifter og justeringer i vurderingen av hvorvidt RDA-ordningen er forenlig med EØS-avtalen, svekker dermed ordningens effektivitet. Dette er ikke utelukkende et problem for norsk side. Regional likhet er som nevnt også en målsetning i EØS-samarbeidet. Svekket effektivitet er derfor også et problem fra et EØS-perspektiv.

I tillegg til dette kommer det faktum at midlertidige endringer i EU og EØS-retten, kan føre til varige endringer nasjonalt. I motsetning til den norske RDA-ordningen, ble ikke den nord-svenske støtteordningen gjeninnført da regelverket åpnet for det i 2007. Det er vanskelig å peke på hvorfor. Generelt vil det imidlertid være mer krevende å få regionale tiltak inn i et statsbudsjett, enn å opprettholde et eksisterende tiltak. Stadige skifter i statsstøttepraksis kan således gjøre det krevende for svakerestilte regioner å opprettholde det nasjonale politiske grunnlaget for støtteordninger. Dette er også problematisk i lys av EU- og EØS-samarbeidets målsetning om regional likhet.

Historikken underbygger derfor behovet for en grundig rettsdogmatisk analyse av ESAs godkjenning av RDA-ordningen, og også behovet for en rettspolitisk drøftelse av den fremtidige forvaltningsutøvelsen.

1.3.3. RDA-evalueringen fra 2018

I godkjenningsvedtaket fra 2014 ble det stilt krav til gjennomføring av en ekstern evaluering av RDA-ordningen.¹⁰⁶ Evalueringen var ment som grunnlag for å vurdere videreføring av RDA-ordningen.¹⁰⁷ Samfunnsøkonomisk Analyse fikk oppdraget om å gjennomføre evalueringen, og ferdigstilte denne i 2018.¹⁰⁸ Evalueringen vurderte både det teoretiske økonomiske grunnlaget for ordningen, og foretok empiriske studier av ordningens faktiske virkning.

¹⁰⁵ Nærmere om dette under punkt 2.3.6.

¹⁰⁶ Godkjenningsvedtaket avsnitt 126–133.

¹⁰⁷ Jf. godkjenningsvedtaket avsnitt 133.

¹⁰⁸ Se Samfunnsøkonomisk Analyse, «Evaluation of the regionally differentiated social security contributions in Norway – Report 26-2018» (Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/7acc75557158472ba2760bf738f0eda2/evalueringssrapport.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019), heretter henvist til som «RDA-evalueringen».

Evalueringen fra 2018 er i skrivende stund den siste vesentlige utviklingen i RDA-ordningens EØS-rettslige historikk. Den foretar en inngående økonomisk analyse av RDA-ordningens faktiske virkning. Evalueringen er derfor særlig egnet til å belyse hvilke spørsmål som kan være problematiske fremover. Det er derfor hensiktsmessig med en egen presentasjon av evalueringen innledningsvis.

Evalueringens hovedkonklusjon var at ordningen fungerte etter sitt formål, og man fremsatte en «clear recommendation» om videreføring av ordningen.¹⁰⁹ Evalueringen synes derfor ikke å rokke grunnleggende ved RDA-ordningen. Samtidig tar evalueringen et visst forbehold mot RDA-ordningens anvendelse i enkelte områder. Det uttales i oppsummeringen at det kan være nødvendig å vurdere om noen kommuner heller er tjent med andre politiske tiltak.¹¹⁰ Evalueringens oppsummering peker videre på at pendlermuligheter til Sone 1 (altså området med full arbeidsgiveravgift) også kunne tilsa at ordningen fjernes i kommuner i Sone 1a og Sone 2.¹¹¹ I tillegg fremheves det at virkningene uansett er begrensede i Sone 2.¹¹²

Evalueringen bør derfor forstås slik at den klare anbefalingen om videreføring begrenser seg til sone 3 – 5, mens den antyder at utvikling kan være riktig vei å gå for Sone 2 og Sone 1a. Evalueringen peker derfor i retning av at sone 2 kan være særlig problematisk, mens ordningen er velbegrunnet i de øvrige soner. Jeg ser i denne sammenheng bort fra sone 1a, som ikke er omfattet av ESAs statsstøttekontroll.¹¹³ Forbeholdene knyttet til enkeltkommuner og Sone 2 er noe uklart formulert. Det er derfor ikke gitt hvordan evalueringen skal forstås. Grovt sett tilsier imidlertid evalueringens hovedkonklusjoner at ordningens begrunnelse og virkninger er lite tilstede i sone 2, mens ordningen virker godt i de øvrige områdene.

Fra et statsstøtterettslig perspektiv er det samtidig noen spørsmål som evalueringen ikke besvarer tilfredsstillende. Dette gjelder først og fremst vurderingen av ordningens formål. Statsstøttetiltak må begrunnes i en fellesinteresse, hvilket da sikter til felles målsetninger

¹⁰⁹ RDA-evalueringen side 129.

¹¹⁰ Jf. RDA-evalueringen side 128.

¹¹¹ Jf. RDA-evalueringen side 129.

¹¹² Jf. RDA-evalueringen side 129.

¹¹³ Jf. punkt 1.1.2 om Sone 1a og reglene om bagatellmessig støtte. Det er uklart hvorfor evalueringen uttaler seg om Sone 1a, da denne sonen ikke var gjenstand for evalueringen fordi avgiftslettelsen er oppad begrenset slik at det ikke rammes av statsstøttebegrepet.

innenfor EU/EØS-samarbeidet.¹¹⁴ Evalueringen på sin side fastslår at ordningen forfølger en fellesinteresse fordi den har bred politisk støtte i Norge.¹¹⁵ Hva som har politisk støtte i ett enkelt medlemsland, er imidlertid ikke styrende for hva som er en felles interesse i EU/EØS-samarbeidet. I hvilken grad RDA-ordningens formål er i tråd med EØS-samarbeidets samholdighetsmålsetning, blir dermed ikke vurdert av evalueringen. Formålsvurderingen til evalueringen er således lite treffende. Hva som er et akseptabelt formål, danner utgangspunkt for de øvrige ledd i forenlighetsvurderingen.¹¹⁶ Den manglende drøftelsen av formål kan således ha betydning for gyldigheten av funnene i evalueringen for øvrig. Blant annet av denne grunn kan ikke evalueringen anses å gi svar på om det innværende godkjenningsvedtaket er rettslig holdbart. Et vesentlig spørsmål som står ubesvart i RDA-evalueringen, er dermed hvorvidt det er avvik mellom RDA-ordningens formål, og samholdighetsmålsetningen i EU/EØS-samarbeidet.

RDA-evalueringen fra 2018 tilfører således viktig kunnskap om ordningens faktiske virkning. Hovedkonklusjonen er riktignok i det vesentlige sammenfallende med andre økonomiske studier.^{117,118} Evalueringen kan ikke ansees å fjerne tvil om RDA-ordningens forenlighet

¹¹⁴ Nærmere om dette på punkt 2.3 og punkt 3.3.3.

¹¹⁵ RDA-evalueringen side 124.

¹¹⁶ Jf. punkt 3.3.2. om forholdsmessighetskravet til forenlighetsvedtak.

¹¹⁷ Hovedkonklusjonen er riktignok i det vesentlige sammenfallende med andre økonomiske studier, av nyere forskning se særlig Hyejin Ku, Uta Schönberg og Ragnhild C. Schreiner, «How Do Firms Respond To Place-Based Tax Incentives?», NBER Working Paper No. 25115, September 2018 (tilgjengelig på <https://www.nber.org/papers/w25115.pdf>, sist sjekket 19. september 2019) og Hildegunn Stokke «Regional payroll tax cuts and individual wages: Heterogeneous effects across education groups» Working paper, 2016 (tilgjengelig på http://www.sre.wu.ac.at/ersa/ersaconfs/ersa16/Paper169_HildegunnStokke.pdf, sist sjekket 19. september 2019). En oversikt over eldre forskning er gitt hos Elisabeth Angell, Stig Karlstad og Ivar Lie, «NORUT Rapport 2011:6 – Problemstillinger om differensiert arbeidsgiveravgift i nord». (tilgjengelig gjennom <https://norut.no/nb/publications/problemstillinger-om-differensiert-arbeidsgiveravgift-i-nord>, sist sjekket 1. juli 2019).

¹¹⁸ En statsvitenskapelig tilnærming til regionalpolitiske tiltak i Nord-Norge finner vi hos Jonas Stein, «The Striking Similarities between Northern Norway and Northern Sweden», *Arctic Review on Law and Politics* vol. 10, 2019, s. 79 – 102. Artikkelen konkluderer med at likhetene mellom befolkningsutviklingen i Nord-Norge og Nord-Sverige tilsier at de norske tiltak har liten effekt på regional utvikling. Artikkelen nevner imidlertid ikke studier av RDA-ordningen konkret (eller av andre norske enkelttiltak artikkelen trekker slutninger om) som går i motsatt retning, og drøfter dermed heller ikke forholdet til disse. I motsetning til RDA-evalueringen er heller ikke artikkelen forankret i Kommissjonens metode for evaluering av statsstøtte (se nærmere Commission Staff Working Document – Common methodology for State aid evaluation, SWD(2014) 179 final, tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/state_aid_evaluation_methodology_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019). Av disse grunner antar jeg den umiddelbare statsstøtterettslige relevansen er liten. Det synes uansett å være en rekke metodiske svakheter ved å trekke slutninger om virkningen av enkelttiltak på bakgrunn av en slik generell sammenligning. For det første er artikkelens forutsetning om at Nord-Norge og Nord-Sverige har sammenlignbare periferiutfordringer ikke riktig. Nord-Norge har blant annet vesentlig større

generelt. Konkret antyder den at sone 2 er et problematisk element ved ordningen. Videre vil holdbarheten av evalueringens konklusjoner vedrørende sone 3 – 5 blant annet kunne trekkes i tvil dersom RDA-ordningens formål ikke samsvarer fullt ut med EU/EØS-samarbeidets samholdningsmålsetning.

1.3.4. Statsstøttereguleringene og RDA-ordningen i dag og fremover

Hovedtrekkene i historikken danner et bakteppe for å vurdere hvilke rettslige problemstillinger knyttet til RDA-ordningens forenlighet med EØS-avtalen som kan være problematiske og aktuelle i dag og fremover. Men som historikken selv viser, ligger det ikke nødvendigvis i dagen hva som er rettslig tvilsomt ved RDA-ordningen. Dette kommer blant annet til uttrykk gjennom KIMEK-saken, hvor ESAs godkjenning ble annullert for en del av ordningen som ikke hadde vært vurdert som problematisk tidligere.¹¹⁹ Problemstillinger og omveltninger har ofte kommet brått og uventet. Historikken kan derfor ikke danne noe *mer* enn et bakteppe.

Aller først kan man identifisere de spørsmål som det i dag er grunnlag for å anse som avklart, eller for å være av begrenset interesse. Dette gjelder først og fremst spørsmålet om RDA-ordningen skal ansees som statsstøtte. Spørsmålet ble avklart ved EFTA-domstolens avgjørelse i E-6/98 *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan*, og ingenting har skjedd siden den gang som rokker ved dette standpunktet. Snarere har EU-domstolen uttrykkelig sluttet seg til EFTA-domstolens standpunkt om geografisk selektivitet.¹²⁰ Derneft viser historikken at å forsøke å tilpasse RDA-ordningen slik at den ikke rammes av statsstøtteforbudet, er en lite

avstandsulemper enn Nord-Sverige. Sammenligningen utelater videre en rekke regionale tiltak på svensk side, herunder at Sverige i store deler av sammenligningsperioden hadde nedsatt arbeidsgiveravgift, jf. blant annet Lag (1983:1055) om nedsättning av socialavgifter och allmän löneavgift i Norrbottens län og Lag (1990:912) om nedsättning av socialavgifter. I tillegg til dette påvirkes den regionale utviklingen først og fremst av *andre* forhold enn den målrettede regionalpolitikken, jf. blant annet NOU:2004:2 *Effekter og effektivitet* side 9. Det blir derfor et stort antall forstyrrende variabler når man sammenligner regioner i ulike stater. Den markert sterkere utviklingen i de største nordnorske byene sammenlignet med de største nordsvenske, eller nokså like utvikling i regionene ellers, gir neppe i seg selv grunnlag for å trekke slutninger om effekten av konkrete enkelttiltak, heller ikke om RDA-ordningen. Under enhver omstendighet er det nødvendig å avvente at forholdet til de mange og mer omfattende økonomiske studiene avklares.

¹¹⁹ Sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan*.

¹²⁰ Jf. blant annet sak C-156/98 (ECLI:EU:C:2000:467) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 32 og sak C-88/03 (ECLI:EU:C:2006:511) *Portugal mot Kommisjonen*. Dommene henviser ikke til E-6/98 *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan*, men i *Portugal mot Kommisjonen* viste EU-domstolen domstolen til regionalstøtteunntaket som argument for at regional selektivitet også oppfylte selektivitetsvilkåret slik også EFTA-domstolen gjorde i E-6/98, se avsnitt 60.

farbar vei. Dette innebærer at det er liten grunn til å analysere RDA-ordningen opp mot selve statsstøtteforbudet. Avhandlingen problematiserer derfor ikke i hvilken grad RDA-ordningen utgjør statsstøtte. Det sentrale spørsmålet er i hvilken grad RDA-ordningen er statsstøtte som må eller kan ansees forenlig med det indre marked.

I hvilken grad RDA-ordningen må eller kan ansees forenlig med det indre marked kan både dreie seg om forenligheten av RDA-ordningen i sin helhet, eller om hvordan RDA-ordningen konkret må innrettes for å være forenlig. Når det gjelder spørsmålet om forenligheten av ordningen i sin helhet, så kan historikken frem til i dag indikere at svaret på dette først og fremst beror på sekundærretten som til enhver tid er vedtatt. Verken sekundærretten eller ESAs godkjenningsvedtak har imidlertid så langt vært vurdert opp mot traktatens forholdsmessighetskrav for forenlighet av EFTA-domstolen. Det er derfor ikke grunnlag for å hevde at forenligheten av RDA-ordningen som sådan generelt avklares gjennom retningslinjene.

Når det gjelder hvordan RDA-ordningen konkret må eller kan innrettes, er det i dag enkelte spørsmål som fremstår særlig problematiske.

Et vesentlig spørsmål knyttet til ordningens innretning er hvilken geografisk utstrekning på ordningen som kan eller må tillates. Evalueringen peker som nevnt på både Sone 2 og Sone 1a som svakt begrunnede. I løpet av EØS-avtalens virketid har det skjedd store utvidelser av det geografiske virkeområdet. Det geografiske virkeområde er også en del av RDA-ordningen hvor det har vært foretatt endringer ved hvert eneste godkjenningsvedtak. For å få den første godkjenningen i 1999, måtte norske myndigheter innskrenke ordningens geografiske virkeområde. Ved gjeninnføringen i 2007, ble imidlertid et norsk ønske om utvidelse av virkeområdet akseptert fra ESAs side. I 2014 notifikerte Norge et enda større virkeområde, som igjen ble godtatt av ESA.¹²¹ Blant annet valgte Norge å utvide ordningen utvidet til å

¹²¹ Se kommunaldepartementets pressemelding av 13. mars 2014 «Regjeringen foreslår at flere kommuner får differensiert arbeidsgiveravgift» (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Regjeringen-foreslar-at-flere-kommuner-far-differensiert-arbeidsgiveravgift-/id753007/>, sist sjekket 1. oktober 2019) og State Aid – notification of the Norwegian scheme for regionally differentiated social security contributions av 3. juni 2014 (heretter henviset til som «2014-notifikasjonen») side 32. Notifikasjonen av 3. juni 2014 er en oppdatert utgave av en notifikasjon av 13. mars 2014. Notifikasjonen av 13. mars 2014 er tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/sl/14_1211_vedlegg1.pdf (sist sjekket 1. oktober

omfatte enda flere kommuner i Sør- og Midt-Norge i 2014. Eksempelvis ble Kongsvinger innlemmet – en kommune på 17.000 innbyggere med en avstand på omtrent 95 km til Oslo, og 65 km til Gardermoen. RDA-ordningen kan derfor i dag i mindre grad begrunnes som et tiltak for de mest perifere regioner i Norge. I stedet må den begrunnes som et tiltak for distriktskommuner generelt over hele landet. Det er uklart om EØS-avtalen åpner for dette. En særlig aktuell problemstilling er derfor hvilket geografisk omfang på RDA-ordningen EØS-avtalen tillater eller krever.¹²²

Nært knyttet til spørsmålet om geografisk virkeområde, er spørsmål om soneinndelingen innenfor støtteområdet, og hvilket støttenivå som kan tillates i de enkelte sonene. Evalueringen peker på at det er svak sammenheng mellom norske myndigheters såkalte sentralitetsindeks, og soneinndelingen.¹²³

Et omdiskutert spørsmål i denne sammenheng har vært vurderingen av bykommunene Tromsø og Bodø. Ved gjeninnføringen i 2007, aksepterte ikke ESA lengre at disse kommunene fikk samme støtte som resten av Nord-Norge. ESA møtte imidlertid norske myndigheter et stykke på halvveien, og aksepterte at kommunene fortsatt fikk en viss redusert støtte. Vurderingen av disse byene er naturlig nok omdiskutert også fra lokalt kommunalt og fylkeskommunalt hold.¹²⁴ Det er derfor grunn til å spørre om det er holdbart av ESA å kreve et lavere støttenivå i perifere bykommuner. En nærliggende virkning av lavere støttenivå i perifere byer sammenlignet med byenes omland, er at ordningen bremser en ellers naturlig urbaniseringsprosess i perifere regioner. En slik virkning går på tvers av en sentral anbefaling fra OECD knyttet til de tynt befolkede områdene i Norden. OECD fremhevet betydningen av å

2019). Juni-notifikasjonen er ikke åpent tilgjengelig på internett. Det er tidvis én sidetall i forskjell på juni-notifikasjonen og mars-notifikasjonen.

¹²² Se og Fiona Wishlade, «Another generation in Competition policy control of Regional development policy», *European Policy Research Paper 14/5*, 2015 på side 16, som stiller seg noe spørrende til at det geografiske virkeområdet ikke ble nærmere prøvd av ESA ved godkjenningen i 2014.

¹²³ RDA-evalueringen side 9.

¹²⁴ Bodø og Tromsø kommune fikk blant annet utarbeidet analysen Norconsult AS, «Regionalt Differensiert Arbeidsgiveravgift RDA i sone 4a (Bodø og Tromsø kommuner) – Sannsynliggjøring av sammenheng mellom viktige utviklingstrender og endring av RDA i 2014» (tilgjengelig på <https://www.custompublish.com/getfile.php/2548564.1308.aauvpxqrqr/2014-02-17+Rapport+Regionalt+Differensiert.pdf?force=1&3&>, sist sjekket 1. oktober 2019). Analysen ble utarbeidet som ledd i et forsøk på å få aksept for samme støttenivå som resten av Nord-Norge ved revideringen av regelverket i 2014.

tilrettelegge for urbanisering for å fremme utvikling i perifere regioner.¹²⁵ RDA-evalueringen peker på sin side på at nettopp disse kommunene har forutsetninger for å få særlig effektiv virkning av nedsatt arbeidsgiveravgift.¹²⁶ RDA-ordningens anvendelse i bykommunene Tromsø og Bodø er derfor et annet aktuelt spørsmål knyttet til ordningens innretning.

Når det gjelder spørsmål om ordningens innretning, er det også grunn til å merke seg hvordan KIMEK-saken viser at forenligheten av RDA-ordningen ikke bare et spørsmål mellom norske myndigheter og ESA. Foretak i og utenfor støtteområdet har en økonomisk interesse av ordningens forenlighet, og kan ha adgang til å angripe ordningen rettslig. Det samme kan gjelde kommuner og fylkeskommuner. Dersom RDA-ordningens innretning er rettslig tvilsom, er det således mange aktører som kan tenkes å ha en interesse i både å påvirke ESAs fremtidige forvaltningsutøvelse, og eventuelt også prøve forvaltningsutøvelsen for EFTA-domstolen.

Siden godkjenningsvedtaket er tidsbegrenset, vil en helt ny vurdering av ordningen måtte foretas etter vedtakets utløp. I utgangspunktet utløper vedtaket ved årsskiftet 2020/2021. Det ligger imidlertid an til at dagens vedtak og regelverk knyttet til regionalstøtte i hele EU/EØS i utgangspunktet forlenges med to år.¹²⁷ Dagens regelverk og godkjenning av RDA-ordningen vil i så fall gjelde frem til starten av 2023. I forkant av en ny vurdering vil antakelig Kommisjonen og ESA foreta en sedvanlig periodevis revidering og justering av regelverket for regionalstøtte. Denne revideringen kan påvirke forenlighetsvurderingen av RDA-ordningen. En særlig problemstilling for vurderingen av RDA-ordningen i etterkant av 2021, er i tillegg hvilke rettslige rammer som gjelder for utformingen av sekundærrett på området.

En vurdering av om godkjenningsvedtaket for RDA-ordningen overholder forholdsmessighetsprinsippets krav for å anse statsstøtte forenlig, kan påvise at dagens ordning må endres for at godkjenningen skal være rettslig holdbar. Vurderingen kan imidlertid også påvise at dagens

¹²⁵ OECD (2017), OECD Territorial Reviews: Northern Sparsely Populated Areas, OECD Publishing, Paris. (tilgjengelig på <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268234-en.pdf?expires=1568884039&id=id&accname=ocid195681&checksum=A34C731A125D6CCA32B32B382EE6AE6A>, sist sjekket 1. oktober 2019) på side 16

¹²⁶ RDA-evalueringen side 85.

¹²⁷ Se blant annet Kommisjonens pressemelding av 7. januar 2019 «State aid: Commission to prolong EU State aid rules and launch evaluation» (IP/19/182) (tilgjengelig på https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-182_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

godkjenningsvedtak er holdbart, men at ESA har et handlingsrom til å kreve ordningen justert. Tilsvarende kan det også påvise at norske myndigheter kan ha et handlingsrom til å justere ordningen. Handlingsrommet for å justere ordningen er interessant blant annet fordi målsetningene for norsk regionalpolitikk er i endring. Hovedmålet i regionalpolitikken da RDA-ordningen ble godkjent i 2014 var å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret. Siden den gang har den overordnede målsetningen i stedet blitt å sikre regional balanse.¹²⁸ Når det gjelder et ytterligere handlingsrom, er det med andre ord aktuelt å avklare hvorvidt RDA-ordningen kan justeres i tråd med en målsetning om regional balanse. Spørsmålet henger sammen med vurderingen av vekstkommuner som Bodø og Tromsø. Dette fordi kommunene isolert har god vekst, men inngår i større regioner som i sum har svakest utvikling. Støtte til slike kommuner lar seg enklere begrunne under en målsetning om å sikre regional balanse, enn under en målsetning om å bevare bosetningsmønsteret.

Kommisjonens reforminitiativer SAAP 2005 og SAM 2012 medførte betydelige endringer i kontrollorganenes praksis knyttet til forenlighetsvurderinger. Kommisjonen synes å være tilfreds med reformene, og ingen ny vesentlig omlegging er signalisert. Snarere skal utredningen mot et nytt regelverk ved utløpet av det inneværende baseres på såkalt «fitness checks» av eksisterende regler.¹²⁹ Fremtidige endringer vil derfor trolig først og fremst basere seg på konkrete vurderinger av enkeltregler, og i mindre grad på generelle og overgripende reformønsker. Dette gjør også rettsvitenskapelige arbeider knyttet til konkrete støtteordninger mer aktuelt, og av større interesse for fremtidig praksis, enn hva som har vært tilfelle tidligere.

1.4. Avhandlingens problemstillinger og struktur

Avhandlingen skal drøfte om det gjeldende godkjenningsvedtaket for RDA-ordningen oppfyller forholdsmessighetskravet for å anse statsstøtte forenlig med EØS-avtalen, og gi en

¹²⁸ Meld. St. 18 (2016 – 2017) Bærekraftige byar og sterke distrikt side 13 og 14. Se også Meld. St. 29 (2016-2017) Perspektivmeldingen 2017 side 206, hvor det fremheves at «[e]n mer krevende situasjon for offentlige finanser i årene fremover tilsier en vridning i virkemiddelbruken. En bærekraftig politikk bør både legge til rette for å benytte menneskelige ressurser og naturressurser i hele landet og dra nytte av fordelene ved regionalisering og lokale vekstsentra».

¹²⁹ Jf. pressemelding fra Kommisjonen av 7. januar 2019: «State aid: Commission to prolong EU State aid rules and launch evaluation» (tilgjengelig på http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-182_en.htm, sist sjekket 23. august 2019).

rettspolitisk vurdering for fremtidig forvaltningsutøvelse. For å gjøre dette er det nødvendig å besvare en rekke underproblemstillinger. Avhandlingen bygger på en struktur som gjør det mulig både med en grundig analyse av den materielle holdbarheten av godkjenningsvedtaket frem til 2021, gruppeunntaket for RDA-ordningen, og også en rettspolitisk analyse av forvaltningsutøvelsen knyttet til RDA-ordningen etter 2021.

Kapittel to omfatter hensynene bak kontrollen med regionalstatsstøtte. Dette består av en analyse av de to sentrale hensyn som må avveies mot hverandre for å avgjøre RDA-ordningens forenlighet med EØS-avtalen: hensynet til uforstyrret konkurranse og samhandel, og hensynet til regional likhet. En slik analyse er nødvendig for å vurdere hvorvidt dagens godkjenningsvedtak overholder forholdsmessighetskravet i avveiningen mellom disse hensyn. Analysen av de relevante hensyn bak kontrollen med regionalstøtte danner også grunnlaget for avhandlingens rettspolitiske drøftelse.

Kapittel tre drøfter domstolenes forholdsmessighetsprøving av Kommisjonens og ESAs forenlighetsvedtak. Som allerede nevnt beror forenligheten av statsstøtte dels på krav til forholdsmessighet, dels på sekundærrett, og dels på et forvaltningsskjønn. Forholdet mellom disse ulike rettslige grunnlag er imidlertid uklart. Det er i tillegg lite behandlet i statsstøttelitteraturen for øvrig. Det er derfor nødvendig med et eget kapittel som analyserer domstolsprøvingen av forholdsmessighetskravet for forenlighet, for deretter å kunne vurdere hvorvidt godkjenningsvedtaket for RDA-ordningen overholder vilkårene som oppstilles i rettspraksis. Fordi problemstillingen både er lite behandlet i litteraturen, og fordi den er nokså kompleks, blir denne drøftelsen nokså omfattende.

Del to av avhandlingen foretar den konkrete vurderingen av RDA-ordningens forenlighet med det indre marked. Kapittel fire vurderer dagens godkjenningsvedtak i lys av forholdsmessighetskravet. Kapittel fem behandler gruppeunntakshjemmelen for driftsstøtte.

Konklusjonen i kapittel fire er at RDA-godkjenningen neppe overholder forholdsmessighetskravet. Hvorvidt og hvordan dette også påvirker holdbarheten av gruppeunntaket vurderes i kapittel fem. Svakheterne i dagens godkjenningsvedtak innebærer at det under enhver omstendighet er rom for – og ønskelig med - endring av praksis fra ESAs

side. Kapittel seks foretar en rettspolitisk drøftelse av hvordan dette handlingsrommet bør benyttes av ESA. Kapittel syv består av noen sentrale avsluttende refleksjoner.

1.5. Generelle begrepsavklaringer

Statsstøtteområdet består av en rikholdig terminologi, og en rekke begreper vil introduseres løpende i teksten. Noen presiseringer er det imidlertid greit å ta innledningsvis. For det første selve begrepet statsstøtte. Begrepet er brukt i EØS-avtalen, og tilsvarer det engelske begrepet «state aid». Begrepet er litt misvisende – statsstøttereguleringen gjelder støtte fra alle offentlige enheter og nivåer, ikke bare fra staten selv. På norsk brukes tidvis det mer dekkende begrepet «offentlig støtte» i stedet for statsstøtte.¹³⁰ Statsstøtte er imidlertid både et innarbeidet og enklere begrep, det begrep traktaten selv benytter, og også mest likt begrepene andre EØS-språk benytter. Avhandlingen bruker derfor hovedsakelig begrepet statsstøtte.

Jeg har allerede innledningsvis brukt begrepene «statsstøttereguleringen» og «statsstøttereglene». Med begge disse sikter jeg til den samlede regulering i EØS-avtalen som spesifikt retter seg mot offentlig støtte. Dette gjelder traktatene, forordninger og retningslinjer. I de tilfeller hvor jeg omtaler både Kommisjonen og ESA benytter jeg tidvis begrepet «kontrollorganene». I tilfeller hvor teksten refererer til ett av organene, avhengig av om man tar utgangspunkt i EU- eller EFTA-pilaren av samarbeidet, kan jeg tidvis benytte begrepet «kontrollorganet».

Av hensyn til en lettlest fremstilling har jeg også benyttet meg av enkelte språklige forenklinger i omtalen av stoffet. Jeg bruker for det første betegnelsen EU, EU-rett og EU-institusjoner i omtalen av forhold som gjelder tidspunkt og sammenhenger hvor det korrekte ville vært å skrive EF, EØF eller EKSF.¹³¹ Det samme gjelder begrepet «EU-retten», som også brukes når det refereres til tidsperioder hvor «felleskapsretten» eller lignende ville vært formelt riktig. Tilsvarende bruker jeg konsekvent begrepet EU-domstolen, selv om denne frem

¹³⁰ Jf. blant annet lov 27. november 1992 om offentlig støtte.

¹³¹ Slik også Halvard Haukeland Fredriksen, *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*, Bergen 2013 på side 26.

til 1992 ble kalt EF-domstolen.¹³² Med EU-domstolen sikter jeg utelukkende til domstolens øverste organ. EU-domstolens førsteinstans refereres til som førsteinstansen.

Jeg bruker videre begrepet «EFTA-statene» når jeg sikter til EØS-landene som står utenfor EU, og ser i den sammenhengen bort fra at Sveits er medlem av EFTA uten å være med i EØS-samarbeidet.¹³³

¹³² Begrepet EF-domstolen var også uttrykk for en realitet: frem til Maastricht-traktaten i 1992 var domstolens kompetanse begrenset til det indre marked. På engelsk har imidlertid domstolen hatt det samme navn gjennom hele EUs utvikling: European Court of Justice.

¹³³ Formelt sett er det riktige begrepet for disse statene EFTA/EØS-landene.

2. HENSYN BAK KONTROLLEN MED REGIONALSTØTTE

2.1. Innledning

Formålet med kapitlet er å analysere hensyn bak statsstøtteforbudet, og hensyn bak å tillate støtte til regional utvikling. Formålet bak statsstøtteforbudet er primært å hindre forstyrrelser i samhandelen og konkurransen. Formålet bak å tillate støtte til regional utvikling er EUs målsetning om territoriell samhörighet. Hvorvidt RDA-ordningen er forenlig statsstøtte beror prinsipielt på en avveining mellom disse to formål.

Både vurderingen av ESAs godkjenningsvedtak i kapittel fire, og den rettspolitiske drøftelsen i kapittel seks, krever en forståelse av formålene som skal avveies mot hverandre. Hva som utgjør en «forstyrrelse» i samhandelen og konkurransen er ikke uten videre klart. Forstyrrelser i samhandelen og konkurransen kan videre være av ulik art, og ha ulike negative konsekvenser. En analyse av hensyn bak å unngå slike forstyrrelser kan derfor klargjøre hvilke typer konkurranseforstyrrelser som kan, eller skal, tillegges større vekt. Tilsvarende betraktninger gjelder for formålet om regional utvikling, som i TEUV artikkel 174 er nedfelt som en målsetning om såkalt territoriell samhörighet.

Gjennom å utpense formålene, kan man dermed i større grad vite hvilke hensyn og fakta som skal eller kan inngå i avveiningen, og hvilken vekt de skal eller kan gis.¹³⁴ En slik analyse er dermed nødvendig for å kunne avgjøre om kontrollorganenes forenlighetsstandpunkter er holdbare eller ikke. Analysen er også nødvendig for å kunne foreta en rettspolitisk analyse av hvordan forvaltningsutøvelsen bør skje fremover for å i størst mulig grad realisere formålene bak statsstøttekontrollen.

¹³⁴ Jf. Phillip Werner og Vincent Verouden (red.), *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 61.

2.2. Hensyn knyttet til statsstøtteforbudet

2.2.1. Generelt om statsstøtteforbudets begrunnelse

Hvilke hensyn som statsstøtteforbudet skal ivareta kan – som et utgangspunkt – utledes av formålet bak statsstøtteforbudet. Det er allerede skissert at formålet bak statsstøtteforbudet er å hindre forstyrrelser i konkurransen og samhandelen. Formålet – eller formålene – om å unngå forstyrrelser på konkurransen og samhandelen hviler igjen på en rekke bakenforliggende hensyn. Sentralt er hensynet til produktivitet, hensynet til skadelige fordelings effekter av statsstøtte, og hensynet til å unngå subsidiekappløp mellom medlemsstater. Dette skal utpensles i det videre.

I statsstøttelitteraturen har det vært en viss debatt om statsstøtterettens grunnleggende formål er å ivareta konkurransen eller samhandelen.¹³⁵ Diskusjonen er i de fleste tilfeller knyttet opp mot statsstøttebegrepet.¹³⁶ I avveiningen av hva som er forenlig statsstøtte er det på sin side på det rene at både de skadelige effektene på konkurranse og på samhandelen må

¹³⁵ Således finner man forfattere som anfører at statsstøttekontrollen utelukkende eller hovedsakelig er begrunnet i konkurranseregulering (i denne retning se Michael Knoblich, «E. Synopsis of Guidelines on regional State aid for 2007 and 2014» i *European State Aid Law – A Commentary*, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) Berlin 2016 side 512), hovedsakelig er begrunnet i hensynet til det indre marked (i denne retning Francesco de Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, se særlig side 42. Se også Andrea Biondi og Piet Eeckhout, «State Aid and Obstacles to Trade» i *The Law of State Aid in the European Union*, Andrea Biondi og Piet Eeckhout (red.), Oxford 2003 side 103 – 116), mer spesifikt at statsstøttekontrollen er begrunnet i hensynet til å unngå subsidiekappløp mellom medlemsstatene (jf. José Luis Buendía «Chapter 1: The Limited Role of the ‘Refined Economic Approach’ in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism» side 24 i *EC State Aid Law – Le Droit des Aides d’Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Gil Carlos Iglesias m.fl. (red.) Wolters Kluwer 2008. Buendía anfører samtidig at det ikke alltid er «properly understood» at det å unngå subsidiekappløp er hovedbegrunnelsen bak statsstøttekontrollen.), og at den er hovedsakelig begrunnet i hensynet til nasjonal budsjett disiplin, (se Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 2. utgave, Oxford 2013 side 11. Bacon synes samtidig å stille spørsmål stegen ved det rettslige grunnlaget for å la nasjonal budsjett disiplin være et styrende formål bak statsstøttekontrollen). Samtidig anerkjenner disse ulike synspunktene stort sett de andre formål som relevante, om enn sekundære. Enkelte viker for å peke ut noe hovedformål, og legger snarere til grunn av statsstøttekontrollen skal ivareta samtlige nevnte formål – som tidvis også blir supplert med ytterligere formål. se Christian Koenig, «Where is State Aid Law heading to?» lederartikkel i *European State Aid Law Quarterly*, issue 4 (2014) side 611 – 613, hvor Koenig også peker på hensynet til europeisk næringslivs konkurransekraft som et særskilt formål ved statsstøttekontrollen.

¹³⁶ Et unntak er Sune Troels Poulsen, *Statsstøtteren i EU – mellom likebehandling og påvirkning af konkurrencen*, København 2015. Fremstillingen drøfter riktignok hovedsakelig statsstøttebegrepet, men analyserer også de bakenforliggende hensyn ut fra noen utvalgte sektorregler om forenlighet, se side 309 flg. Poulsen legger til grunn at tolkningen av statsstøtteforbudet er båret av likhetsbetraktninger og hensyn til handelsforstyrrelser, mens konkurransehensyn slår inn i selve forenlighetsvurderingen, se side 24. Forenlighetsreglene som analyseres omfatter dog ikke regionalstøtte.

avveies mot støttens positive effekter. At de skadelige virkningene på samhandelen er sentrale, fremgår direkte av ordlyden i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 3 bokstav c: Bestemmelsen krever at støtten ikke må «adversely affect *trading* conditions to an extent contrary to the common interest» (min kursivering) for at den skal være forenlig med EØS-avtalen. Det følger altså av ordlyden at påvirkningen på samhandelen er sentral i vurderingen. Forstyrrelser på konkurransen er på sin side ikke nevnt i bestemmelsen. Statsstøtteforbudet er imidlertid systematisk plassert blant konkurransebestemmelsene i TEUV.¹³⁷ EU-domstolen har videre uttrykt at både forstyrrelser på konkurransen, og forstyrrelser på samhandelen, må tas hensyn til i forenlighetsvurderingen.¹³⁸ Dette er også i tråd med praksis hos kontrollorganene.¹³⁹ Det er derfor nødvendig å analysere både i hvilken grad konkurranseforstyrrelser er skadelige, og i hvilken grad handelsforstyrrelser er skadelige.

I avveiningen og vurderingen av hva som er forenlig statsstøtte, skal det i prinsippet foretas en bred og konkret vurdering. EU-domstolen har fastslått at forenlighetsvurderingen må ta hensyn til «all the characteristics of the measure and the market concerned».¹⁴⁰ I dette ligger det at det må foretas en kvalitativ vurdering av støttens positive og negative virkninger.¹⁴¹ I hvilken grad statsstøtte er forenlig med det indre marked kan ikke vurderes ut fra beløp eller andre kvantitative størrelser. Støtten må vurderes med grunnlag i de konkrete effekter støtten har eller kan tenkes å få. Dette ble uttrykt av Kommisjonen i den 14. rapporten om konkurransepolicy på følgende måte:

« (...) the Commission is bound to weigh the beneficial effects of the aid on the development of certain economic activities or of certain economic areas against its adverse effects on trading conditions and the maintenance of undistorted competition. »¹⁴²

¹³⁷ Jf. kapittelbetegnelsen i del VII, kapittel 1: «Rules on competition».

¹³⁸ Jf. sak C-372/97 (ECLI:EU:C:2004:434) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 82 og forente saker T-371/94 og T-394/94 (ECLI:EU:T:1998:140) *British Airways plc m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 283.

¹³⁹ Jf. blant annet ESA RAG 2014 avsnitt 26 bokstav f.

¹⁴⁰ Jf. sak C-47/69 (ECLI:EU:C:1970:60) *Frankrike mot Kommisjonen* avsnitt 7.

¹⁴¹ Jf. Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015 s. 212.

¹⁴² Kommisjonens «14th Report on Competition Policy» av 18. mars 1990 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3c93e6fa-934b-4fb9-b927-dc9fed71ccfe/language-en>, sist sjekket 1. oktober 2019) punkt 202.

Samme synspunkt er også lagt til grunn i rettspraksis.¹⁴³ Fordi avveiningen av forenlig støtte beror på en konkret vurdering av støttens positive og negative virkninger, er det nødvendig at kapitlet foretar en bred gjennomgang av de hensyn som statsstøtteforbudet ivaretar.

Innledningsvis er det også grunn til å understreke at statsstøttereglene inngår i reglene som skal realisere det indre marked. Det indre marked skal ikke bare sørge for fri konkurranse på tvers av medlemsstatene i EØS. Det skal i tillegg bidra til blant annet en sosial markedsøkonomi, full sysselsetting, beskyttelse av miljø, og økonomisk, sosial og territoriell samhörighet.¹⁴⁴ Statsstøttereglenes sammenheng med de brede målsetninger knyttet til det indre marked kommer blant annet til uttrykk i storkammeravgjørelsen *Olympic Airways II*. EU-domstolen uttalte her at statsstøttereglene skulle sikre «the establishment of a common market and the promotion of a high degree of competitiveness and convergence of economic performance».¹⁴⁵ Med konvergens i økonomisk utvikling siktes det til økt regional likhet. EU-domstolen understrekte dermed at statsstøttereglene blant annet skulle bidra til europeisk konkurranseevne og regional likhet, to av de sentrale målsetningene knyttet til etableringen av det indre marked. Dette underbygger ytterligere nødvendigheten av en bred tilnærming til de hensyn statsstøtteforbudet ivaretar. Dette fordi samtlige målsetninger knyttet til det indre marked kan være relevante når man skal analysere skadelige virkninger ved handels- og konkurranseforstyrrelser.¹⁴⁶

2.2.2. Verdiskapingshensyn

Både i økonomisk teori og innad i de europeiske land generelt er det stor grad av konsensus om at markeder med sunn konkurranse generelt er egnet til å gi effektiv verdiskapning – både i form av lavere priser, samlet produksjon, og effektiv utnyttelse av begrensede ressurser.¹⁴⁷ Formålet om å unngå konkurranseforstyrrelser er nært knyttet til verdiskapingshensyn. Dette

¹⁴³ Jf. blant annet sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot* Kommisjonen avsnitt 60.

¹⁴⁴ Jf. TEU artikkel 3 nr. 3.

¹⁴⁵ Sak C-369/07 (ECLI:EU:C:2009:428) *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 119.

¹⁴⁶ Jf. Herwig C.H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 9, jf. tilsvarende samme sted side 62. På dette punkt har det vært en gradvis rettsutvikling fra starten av EU-samarbeidet frem til i dag. Om denne utviklingen, se nærmere hos Juan Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid under EU Law – From internal market to competition and beyond*, Oxford 2015 særlig s. 257 – 258.

¹⁴⁷ Denne forståelsen er forankret i Adam Smiths grunnleggende verk *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth Of Nations*, 1776, og er videreutviklet og bekreftet av en rekke økonomiske teoretikere frem til i dag.

ble fremhevet av EU-domstolen allerede i den første statsstøttesaken under kull- og stålunionen – den såkalte gruvearbeiderbonussaken. Sammenhengen mellom statsstøtteforbudet og verdiskaping ble av EU-domstolen den gang forklart på følgende måte:

«A subsidy or aid (...) constitutes an obstacle to the most rational distribution of production at the highest possible level of productivity inasmuch as, being a payment made by someone other than the purchaser or consumer, it makes it possible to fix or maintain selling prices which are not directly related to production costs and thereby to establish, maintain and develop economic activity which does not represent the most rational distribution at the highest possible level of productivity. »¹⁴⁸

Poenget til EU-domstolen var altså at foretak som mottar statsstøtte kan tilby produkter til lavere priser. En lavere pris påvirker etterspørselen, og dermed gi foretaket en større markedsandel enn det ellers ville hatt. Dette påvirker ikke minst eventuelle konkurrenter til støttemottakeren, som da risikerer å tape markedsandeler. Ved hjelp av statsstøtte kan dermed et ineffektivt firma utkonkurrere et effektivt firma. Dette skader dermed den samlede produktiviteten. Dette hensynet er også trukket særlig frem av Kommisjonen i den såkalte State Aid Action Plan-reformen i 2005. Kommisjonen uttalte at det var særlig grunn til å være opptatt av statsstøttetiltak som ga ubegrunnede selektive fordeler til visse foretak, og stanset eller hindret markedskreftene i å belønne de mest konkurransedyktige foretak. Dette fordi dette svekket konkurranseevnen til europeisk næringsliv.¹⁴⁹

Statsstøttetiltak kan altså svekke produktiviteten. Men også en forventning om å motta statsstøtte på et senere tidspunkt kan være skadelig. Dersom et foretak regner med statlig hjelp i tilfelle av økonomisk vanskeligheter, vil det ha færre incentiver til omstilling og effektivisering av eget tiltak. En slik forventning kan i tillegg føre til at foretaket bruker sine begrensede ressurser på å påvirke myndighetene til å gi støtte, snarere enn effektivisering. Forventninger om statlig hjelp kan også skade verdiskapningen gjennom å påvirke tredjeparters atferd. Et foretak i økonomiske vanskeligheter – men som uansett forventes

¹⁴⁸ C-30/59 (ECLI:EU:C:1961:2) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot High Authority of the European Coal and Steel Community*.

¹⁴⁹ SAAP 2005 punkt I.7.

berget av staten – kan av denne grunn oppnå kreditt på bedre vilkår enn sine mer effektive konkurrenter.¹⁵⁰

Verdiskapingshensyn innebærer langt på vei at man generelt sett må forvente negative virkninger av statsstøtte. Jo større støttebeløp, og jo mer konsentrert støtten er rettet mot et begrenset antall foretak, jo større vil konkurransevriddningen og den potensielle skaden på produktiviteten være.¹⁵¹

Verdiskapingshensyn tilsier at statsstøtte er ekstra skadelig i noen bestemte tilfeller. For det første er det særlig grunn til å være varsom med støtte til foretak som er truet av konkurs. Økonomiske vanskeligheter indikerer at foretak ikke er tilpasset dagens marked. Statsstøtte som viderefører slik virksomhet kan derfor generelt antas å være mer skadelig enn annen statsstøtte.¹⁵² Skaden på produktiviteten er også ekstra stor i tilfeller hvor statsstøtte skaper eller forsterker konkurransehemmende strukturer, eksempelvis ved å gi støtte til et foretak som allerede er i en dominerende stilling.¹⁵³ Et annet tilfelle av statsstøtte som regnes som særlig skadelig på produktiviteten, er støtte til sektorer i nedgang, eller med overkapasitet.¹⁵⁴

Statsstøtteforbudets begrunnelse i hensynet til produktivitet og bærekraftig vekst tilsier en strengere grad av kontroll jo mer negativ effektene for produktiviteten er. Hensynet til samlet produktivitet og europeisk konkurranseevne har blant annet ført til en særlig streng kontroll med permanente driftsstøtteordninger. Permanent driftsstøtte kan innebære at man opprettholder foretak som ikke er levedyktige på alminnelige konkurransevilkår.¹⁵⁵ Dette har

¹⁵⁰ Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 44.

¹⁵¹ Jf. blant annet SAAP 2005 avsnitt 20 som peker på at de skadelige effektene blant annet vil være avhengig av støttebeløpet.

¹⁵² Dette kommer til uttrykk i retningslinjene om støtte til foretak i økonomiske vanskeligheter, se *Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty*, 2014/C 249/01, særlig avsnitt 6.

¹⁵³ Se blant annet RAG 2014 avsnitt 144.

¹⁵⁴ Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 44. Se også EU-domstolens avgjørelse i sak C-464/09 P (ECLI:EU:C:2010:733) *Holland Malt BV mot Kommisjonen* avsnitt 48.

¹⁵⁵ Jf. Claus-Dieter Ehlermann, "The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market", *Common Market Law Review*, 1992 side 257-282 på side 263.

medført at RDA-ordningen og andre permanente driftsstøtteordninger har blitt underlagt særlig strenge vilkår, og i mange tilfeller blitt ansett uforenlig med det indre marked.

Samtidig som det er stor grad av konsensus om at konkurranse generelt sett sikrer best mulig produktivitet, er det også en tilsvarende konsensus om at det er en rekke unntakstilfeller hvor dette likevel ikke gjelder.¹⁵⁶ Slike unntakstilfeller betegnes som «markedssvikt». I tilfeller av markedssvikt kan det snarere oppstå spørsmål om statsstøtte kan anses forenlig med det indre marked nettopp fordi støtten bidrar til større produktivitet.¹⁵⁷ Dette er imidlertid en begrunnelse som ut fra dagens kunnskap ikke er særlig relevant for regionalstøtte.

Verdiskapingshensynet kan knyttes til enda mer grunnleggende målsetninger i EU-samarbeidet. Verdiskapingen er avgjørende for det generelle nivået på velferd. Dermed er hensynet nært knyttet til EUs grunnleggende målsetning om å fremme «the well-being of its peoples».¹⁵⁸ Sunn konkurranse bidrar til at markedet til enhver tid består av mest mulig effektive foretak. Dette sikrer igjen europeisk konkurranseevne globalt, og at forbrukerne kan tilbys best mulige varer til lavest mulig pris.¹⁵⁹ Levedyktige foretak gir videre offentlige myndigheter skatteinntekter, og gjør det mulig å finansiere offentlige tjenester og velferdsgarantier.

2.2.3. Fordelingshensyn

I mange tilfeller påvirker statsstøtte fordelingen av verdiskapingen mellom medlemsstater og ulike regioner. Påvirkningen på fordeling er ofte en viktig del av statens motivasjon for å gi statsstøtte til foretak. Foretak som gis statsstøtte kan opprettholde eller utvide virksomheten. Dette gir sysselsetting og skatteinntekter til medlemsstaten som huser foretaket. Stater er derfor tilbøyelig til å gi statsstøtte til egne foretak fordi det kan sikre dem positive fordelingsvirkninger. De skadelige effektene på konkurrentene kan på sin side være begrenset

¹⁵⁶ Også kunnskapen og forståelsen av markedssvikt kan føres tilbake til Adam Smith, se blant annet David A. Reisman «Adam Smith on Market and State», *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, Vol 154, No. 2 (Juni 1998) side 357 – 383.

¹⁵⁷ Se nærmere blant annet Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 30 – 36.

¹⁵⁸ TEU artikkel 3 nr. 1.

¹⁵⁹ State Aid Action Plan, Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for State Aid Reform 2005-2009, COM(2005)107 final punkt I.6.

til andre medlemsland. Fra et europeisk perspektiv er imidlertid denne fordelingsvirkningen uheldig. De negative fordelingseffektene forsterkes av at det er de ressurssterke medlemslandene som har størst ressurser til å yte statsstøtte. Uten en overnasjonal statsstøttekontroll, er det således nærliggende at økonomisk sterke medlemsstater tiltrekker seg økonomisk aktivitet på bekostning av de svakere medlemsstater.¹⁶⁰

De mulige fordelings effekter statsstøtte kan ha medfører at samholdighetsmålsetningen ikke bare kommer inn i bildet som grunnlag for unntak fra statsstøtteforbudet. Samholdighetsmålsetningen er også et hensyn som taler for streng kontroll med statsstøtte fra de mer velstående land som kan svekke utviklingen i de mindre utviklede økonomiene.¹⁶¹ Kommisjonen har i mange sammenhenger fremhevet behovet for å begrense statsstøtte i mer velstående land for å unngå at denne undergraver tiltakene i de mindre utviklede områdene.¹⁶² Dagens retningslinjer understreker at regionalstøtte må brukes sparsomt og må konsentreres på de vanskeligst stilte regionene i EU for å virke effektivt.¹⁶³ Dette gjenspeiles også i det tillatte støttenivået, hvor de økonomisk mest utviklede medlemsstatene er begrenset til et lavere støttenivå enn de økonomisk svakere medlemsstatene.

Statsstøtte har altså en fordelingsvirkning som tilsier en streng kontroll i sterke regioner. Fordelingsvirkningen av statsstøtte innebærer imidlertid også at statsstøtte kan være et egnet tiltak for å bidra til økonomisk utvikling i svakere stilte områder. Siden det er stor variasjon blant de svakere regioner i hvor underutviklet de er, taler dette i tillegg for at man bør forsøke

¹⁶⁰ Jf. annet Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 49 – 50. Stortingskomiteen påpekte nettopp dette i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen. Komiteen la til grunn at Norge hadde en interesse av å inngå i en felles statsstøttekontroll gjennom EØS-samarbeidet siden Norge som et lite land var dårlig rustet for å vinne en subsidiemot mot større land, se Innst. S. nr. 248 (1991 – 1992) side 56.

¹⁶¹ Jf. blant annet Claus-Dieter Ehlermann, «The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market» *Common Market Law Review*, 1992 side 257-282 på side 276 og Adinda Sinnaeve «State Aid Control: Objectives and Procedures» i *Understanding State Aid Policy in the European Community*, European Institute of Public Administration, Sanoussi Bilal og Phedon Nicolaidis (red.) Kluwer 1999 på side 14.

¹⁶² Se blant annet Kommisjonens «23rd Report on Competition Policy» 1993 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7db4a243-39f3-4ba4-a5b7-1cb48f8ca6d3/language-en>, sist sjekket 1. oktober 2019) side 278 (punkt 465) og Claus-Dieter Ehlermann, «The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market» *Common Market Law Review*, 1992 side 257-282 på side 276. Se også Commission communication on the method for the application of Article 92(3)(a) and (c) to regional aid, OJ C 212 av 12. august 1988 punkt 1 syvende avsnitt, og RAG 2007 punkt 5.

¹⁶³ ESA RAG 2014 avsnitt 5.

å unngå at støtte til en svak region trekker investeringer og aktivitet vekk fra en enda svakere region.

2.2.4. Markedsintegrasjon

Som allerede nevnt er statsstøttereguleringen en del av reglene som etablerer og skal realisere EUs indre marked. Selv om TEU artikkel 3 taler om at EU etablerer et indre marked, er det det indre marked noe som kontinuerlig må utvikles og vedlikeholdes. Hensynet til det indre marked handler om at EU skal bestå av ett felles marked, snarere enn av en løst sammenslutning av medlemsstatenes ulike nasjonale markeder.¹⁶⁴ Statsstøtteretten og konkurranseretten er begge viktige bidrag til å sikre integrasjon i det indre marked.¹⁶⁵ Hensynet til markedsintegrasjon er langt på vei sammenfallende med hensynet til fri konkurranse. Det særskilte ved hensynet til det indre marked, er at fokus er på å unngå at medlemsstatenes nasjonale markeder lukkes for grenseoverskridende handel. EU-domstolen har formulert hensynet til det indre marked på følgende vis i forbindelse med konkurranseretten:

« (...) an agreement between producer and distributor which might tend to restore the national divisions in trade between Member States might be such as to frustrate the Treaty's objective of achieving the integration of national markets through the establishment of a single market. »¹⁶⁶

For statsstøtte er det altså et særlig hensyn å unngå at støttetiltak bidrar til å opprettholde eller skape nasjonale barrierer innad i det indre marked.¹⁶⁷ Hensynet til markedsintegrasjon var mer vesentlig for statsstøtteforbudet i de tidlige tiår av EU-samarbeidet.¹⁶⁸ Som jeg

¹⁶⁴ Jf. blant annet Pierre Mathijsen og Peter Dyrberg, *Mathijsen's Guide to European Union Law*, 11. utgave. London 2013 side 239.

¹⁶⁵ For konkurranseretten, se Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford 2018 på side 23 – 24 og Alison Jones og Brenda Sufrin, *EU Competition Law – Text, Cases, and Materials*, 6. utgave, Oxford 2016 på side 35 – 36.

¹⁶⁶ Forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P (ECLI:EU:C:2009:610) *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Kommisjonen* avsnitt 61.

¹⁶⁷ Jf. blant annet COM (85) 310 final, «Completing the Internal Market», White paper from the Commission to the European Council, side 8, punkt 19.

¹⁶⁸ Jf. Juan Jorge Piernas López, *The Concept of State Aid under EU Law – From internal market to competition and beyond*, Oxford 2015 se særlig oppsummeringen på side 260. Tidvis trekkes det frem også i nyere tid, jf. eksempelvis Commission Communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures

kommer tilbake til senere, er markedsintegrasjon også aktuelt som argument for å tillate statsstøtte til perifere regioner.

2.2.5. Unngå subsidiekappløp

Fordelingsvirkningene knyttet til statsstøtte kan medføre at stater ender opp i et subsidiekappløp for å tiltrekke seg økonomisk aktivitet. Dersom en medlemsstat rammes av at en annen medlemsstat bruker statsstøtte for å sikre seg økonomisk aktivitet, er det nærliggende å selv bruke statsstøtte for å avverge virkningen. Dette kan igjen møtes av enda mer statsstøtte fra den andre staten. En slik dynamikk kan naturligvis også utspille seg mellom mer enn bare to medlemsstater. Et særskilt hensyn bak statsstøtteforbudet er å unngå slike subsidiekappløp.

Faren for skadelige subsidiekappløp var langt større i EU-samarbeidets begynnelse.¹⁶⁹ Kommisjonens kontroll med medlemsstatenes statsstøtte har blitt stadig mer effektiv gjennom EU-samarbeidet, og dette har redusert risikoen for subsidiekappløp. Ulovlig statsstøtte blir møtt med krav om tilbakebetaling. Forenlig statsstøtte kan tillates vel vitende om at eventuelle mottiltak også må godkjennes av Kommisjonen. I nyere tid er det derfor sjelden at faren for subsidiekappløp vektlegges i enkeltsaker.¹⁷⁰ Hensynet til å unngå subsidiekappløp kan derfor således sies å være langt på vei ivaretatt innenfor dagens regelverk.¹⁷¹

in the financial sector in the current crisis under the State aid rules, 2009/C 195/04 (OJ C 195, 19. august 2009 side 9-20) side 3: «The integrity of the internal market and the development of banks throughout the Community must be a key consideration in the application of those principles; fragmentation and market partitioning should be avoided.»

¹⁶⁹ John Jordan påpeker at en særlig utfordrende periode var etter at tollunionen var realisert i 1968 og de påfølgende årene, se «Compatibility of regional aid systems with the Common Market», *European Law Review* 1976 side 236 – 242 på side 239.

¹⁷⁰ Jf. Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 2. utgave, Oxford 2013 side 9. Se dog Buendia, som fremhever det å unngå subsidiekrig som det fremste formålet bak statsstøttereglene, jf. José Luis Buendia Sierra og Ben Smulders «Chapter 1: The Limited Role of the 'Refined Economic Approach' in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism» i *EC State Aid Law – Le Droit des Aides d'Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Gil Carlos Iglesias m.fl. (red.) Wolters Kluwer 2008, se side 25.

¹⁷¹ Teoretisk kan det hevdes at subsidiekappløp kan fremme produktiviteten, fordi regionen som er best egnet til å huse et foretak vil være den som tilbyr det aktuelle foretaket mest statsstøtte, se Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document – Communication From The Commission – Guidelines on regional state aid for 2014 – 2020, SWD(2013) 215, (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/regional_aid/impact_assessment_report_en.pdf, sist sjekket 1.

Tradisjonelt har imidlertid hensynet til å unngå subsidiekappløp vært mer fremtredende i kontrollen av regionalstøtte enn andre typer statsstøtte.¹⁷² Dette gjelder fremdeles. Dagens retningslinjer for regionalstøtte fremhever også hensynet til om å unngå et subsidiekappløp som sentralt.¹⁷³ Hensynet til å unngå subsidiekappløp tilsier at statsstøttekontrollen bør være strengere jo mer sannsynlig det er at andre medlemsstater kan treffe mottiltak. Motstykket til dette er at kontrollen bør være mindre streng for tiltak som i liten grad kan medføre motreaksjoner. Permanente og horisontale driftsstøtteordninger som RDA-ordningen fremstår i svært liten grad som strategisk innrettet for å vinne næringsaktivitet på bekostning av andre medlemsstater. Hensynet til å unngå subsidiekappløp gjør seg derfor lite gjeldende for slike støtteordninger.

2.2.6. Finansieringskostnaden for statsstøtte

Statsstøtte innebærer at statsmidler overføres til foretak. Statsstøtte utgjør derfor en direkte kostnad for staten. Kostnaden må videre finansieres gjennom skattlegging. Skattlegging er i seg selv forstyrrende på økonomien, og innebærer således at statens økonomiske tap ved å gi statsstøtte er større enn selve støttebeløpet. Dette ytterligere tapet omtales gjerne som skyggekostnaden ved skattlegging. Det er antatt at skyggekostnaden kan utgjøre et sted mellom 15% og 30% av skatteinntektene.¹⁷⁴

oktober 2019) side 23. Som det fremgår på samme sted, er det imidlertid flere grunner til at dette ikke kan forventes å skje i praksis. Sentrale årsaker er at statsstøtte til dels vil være styrt av hvilke finanser en region rår over, dels fordi regioner ikke vil være i stand til å estimere de regionale virkningene i særlig stor grad, dels fordi regioner på grunn av interne politiske mekanismer som å sikre gjenvalg vil være mer tilbøyelig til å vise handlekraft for å tiltrekke seg økonomisk aktivitet, enn til å vise moderasjon.

¹⁷² Dette har vært tilfelle helt fra starten, jf. blant annet Kommisjonens «First General Report on the Activities of the Communities» (februar 1968) på side 70. (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/efe33680-e3c7-4f53-8de7-98733c6965a2>, sist sjekket 1. oktober 2019) og Kommisjonens «Second General Report on the Activities of the Communities» (februar 1969) (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/31346/1/GEN_RPT_2nd_1968_1.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019) side 60 hvor Kommisjonen uttaler på side 60 at den var: «...anxious to achieve some measure of harmony among the Member states with regard to regional aid, both because of the need for balanced growth in the various regions of the community and in an endeavour to put an end to the efforts of member countries to outbid each other and to the distortions due to excessive competition at community level».

¹⁷³ RAG 2014 avsnitt 3. Retningslinjene for støtte til foretak i økonomiske vanskeligheter nevner også hensynet til å unngå subsidiekappløp, men gir det ikke en like sentral plassering, se Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty (2014/C 249/01) avsnitt 12.

¹⁷⁴ Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 48. Norske myndigheter har i rundskriv R-109/14 Prinsipper og krav ved utarbeidelse av samfunnsøkonomiske analyser mv. satt som retningslinje at

Etter gjeldende rettspraksis er det imidlertid de negative virkningene knyttet til selve statsstøtten som skal inngå i avveiningen.¹⁷⁵ Det skal derfor verken tas hensyn til selve finansieringskostnaden eller skattekostnaden i forenlighetsvurderingen.

Enkelte har imidlertid argumentert for at praksis bør endres på dette punkt.¹⁷⁶ Dagens praksis som systematisk ser bort fra finansieringskostnaden, utelukker utvilsomme negative virkninger fra vurderingen. Avveiningen blir da systematisk skjev i favør av å godta statsstøtte.¹⁷⁷ En slik endring i praksis må eventuelt skje hos EU-domstolen, og synes ikke i dag å være et særlig aktuelt spørsmål.¹⁷⁸ Fra et nasjonalt perspektiv bør man imidlertid uansett være oppmerksom på denne negative virkningen ved støtte, og at den ikke fanges opp av den statsstøtterettslige vurderingen. I utgangspunktet har imidlertid nasjonale myndigheter en egeninteresse i å fullt ut ta hensyn til finansieringskostnaden. På bakgrunn av at nasjonale myndigheter ofte er utsatt for politisk press for å gi statsstøtte – enten den er godt eller dårlig begrunnet – er dette likevel ikke alltid tilfelle.¹⁷⁹

skyggekostnaden ved skattlegging (omtalt som «skattekostnaden») skal settes til 20 øre per krone – altså 20%, se rundskrivets side 6.

¹⁷⁵ Jf. blant annet sak C-372/97 (ECLI:EU:C:2004:434) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 82 som taler om de negative virkningene ved «the impact of aid». En annen sak er at dersom et støttetiltak i seg selv inneholder mekanismer som finansierer tiltaket, vil virkningene av disse være relevant i vurderingen av støtteordningen.

¹⁷⁶ Hans W. Friederiszick, Lars-Hendrik Röller og Vincent Verouden «European State Aid Control: An Economic Framework» i *Handbook of Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi (red.) London 2008 side 625 – 669 på side 642.

¹⁷⁷ Ulrich Schwalbe «Economic Principles of State Aid Control» i *European State Aid Law – A Commentary*, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) Berlin/Brussel 2016 side 3 – 50 på side 26.

¹⁷⁸ Behovet for – og konsekvensen av – en slik endring i praksis er uansett størst for statsstøtte som begrunnes i korrigerende av markedssvikt, hvor forenlighetsvurderingen i prinsippet består utelukkende av økonomiske (og dermed kommensurable) størrelser. For støtte begrunnet i andre politiske målsetninger, herunder regionalstøtte, behøver ikke en slik endring å gi utslag i praksis, da det uansett er ikke-kommensurable størrelser som skal avveies.

¹⁷⁹ Jf. og Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2016 side 13 og Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot, *EU State Aids*, 5. utgave, London 2016 side 35, som peker på ulike former for politisk press som kan medføre at myndigheter gir svakt begrunnet statsstøtte.

2.3. Hensyn knyttet til regionalstøtteunntaket

2.3.1. Generelt om regional likhet som EU-målsetning

EU-retten inneholder en rekke unntak fra statsstøtteforbudet for ulike formål, og med ulik begrunnelse.¹⁸⁰ Regionalstøtteunntaket er således ett av flere unntak, og har sin egen særskilte begrunnelse. Dette kapitlet gjennomgår de hensyn som regionalstøtteunntaket skal ivareta. Som jeg redegjør nærmere for i kapittel tre, må statsstøtteunntak begrunnes med utgangspunkt i en fellesinteresse.¹⁸¹ Dette innebærer at analysen av hensyn bak regionalstøtteunntaket må knyttes til i hvilken grad regional likhet og regional utvikling er målsetninger i EU-samarbeidet. De nasjonale begrunnelser for å gi regionalstøtte behandles derfor ikke nærmere i dette kapitlet.

Hensynet til regional likhet er i EU-traktatene formulert som hensynet til territoriell samholdighet. Det er nedfelt som et grunnleggende hensyn i TEUs formålsparagraf, hvor det heter at unionen skal «promote economic, social and territorial cohesion».¹⁸² Formålet er nærmere konkretisert i TEUV artikkel 174. Bestemmelsen lyder som følger:

« In order to promote its overall harmonious development, the Union shall develop and pursue its actions leading to the strengthening of its economic, social and territorial cohesion.

In particular, the Union shall aim at reducing disparities between the levels of development of the various regions and the backwardness of the least favoured regions.

Among the regions concerned, particular attention shall be paid to rural areas, areas affected by industrial transition, and regions which suffer from severe and permanent

¹⁸⁰ Jf. TEUV artikkel 107(2) bokstav a og b. og TEUV artikkel 107(3) bokstav a – d. I tillegg er det hjemmel i bokstave for å tillate andre typer støtte etter vedtak fra Rådet på Kommisjonens forslag. I tillegg utgjør adgangen til å finansiere tjenester av allmenn økonomisk betydning et viktig unntak fra statsstøtteforbudet, jf. TEUV artikkel 106.

¹⁸¹ Se nærmere punkt 3.3.3.

¹⁸² TEU artikkel 3 nr. 3 tredje ledd.

natural or demographic handicaps such as the northernmost regions with very low population density and island, cross-border and mountain regions. »

Det er uttrykkelig fastsatt i artikkel 175 at unionen gjennom sin politikk og tiltak og ved gjennomføringen av det indre marked skal ta hensyn til målsetningene i artikkel 174. Dette innebærer at målsetningen også skal tas hensyn til ved vurderingen av statsstøtte for regional utvikling.¹⁸³ TEUV artikkel 174 er derfor det sentrale utgangspunktet for å klarlegge formålet om regional utvikling, og hensynene det skal ivareta.

I forbindelse med målsetningen om territoriell samhörighet er det særlig tre spørsmål som melder seg. Det ene spørsmålet er hva «samhörighet» - eller regional likhet – skal måles ut fra. En rekke ulike kriterier kan tenkes – eksempelvis sysselsetting, lønnsnivå, samlet produksjon mv. TEUV artikkel 174 kan generelt tas til inntekt for at flere tilnærminger bør være tillatt. Bestemmelsens annet og tredje ledd forutsetter at målsetningen kan gjelde ulike typer regional likhet – fra ulikheter i den generelle økonomiske utviklingen, til strukturelle ulemper som knytter seg til regioner som i og for seg er godt utviklet. Sentralt for RDA-ordningen og støtteordninger i Norden generelt, er at «the northernmost regions with very low population density» er blant regionene som tredje ledd peker på. Det innebærer at samhörighetsmålsetningen under enhver omstendighet er relevant for deler av Norge og Norden.

Det andre spørsmålet knyttet til samhörighetsmålsetningen er selve regionbegrepet. Begrepet region er vidt, og kan sikte til både svært store og relativt små geografiske områder. Hva slags geografisk enhet man tar utgangspunkt i, kan være avgjørende for hvilke områder som vurderes som svakere stilt. Som eksempel kan en kommune ha sterk vekst, men inngå i et fylke med økonomisk utvikling godt under det nasjonale snittet. Dette fylket kan igjen inngå i en landsdel som presenterer gjennomsnittlig godt. Hvorvidt en slik kommune ansees som svakere stilt, beror på hvilken geografisk enhet man tar utgangspunkt i. Også for dette

¹⁸³ Se også Hans. W Friederiszick og Massimo Merola, «Chapter 10 – Regional Aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer 2016 side 318. Se også sak T-171/02 (ECLI:EU:T:2005:219) *Regione autonoma della Sardegna mot Kommisjonen* avsnitt 172 – 175 og Kommisjonens anførsler i sak C-278/00 slik de fremkommer i generaladvokat Geelhoeds opinion i sak C-278/00 (ECLI:EU:C:2003:494) *Hellas mot Kommisjonen* avsnitt 137.

spørsmålet åpner samhörighetsmålsetningen i artikkel 174 for ulike tilnæringer. Bestemmelsen presiserer ikke hva som utgjør en region. Tredje ledd viser på sin side til ulike typer regioner som normalt er forholdsvis små (eksempelvis områder som berøres av industriell strukturendring og fjellområder), og områder som er store (eksempelvis de nordligste regionene med svært lav befolkningstetthet). Siden utgangspunktet riktignok er territoriell samhörighet i EU-området i sin helhet, er det imidlertid naturlig å først og fremst forstå målsetningen til å sikte til enheter som i en nasjonal kontekst fremstår som forholdsvis store og sammenhengende geografiske områder.

Et tredje spørsmål er rekkevidden av målsetningen om regional likhet. På dette punkt gir artikkel 174 visse føringer både på en nedre og øvre grense. For den nedre grensen gir bestemmelsen en tydelig føring på at regionale forskjeller ikke skal øke fra dagens nivå. Dette fremkommer av formuleringen i første ledd, som sier at Unionen skal utforme en politikk som styrker samhörigheten. Annet ledd presiserer videre at EU-samarbeidet skal redusere forskjellene mellom de ulike regionene. Dette tilsier at hensynet til regional likhet bør være særlig tungtveiende hvis avstanden mellom svake og sterke regioner er økende. For den øvre grense, så rekker ikke samhörighetsmålsetningen så langt som at regionale ulikheter skal elimineres. Dette fremkommer særlig av annet ledd, som sier at målet er å redusere forskjeller. Dette er en nokså opplagt grense om man tar i betraktning hvor realistisk et slikt mål ville vært.

Samhörighetsmålsetningen har gradvis fått en sterkere stilling i EU-retten. I Romatraktaten var målsetningen om reduserte forskjeller mellom regionene kun nedfelt i fortalen.¹⁸⁴ Ved Enhetsakten i 1986 fikk samhörighetsmålsetningen en egen bestemmelse som inneholdt det vesentlige innhold som i dag ligger i TEUV artikkel 174 første og andre ledd.¹⁸⁵ Målsetningen i TEUV artikkel 174 tredje ledd med henvisning til de tynt befolkede områder i nord er ny av Lisboaatraktaten. Fordi samhörighetsmålsetningen har fått en mer sentral plassering og mer konkret innhold, er ikke nødvendigvis eldre rettspraksis og Kommisjonspraksis dekkende for hvordan avveiningen mellom hensynet til en uforstyrret konkurranse og samhandel skal avveies mot hensynet til regional utvikling. Hovedbildet er imidlertid at Kommisjonen og EU-

¹⁸⁴ Romatraktatens fortale avsnitt 5.

¹⁸⁵ Romatraktaten ble da tilført en ny artikkel 130a.

domstolen har praktisert en forholdsvis romslig adgang til å gi regionalstøtte gjennom hele EU-samarbeidet.

2.3.2. Det indre markedes betydning for regionale forskjeller

Et sentralt bakteppe for EUs målsetning om samholdighet, er sammenhengen mellom et indre marked med fri konkurranse mellom EUs medlemsstater, og betydningen dette har for regionale forskjeller. Ved starten av EU-samarbeidet var det delte oppfatninger om det indre marked i seg selv ville sørge for utjevning av regionale forskjeller. Det var til en viss grad en forventning om at det å åpne markedene mellom medlemsstatene alene ville redusere de regionale ulikhetene.¹⁸⁶ I dag har man lang erfaring med det indre marked, og man har fått større kunnskap om at fri konkurranse i en rekke tilfeller kan forsterke regionale forskjeller. Risikoen for en slik utvikling ble blant annet pekt på i Kommissjonens hvitbok om fullføringen av det indre marked i 1985:

« The Commission is, however, conscious that there may be risks that, by increasing the possibilities for human, material and financial services to move without obstacle to the areas of greatest economic advantage, existing discrepancies between regions could be exacerbated and therefore the objective of convergence jeopardized. »¹⁸⁷

Risikoen for at det indre marked kan forsterke regional ulikhet var blant grunnene til at samholdighetsmålsetningen ble nedfelt i EU-retten gjennom Enhetsakten.¹⁸⁸ EUs samholdighetspolitikk ble samtidig forsterket fordi de mindre utviklede medlemslandene ble

¹⁸⁶ Se blant annet John Bachtler, Carlos Mendez og Fiona Wishlade, *EU Cohesion Policy and European Integration*, Ashgate 2013 side 30 og Pierre Mathijsen og Peter Dyrberg, *Mathijsen's Guide to European Union Law*, 11. utgave, London 2013 side 575.

¹⁸⁷ Com (85) 310 final «Completing the internal market – White paper from the Commission to the European Council» side 8 punkt 21. Den samme risikoen ble pekt på i Kommissjonens grunnleggende notat om europeisk regionalpolitikk i 1969, se Commission Memorandum on Regional Policy in the Community to the Council, Supplement to Bulletin No. 12 1969, (tilgjengelig på <http://aei.pitt.edu/67250/1/BUL420.pdf>, sist sjekket 19. september 2019), side 32. Det samme synspunktet har også blitt gjentatt ved andre anledninger hvor EU-samarbeidet har blitt tettere og dypere. I forarbeidet til den økonomiske og monetære union ble det fremhevet at en felles valuta ville øke behovet for EUs egen regionalpolitikk. Dette var ikke bare fordi den økonomiske integrasjonen ble tettere. Det var også fordi felles valuta innebar at medlemslandene mistet sin egen valuta som verktøy for regional utvikling, se Committee for the study of economic and monetary union, «Report on economic and monetary union in the European Community», Luxembourg, 17. April 1989 på side 22 (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

¹⁸⁸ Andrew Evans, *EU Regional Policy*, Oxford 2005 side 13.

vurdert som sårbar for ytterligere markedsintegrasjon.¹⁸⁹ Det er med andre ord ikke gitt at fri konkurranse innenfor det indre marked i seg selv sikrer målsetningen om territoriell samhörighet. Dette tilsier at det kan være behov for tiltak for å oppnå samhörighet, herunder statsstøtte for å fremme utviklingen i svakere stilte regioner.

Som Kommisjonen var inne på i hvitboken, er det ikke tale om mer enn en risiko for regionale skjevheter. Resultatet av markedsintegrasjon behøver ikke nødvendigvis å bli økt regional ulikhet. Både erfaring og økonomisk teori viser at i visse tilfeller kan fri konkurranse føre til utjevning av regionale forskjeller. I andre tilfeller kan det føre til en forsterkning av regionale forskjeller.¹⁹⁰ Enkelte mekanismer bidrar til å utjevne regionale forskjeller – det gjelder eksempelvis at svakere stilte regioner lettere kan tiltrekke seg ny økonomisk aktivitet på grunn av lavere kostnader knyttet til arbeidskraft og eiendom. Sterke regioner vil på sin side oftere ha fordeler i form av nærhet til større markeder, og bedre tilgang på relevante underleverandører og kompetent arbeidskraft.¹⁹¹ Mange fordeler til sterke regioner kan knyttes til såkalte agglomerasjonseffekter – fordeler som springer ut av tetthet i økonomisk aktivitet. Det er konsensus i økonomisk litteratur om at en doubling av tetthet i økonomisk aktivitet øker produktiviteten med 2-3%.¹⁹² Under ellers like vilkår vil med andre ord en byregion med 200.000 årsverk være 2-3% mer produktiv enn en byregion med 100.000 årsverk. Siden forskjellene i tetthet kan være svært stor, kan dette i sum gi store utslag.

I denne sammenheng er det verdt å merke seg at både drivkreftene for og mot større regionale ulikheter knytter seg til faktorer som påvirker lønnsomheten til foretakene. Enten en fri

¹⁸⁹ Jf. blant annet John Bachtler, Carlos Mendez og Fiona Wishlade, *EU Cohesion Policy and European Integration*, Ashgate 2013 på side 18.

¹⁹⁰ Sentrale verker innen økonomifaget er Gunnar Myrdal, *Economic Theory and Underdeveloped Regions*, 1957 og Paul Krugman, *Geography and Trade*, Leuven 1991. Av nyere dato, se Simona Iammarino, Andrés Rodríguez-Pose og Michal Storper, «Regional inequality in Europe: evidence, theory and policy implications» i *Journal of Economic Geography* vol 19 (2019) side 273 – 298 på side 282 med videre henvisninger.

¹⁹¹ Se nærmere Hans. W. Friederiszick og Massimo Merola, «Chapter 10 – Regional Aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer, 2016 side 331 flg. Krugman beskriver essensen i drivkreftene for regional ulikhet slik: «manufacturers want to locate where the market is largest; the market is largest where manufacturers locate», se Paul Krugman, *Geography and Trade*, Leuven 1991 side 20.

¹⁹² Se Pierre-Phillippe Combes og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature*, Luxembourg 2013 særlig side 6.

markedsøkonomi fører til regionale skjevheter, eller til utjevning av regionale forskjeller, så er det fordi det er denne utviklingen som i utgangspunktet gir best lønnsomhet.¹⁹³

At en fri markedsøkonomi kan skape og forsterke regionale ulikheter er det i dag bred konsensus om i økonomisk forskning.¹⁹⁴ EU-retten bygger også på dette faglige konsensus, hvilket kommer tydeligst til uttrykk gjennom samholdighetsmålsetningen i TEUV artikkel 174. Historisk har det vært perioder hvor den markedsbaserte utviklingen i stor grad har bidratt til regional utjevning. Dagens økonomi er imidlertid kjennetegnet at den i liten grad utjevner regionale forskjeller. Snarere bidrar den økonomiske utviklingen i dag til økte regionale forskjeller.¹⁹⁵

Ser man på den faktiske utviklingen, bekrefter denne til dels forutsetningen om økte regionale forskjeller *internt* i medlemslandene. Denne har økt blant annet i perioden 2000 – 2012. Forskjellene *mellom* medlemsland i EU er på sin side redusert i samme periode.¹⁹⁶ Dette viser også at den regionale utviklingen både kan gå i retning av mindre og større forskjeller, og at det til dels er avhengig av hvilket geografisk nivå man tar utgangspunkt i. Det at regionale ulikheter er et dynamisk fenomen underbygger også hvorfor det er behov for jevnlig revidering av hvilke områder som har behov for regionale tiltak.

2.3.3. Effektivitetshensyn

Som det fremgår av redegjørelsen foran, kan regionalstøtte tillates fordi det bidrar til regional likhet. Den grunnleggende begrunnelsen knytter seg således til fordelings- og rettferdighetsbetraktninger, og ikke til produktivitetshensyn.¹⁹⁷ Dette innebærer likevel ikke at effektivitet- og verdiskapingshensyn er irrelevante. Tvert imot er disse hensyn sentrale for

¹⁹³ Jf. Gianmarco I.P. Ottaviano og Jacques-Francois Thisse «Integration, agglomeration and the political economics of factor mobility», *Journal of Public Economics* 83 (2002) side 429 – 456 på side 431. Forfatterne anfører likevel i samme artikkel at denne antakelsen ikke nødvendigvis er riktig i ethvert tilfelle.

¹⁹⁴ Se Pierre-Phillippe Combes og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature*, Luxembourg 2013 særlig side 19 – 37.

¹⁹⁵ Simona Iammarino, Andrés Rodríguez-Pose og Michal Storper, «Regional inequality in Europe: evidence, theory and policy implications» i *Journal of Economic Geography* vol 19 (2019) side 273 – 298 på side 286 – 287.

¹⁹⁶ Kommisjonen «Investment for jobs and growth – Promoting development and good governance in EU regions and cities – Sixth report on economic, social and territorial cohesion», 23 juli 2014, s. 5 (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019) side 5, figur 1.2.

¹⁹⁷ Dette kommer også uttrykkelig frem i de gjeldende retningslinjene for regionalstøtte, jf. RAG 2014 avsnitt 30.

å oppnå fordeling til svakere regioner. Meningen med regionalstøtte er å skape økonomisk aktivitet i svakere regioner som ikke ville kommet uten statsstøtte. Evnen til effektivt å skape økonomisk aktivitet som er bærekraftig på lang sikt, er dermed avgjørende for å oppnå bedre fordeling og sterkere territoriell samholdighet.¹⁹⁸

I sin første kommunikasjon om regionalpolitikk fra 1969, uttalte Kommissjonen at det var nødvendig å finne løsninger på regional utvikling som var «compatible with the necessities of economic growth and the Community's competitive position».¹⁹⁹ I dagens regelverk kommer det samme synspunktet til grunn i målsetningen om at regionalstøtte bør sikre «inclusive and sustainable growth in a competitive internal market».²⁰⁰ Bærekraftig i denne sammenhengen sikter til at den økonomiske aktiviteten skal være bærekraftig – med andre ord er det en målsetning at regionalstøtte sikrer konkurransedyktige foretak på lengre sikt.²⁰¹ Uttalelsene viser også at hensynet til det indre markedes konkurransevne i den globale økonomien også spiller inn.

De siste reformer på statsstøtteområdet har i sterkere grad vektlagt konkurransevne og vekst. Denne trenden gir grunn til å anta at man i større grad vil fokusere på at regionalstøtte

¹⁹⁸ Jf. også Hans. W. Friederiszick og Massimo Merola, «Chapter 10 – Regional Aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer, 2016 side 337: «In contrast, when aid is granted based on an equity objective a different economic concept becomes central: namely the question of the effectiveness of the aid measure in reaching its equity objective.» Dette innbærer også at en sentral oppgave for kontrollorganene, er å undersøke de aktuelle positive virkningene av regionalstøtte. *Wishlades* kritikk av at kontrollorganene vurderer effektiviteten til medlemsstatenes regionalstøtteiltak, og påstanden om at dette er opp til medlemsstatene selv å vurdere, er således ikke treffende, jf. Fiona Wishlade, *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*, Kluwer 2003, se særlig side 247.

¹⁹⁹ Com(69) 950, 15. oktober 1969. «A regional policy for the Community». Thomsonrapporten om fellesskapets regionalpolitikk fremhevet også – i tillegg til fordelingshensyn og miljøhensyn – det økonomiske hensynet i at områder som var svakere stilt ble gitt verktøy for å løfte seg og «enable them to put themselves on a footing of more equal competitiveness», se Kommissjonens «Report on the Regional Problems in the Enlarged Community» COM(73) 550 final av 2. mai 1973, Bull EC, Supp 8/73 side 7. Se også eksempelvis Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10), hvor Kommissjonen uttrykte at regionalstøtte måtte være konstruert for å «promote a durable and balanced development of economic activity»

²⁰⁰ RAG 2014 avsnitt 30 og SAM 2012 avsnitt 8.

²⁰¹ At «sustainable growth» inkluderer næringslivets bærekraft fremgår av Europa 2020- strategien, se Com(2010) 2020 – Communication from the Commission - Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable and inclusive growth» se blant annet punkt 3 hvor konkurransekraft pekes på som et sentralt element i begrepet. Konkurransedyktighet på lengre sikt omfatter naturligvis også at det er bærekraftig i en alminnelig miljømessig forstand.

som i størst mulig grad også legger til rette for en *mest mulig* produktiv økonomi.²⁰² Dette underbygges også av at EUs egen samholdighetspolitikk har blitt mer rettet mot vekst og utvikling, og mindre mot fordeling.²⁰³

Det er særlig to krevende sider ved å sikre at regionalstøtte fungerer effektivt. Det ene er å unngå å gi unødvendig støtte – med andre ord støtte til foretak som uavhengig av statsstøtten ville foretatt samme investeringer, eller opprettholdt samme aktivitetsnivå, i en svakere stilt region. Det andre er å i størst mulig grad rette regionalstøtte mot foretak som kan være konkurransedyktige på lengre sikt.

Hensynet til effektivitet har noen generelle føringer for regionalstøttekontrollen som er verdt å drøfte. Dette illustreres blant annet av Kommisjonens eksterne regionalstøtteutredning fra 2012. Etter en bred gjennomgang av forskning knyttet til effektiviteten av regionalstøtte, oppsummerer utredningen følgende:

« The policy implications of the literature's conclusion are interesting. If the EU's goal is to reduce disparities among regions via redistributive policies or state aid control policy, those policies have to be targeted to particular regions and particular firms. Devereux et al. (2007) hint at targeting regions where some agglomeration already takes place, Becker et al. (2010) to regions that are at the limit of being eligible, Mayer et al. (2011) to areas that are initially less distressed and to sectors in which relocation costs are lower, Briant et al. (2011) to regions that have good market access. All this is fully consistent with the literature on fiscal competition and economic geography. »²⁰⁴

Som det fremgår kan effekten av regionalstøtte både bero på hvilke områder man retter støtten mot, og hvilke sektorer man velger å støtte. Kommisjonens regionalstøtteutredning

²⁰² Jf. Hans. W Friederiszick og Massimo Merola, «Chapter 10 – Regional Aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer, 2016 side 339.

²⁰³ Hans. W Friederiszick og Massimo Merola, «Chapter 10 – Regional Aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer, 2016 side 372 med videre henvisninger. For en kritikk av denne utviklingen innen samholdighetspolitikken, se Vasilis Avdikos og Anastassios Chardas, «European Union Cohesion Policy Post 2014: More (Place-Based and Conditional) Growth – Less Redistribution and Cohesion», *Territory, Politics, Governance* (2014), vol. 4, side 97 – 117.

²⁰⁴ Pierre-Philippe Combes og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature*, Luxembourg 2013 side 12. Se også samme sted på side 120 – 121.

peker også på forskning som (neppe overraskende) antyder at effekten av dårlig rettet støtte kan være begrenset.²⁰⁵ Regionalstøtteutredningen peker blant annet på at man må velge regioner hvor det allerede skjer en viss agglomerasjon, og som har god markedstilgang.²⁰⁶

I dette kan det ligge et dilemma: For effektivt å utvikle regioner, kan man i en viss utstrekning være nødt til å utvikle de sterkeste delene av svakerestilte regioner. Motsatt kan det være kontraproduktivt å rette støtten mot de svakeste delene av svakerestilte regioner.

Dette dilemmaet ble påpekt av Kommisjonen allerede i sitt forslag til helhetlig regionalpolitikk i 1969. Kommisjonen pekte på en positiv trend i medlemsstatene, hvor man i økt grad fokuserte på vekstsentra i svakerestilte regioner. Kommisjonen fremhevdde at dette var «the price of effective action». Kommisjonen gikk den gang så langt som å si at støtte til regionalutvikling i størst mulig utstrekning skulle konsentreres til slike vekstsentre.²⁰⁷ Med andre ord ville svært lite støtte tilkomme de øvrige (og enda svakere delene) av svakerestilte regioner. Kommisjonens regionalstøttekontroll har imidlertid ikke fulgt dette opp. Samhørighetsmålsetningen som er nedfelt i TEUV artikkel 174 krever at alle svakerestilte områder gis mulighet til utvikling.²⁰⁸ Effektivitetshensynet kan derfor ikke gis et slikt gjennomslag at de aller svakeste områdene utelukkes fra muligheten til å få regionalstøtte.

Derimot er det verdt å være oppmerksom på at støtte til vekstsentra også kan ha en merkbar positiv virkning for et nokså stort omland. EUs sjette samhørighetsrapport fra 2014 viser til en OECD-studie som antyder at produktiviteten til et byområde øker med 1 – 1.5% dersom

²⁰⁵ Pierre-Phillippe Combes og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature*, Luxembourg 2013 side 79 - 83.

²⁰⁶ Lignende betraktninger fremgår også av RDA-evalueringen, som blant annet påpeker at støtteordningen har mest virkning i byområder med godt utviklet tjenestetilbud, og begrenset virkning i spredtbygde strøk, se RDA-evalueringen henholdsvis side 89 og 86.

²⁰⁷ Kommisjonens kommunikasjon COM(69) 950 «A regional policy for the Community», 15. oktober 1969 side 49.

²⁰⁸ En interessant sak i denne sammenheng i tiden før TEUV artikkel 174 ble nedfelt, er Kommisjonens bemerkninger da de åpnet formell behandling av Nederlands notifiserte støttekart i 1999. Nederland hadde utelukket svakerestilte områder dersom de ikke hadde potensiale for utvikling. Kommisjonen uttrykte tvil om å utelukke svakerestilte områder på dette grunnlag var i tråd med «the spirit of the Guidelines on national regional aid», se Invitation to submit comments pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty concerning the measure C 66/99 (ex N 245/99) Regional aid map The Netherlands 2000 to 2006 (OJ C 326 av 13. november 1999) punkt 3.2.

befolkningen innenfor en radius på 300 km dobler seg.²⁰⁹ Studien selv sammenfatter dette funnet slik:

« The results also provide evidence that proximity to nearby populous cities affects positively the productivity of a city, implying that – in a certain sense – cities can take advantage of the agglomeration of their neighbours. If, discounted by distance, the size of the population living in [Functional Urban Areas] within a 300 km radius is twice as high, the productivity of the central [Functional Urban Area] is between 1 and 2 percent higher. »²¹⁰

Med andre ord blir produktiviteten til en bo- og arbeidsmarkedsregion ikke bare påvirket av tettheten i økonomisk aktivitet internt, men av tettheten av økonomisk aktivitet i et forholdsvis stort omland (OECD-studien benytter en radius på 300 km). Støtte til vekstsentra i svakerestilte regioner behøver derfor ikke være på *bekostning* av et svakerestilt omland. Tvert imot kan støtte til større vekstsentra tenkes å være en effektiv måte å styrke omlandet på.

En betydning av dette er at effektivitetshensyn er relevant for valg av geografisk enhet. Som påpekt foran, kan samhørighetsmålsetningen i seg selv åpne for både store og små geografiske enheter. Effektivitetshensyn peker på sin side i retning bruk av større geografiske enheter. Små geografiske enheter kan riktignok være effektive om de er rettet mot vekstsentra. Men støtten vil i så fall være mindre solidarisk. Dette fordi det normalt mer svakerestilte omlandet utelukkes. På den annen side kan små geografiske enheter være solidariske om de rettes mot de svakeste delene av svakerestilte områder, og utelukker bysentra. Men da blir støtteordninger lite effektive. Større geografiske enheter kan inkludere både vekstsentra med

²⁰⁹ Sixth report on economic, social and territorial cohesion (2014), tilgjengelig på https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_en.pdf (sist sjekket 29.09.2019).

²¹⁰ OECD Regional Development Working Papers 2014/05 «What Makes Cities More Productive? Evidence on the Role of Urban Governance from Five OECD Countries» (tilgjengelig på <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz432cf2d8p-en.pdf?expires=1568884607&id=id&accname=guest&checksum=90BA455122C4A4C2B55E3D24BEBEFBAD>, sist sjekket 1. oktober 2019) side 6.

størst potensiale, og et stort omland rundt. Slike enheter kan dermed være formålstjenlig for å balansere hensynet til solidaritet og effektivitet.

2.3.4. Markedsintegrasjon

Målsetningen om territoriell samhörighet kan også knyttes til den enda mer grunnleggende målsetningen om å oppnå integrasjon i det indre marked.²¹¹ Kommisjonen fremhevet i sitt første notat om en europeisk regionalpolitikk i 1969 også det forhold at regionalpolitikken var et verktøy for «completion and development of the common market».²¹² Dette kan tilsi at regional utvikling som formål er mer tungtveiende når det kompenserer for ulemper som kan knyttes til markedsintegrasjonen i EU. Det kan også tilsi at det bør være større aksept for regionalstøtte som bidrar til å gjøre regionene i stand til å delta fullt ut i det indre marked.²¹³ Hensynet til markedsintegrasjon utgjør således ikke bare et hensyn bak statsstøtteforbudet. Hensynet til markedsintegrasjon kan begrunne unntak fra statsstøtteforbudet i tilfeller hvor statsstøttetiltak kan bidra til markedsintegrasjon.

Hensynet til markedsintegrasjon er i liten grad uttrykkelig til stede i dagens retningslinjer og praksis for øvrig. Dette kan til dels bero på at hensynet er så selvsagt at det ikke er nødvendig å nevne.²¹⁴ Det kan også dels bero på at de få medlemsstatene hvor hensynet gjør seg særlig gjeldende, i liten grad har påberopt seg hensynet. Statsstøttereglenes sammenheng med reglene om det indre marked gjør imidlertid at hensynet må anses relevant. Dette underbygges også av å se hen til konkurranseretten for øvrig: Kommisjonen har som

²¹¹ Jf. blant annet Andrew Evans, *EU Regional Policy*, Oxford 2005 side 15, hvor Evans uttaler at samhörighetsmålsetningen kan forstås som en målsetning om å gi alle regioner mulighet til å konkurrere i det indre marked.

²¹² Commission Memorandum on Regional Policy in the Community to the Council, Supplement to Bulletin No. 12 1969, (tilgjengelig på <http://aei.pitt.edu/67250/1/BUL420.pdf>, sist sjekket 19. september 2019), side 32

²¹³ Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10), som introduserte driftsstøtte for bokstav a-regionene, gir uttrykk for et slikt rasjonale, hvor de blant annet uttaler: «In such difficult environments, it may be justified to permit certain types of assistances such as marketing aid in order to enable companies in these regions to participate effectively in the Community's internal market, both as producers and consumers. Without them, the opportunities offered by the internal market may remain out of reach.», Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10) punkt 6.

²¹⁴ Hos Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 18 påpekes det eksempelvis at helt siden EKSF-traktaten i 1951 har statsstøttereglene vært sett på som «...a key instrument to contribute to the establishment and integration of the European market».

konkurransemyndighet gjennomgående vært mer tilbøyelig til å godta konkurransebegrensede avtaler dersom de bidrar til integrasjon i det indre marked.²¹⁵ Det er ingenting som tilsier at hensynet ikke på samme måte skal gjøre seg gjeldende i statsstøttepraksis. Det vil riktignok ikke være et hovedhensyn i forenlighetsvurderingen. At hensynet til markedsintegrasjon så langt er lite brukt av kontrollorganene i statsstøttesaker, kan kanskje indikere et visst rom for medlemsstater med svært perifere regioner til å innarbeide det i fremtidig praksis.

2.4. Praktikabilitet og forutberegnelighet

Gjennomgangen av hensynene bak statsstøtteforbudet og bak regionalstøtteunntaket viser at avveiningen er komplisert. Det er svært mange mulige faktorer man må ta i betraktning når man skal vurdere de positive og negative virkningene av et statsstøttetiltak. Et problem med dette er at det neppe er mulig å foreta fullstendige og presise vurderinger. Et annet problem er at utfallet av slike vurderinger blir usikre fordi de er så kompliserte. Dette berører både hensynene bak statsstøtteforbudet, og hensynene bak statsstøtteunntak. Det er mest hensiktsmessig å drøfte hensynet knyttet til både forbud og unntak under ett.

Hvis vi først ser på hensynene bak statsstøtteforbudet, så er et sentralt formål å sikre like konkurransevilkår for foretak i det indre marked. Generelt er lik praktisering av regelverket sentralt for å oppnå statsstøtteregelverkets formål om like konkurransevilkår. Et komplisert regelverk er i seg selv et hinder for å oppnå lik regelanvendelse i hele EU/EØS.²¹⁶ Da Kommisjonen initierte State Aid Modernisation i 2012, pekte den nettopp på at statsstøttereglene var blitt komplekse, og dermed gjorde statsstøttekontrollen krevende.²¹⁷

²¹⁵ Richard Whish og David Bailey, *Competition Law*, 9. utgave, Oxford 2018 på side 23 – 24 med videre henvisninger.

²¹⁶ Jf. Paul F. Nemitz «Chapter 2: Economic Analysis and State Aid Law: The Questions Lawyers Need to Ask» side 36 – 37 i *EC State Aid Law – Le Droit des Aides d’Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Gil Carlos Iglesias m.fl. (red.) Wolters Kluwer 2008.

²¹⁷ Jf. SAM 2012 avsnitt 6.

Et annet forhold er at medlemsstatene kan utøve et betydelig politisk press mot Kommisjonen for å få godkjent støtteordninger.²¹⁸ Slikt press kan være vanskeligere å motstå dersom vurderinger fattes utelukkende etter individuelle vurderinger. Generelle regler som avskjærer mulighetene for statsstøtte i typisk negative tilfeller, kan gjøre det enklere for Kommisjonen å få aksept i medlemsstatene. Dersom foretak er kjent med at statsstøtte ikke vil tillates, kan det også tenkes at de i større grad fokuserer på omstilling internt, snarere enn å påvirke lokale eller statlige myndigheter til å gi økonomisk støtte.

På samme måte kan behovet for praktikabilitet og forutberegnelighet tale for å gi generell aksept for de typer statsstøtte som normalt har overvekt av positive effekter.²¹⁹ Dersom regelverket for regionalstøtte skal oppnå den ønskede påvirkning på foretaks beslutninger om investeringer og lokalisering, kan det være nødvendig at foretak oppfatter regelverket som forståelig og forutberegnelig. I et tilfelle hvor regionalstøtte er nødvendig for at en etablering i en svakere region skal være lønnsom, vil foretaket neppe gå i gang med etableringen før det er sikkert at regionalstøtte kan ytes. Et uklart regelverk, eller tvil om gyldigheten til regelverket eller vedtak i enkeltsaker, reduserer forutberegneligheten, og kan dermed føre til at regionalstøtteordninger får redusert virkning.²²⁰

Dette medfører at det er et behov for at vurderingen av hvilken statsstøtte som er forenlig med EØS-avtalen styres av praktikable og forståelige regler eller prinsipper. Videre er idealet om en forenlighetsvurdering basert på en kvalitativ vurdering av alle negative og positive virkninger neppe realiserbart i praksis. Det lar seg ikke gjøre å fange opp alle sikre og mulige positive og negative virkninger ved et støttetiltak. Det lar seg heller ikke gjøre å presist angi omfanget av de virkningene man identifiserer. Av hensyn til hva en forenlighetsvurdering

²¹⁸ Jf. note 179. I tillegg til dette er det hovedsakelig medlemsstatene som frembringer faktagrunnlaget for saken. Medlemsstatene kan påvirkes av særinteresser til å gi et skjevt bilde av de faktiske forhold. Til en viss grad er det derfor en systemrisiko for at informasjonen som når frem til Kommisjonen er ubalansert, jf. Hans W. Friederiszick, Lars-Hendrik Röller og Vincent Verouden «European State Aid Control: An Economic Framework» i *Handbook of Antitrust Economics*, Paolo Buccirossi (red.) London 2008 side 625 – 669 på side 644.

²¹⁹ Jf. også Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 kapittel 1 om «The Law and Economics of EU State Aid Control» side 53.

²²⁰ Jf. Fiona Wishlade, «To What Effect? The Overhaul of the Regional Aid Guidelines», *European State Aid Law Quarterly* nr. 4 2013 side 659 – 675 på side 674 – 675, som påpeker dette i forbindelse med kravet om incentiveeffekt. Om kravet til incentiveeffekt, se nærmere punkt 3.3.4.3.

realistisk sett kan fange opp, kan det også være nødvendig med en viss forenkling av vurderingstemaet.

Dette er en viktig del av bakgrunnen for at kontrollorganene i større og større grad har formulert generelle regler om hvilken statsstøtte som kan anses forenlig og uforenlig med det indre marked. Dette har som nevnt skjedd både gjennom gruppeunntaksforordningen og gjennom ulike retningslinjer for forenlighetsvurderingen. I hvilken grad generelle regler må legges til grunn for forenlighetsvedtak som er vanskelig å forsvare etter en konkret vurdering, er en problemstilling som behandles nærmere i kapittel tre. Poenget i denne sammenheng er at behovet for et praktikabelt og forutberegnelig regelverk i alle fall er et hensyn bak statsstøttekontrollen som må tas i betraktning.

For løpende driftsstøtte – som RDA-ordningen – er det særskilte hensyn knyttet til forutberegnelighet. I slike tilfeller er det ikke tilstrekkelig å vite hvilken støtte som er forenlig på det tidspunktet foretaket velger å investere i støtteområdet. Bedrifter som vurderer å starte eller øke aktiviteten i området, må forholde seg til risikoen for at ordningen opphører i en ikke altfor fjern fremtid.²²¹ Dette kan tenkes å redusere effektiviteten til driftsstøtteordninger, og slik usikkerhet bør av denne grunn helst unngås. Store og uventede skifte i praksis fra godkjennelse til krav om fullstendig avvikling – slik RDA-ordningen har vært utsatt for – svekker forutberegneligheten, og bør av denne grunn helst unngås.

2.5. Betydningen av EUs regionalpolitikk

Jeg nevnte innledningsvis at territoriell samhörighet fremmes både av medlemsstater og av EU. EUs egen samhörighetspolitikk er prinsipielt atskilt fra regionalstøttekontrollen. Områdene er også administrativt atskilt. Samhörighetspolitikken er lagt under DG Regio, mens regionalstøttekontrollen ligger under DG Competition. Et særskilt spørsmål er om EUs samhörighetspolitikk er relevant for regionalstøttekontrollen, og i så fall på hvilken måte.

²²¹ Se også Norges notifikasjon om RDA-ordningen fra 2006, hvor man påpekte at en forutsetning for at støtten skulle påvirke foretaks lokalisering valg var at de forventet at ordningen ble opprettholdt i tilstrekkelig lang tid fremover, jf. 2006-notifikasjonen side 14.

EUs egen samholdrighetspolitikk har mange likhetstrekk med medlemsstatenes egen regionalpolitikk. For det fdrste har ngr all EUs myndighetsutdrvelse – enten i form av lovgivning, budsjett, eller administrasjon – regionale konsekvenser. Samholdrighetsmålsetningen mdr sdrledes ses pdr som overgripende for alt av EUs politikk.²²² EUs mdrrettede samholdrighetspolitikk består pdr sin side av flere ulike grener. Av sdrrlig betydning er de tre store fondene – Regionfondet, Sosialfondet, og Samholdrighetsfondet.²²³ Det grunnleggende fellestrekket er at bdrde medlemsstatenes egen regionalstdrtte og EUs samholdrighetspolitikk er forankret i den samme mdrsetningen om territoriell, sosial, og drkonomisk samholdrighet. EUs samholdrighetspolitikk retter seg imidlertid geografisk mot hele EU. Det er kun visse deler – som Regionfondet – som er geografisk avgrenset til svakerestilte regioner.

En forskjell er at EUs samholdrighetspolitikk utelukkende er rettet mot regionale ulikheter i en europeisk kontekst. Medlemsstatenes regionale statsstdrtte kan pdr sin side bdrde vrere rettet bdrde mot regionale ulikheter i en europeisk kontekst, og regionale ulikheter i en nasjonal kontekst. Sistnevnte gjelder hovedsakelig de drkonomisk sterkeste medlemslandene. I 2005 luftet Kommisjonen ideen om dr la ogsdr kun tillate nasjonal regionalstdrtte i tilfeller av regionale ulikheter i en europeisk kontekst. Ideen mdrtte sterk motstand fra nettopp de drkonomisk sterkeste medlemslandene, og ble forkastet.²²⁴

Det kan reises spdrsmdr om EUs samholdrighetspolitikk har rettslig relevans for reglene om regionalstdrtte. I saken *Hotel Cipriani* anfrerte stdrtemottakere rammet av et tilbakebetalingskrav at regionalstdrtteregelveket generelt mdrtte tolkes fleksibelt pdr grunn av samholdrighetsmdrsetningen. Fdrsteinstansen avviste imidlertid dette, og uttalte at EUs

²²² Jf. blant annet John Bachtler, Carlos Mendez og Fiona Wishlade, *EU Cohesion Policy and European Integration*, Ashgate 2013 pdr side 11.

²²³ Samholdrighetspolitikken omfatter ogsdr en rekke andre fond, se nrmere Europaparlaments- og rdrdsforordning 1303/2013 av 17. desember 2013 om fastsettelse av felles bestemmelser om Det europeiske fond for regionutvikling, Det europeiske sosialfond, Utjevningfondet, Det europeiske fond for utvikling av landdistriktene og Det europeiske hav- og fiskerifond, og om fastsettelse av alminnelige bestemmelser om Det europeiske fond for regionutvikling, Det europeiske sosialfond, Utjevningfondet og Det europeiske hav- og fiskerifond samt om oppheving av rdrdsforordning (EF) nr. 1083/2006, OJ L 347, 20. desember 2013, side 320-469 (heretter «strukturefondenes fellesforordning») fortalens annet avsnitt.

²²⁴ Michael Blauburger, «Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law», *West European Politics*, Vol. 32, No. 4, Juli 2009, 719 – 737, side 728.

regionalpolitikk og regionalstøttekontrollen var «two distinct and autonomus Community policies». Områdene var imidlertid komplementære, men uten noe hierarki mellom dem. Kommisjonen var derfor ikke pålagt en fleksibel anvendelse av regionalstøttereglene for å tilgodese målsetningene i samholdspolitikken over målsetningene i statsstøttekontrollen.²²⁵

Et annet spørsmål er imidlertid om det er påkrevd med (en viss) konsistens mellom statsstøttereglene og samholdspolitikken i utformingen av reglene. Fra og med innføringen av EUs samholdspolitikk, har det vært gjentatte diskusjoner om dette mellom DG Regio og DG Competition.²²⁶ Utviklingen har generelt gått i retning større konsistens.²²⁷ I RAG 2014 er det eksempelvis presumert at tiltak under samholdspolitikken oppfyller retningslinjenes krav til formål, og på enkelte punkter også krav til egnethet.²²⁸ Likevel gjenstår det enda visse ulikheter.²²⁹ Området hvor konsistens og koordinasjon er av størst betydning, er i utvelgelsen av hvilke områder som skal støttes. Ulikt valg av regioner i EUs egen samholdspolitikk sammenlignet med nasjonal regionalstøtte, kan svekke effekten av regionalt rettede støtteordninger. Dette har også vært det primære fokus i forsøk på å samordne de to ulike områdene.²³⁰

Noe rettslig krav til konsistens har imidlertid ikke vært vurdert i rettspraksis. Siden *Hotel Cipriani* i tillegg tar avstand fra å fastslå noe hierarki mellom de to områdene, står man også igjen med spørsmålet om det i så fall er statsstøttekontrollen som må tilpasse seg samholdspolitikken, eller omvendt. Fordi Kommisjonen er bevisst om behovet for konsistens, er det liten grunn til å forvente at problemstillingen kommer på spissen i

²²⁵ Forente saker T-254/00, T-270/00 og T-277/00 (ECLI:EU:T:2008:537) *Hotel Cipriani SpA mot Kommisjonen* avsnitt 299.

²²⁶ Om denne diskusjonen, se nærmere hos Fiona Wishlade, *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*, Kluwer 2003, side 153 – 176.

²²⁷ Jf. blant annet Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 162.

²²⁸ Jf. RAG 2014 avsnitt 32 og 52.

²²⁹ Se Europaparlamentets resolusjon av 12. juni 2013 on regional policy as a part of wider State support schemes (2013/2104(INI)), OJ C 65, 19. februar 2016 side 79-86, hvor parlamentet fremhever betydningen av bedre konsistens mellom statsstøttereglene og samholdspolitikken. Parlamentet understreket at områder med samme status etter samholdspolitikken, ikke burde behandles annerledes etter regionalstøttereglene.

²³⁰ Fiona Wishlade, «Competition and Cohesion – Coherence or Conflict? European Union Regional State Aid Reform Post-2006», *Regional studies: Abingdon & spatial economic analysis*, 2008, Vol.42(5), s. 753 – 765 på side 762.

rettspraksis. Det synes derfor ikke å være grunn til å gå nærmere inn i problemstillingen i denne avhandlingen. For de spørsmål avhandlingen drøfter, er det ikke konkrete trekk ved EUs samhörighetspolitikk som synes å kunne ha direkte relevans for den rettsdogmatiske vurderingen av RDA-ordningen. Generelle utviklingstrekk i samhörighetspolitikken – med større vektlegging av smart, bærekraftig og inkluderende vekst – er for øvrig de samme som man finner igjen i statsstøtteren.²³¹

EUs egen samhörighetspolitikk har imidlertid vært kjennetegnet av at den tar utgangspunkt i forholdsvis store geografiske enheter. Dette er naturlig ut fra at samhörighetspolitikken utformes på europeisk nivå, jf. punkt 2.3.1. foran. Av denne grunn kan det sies at det fra EUs side generelt er av størst interesse å sørge for at ulikheter i større geografiske enheter reduseres. Dersom forvaltningsskjønnet ellers åpner for det, er dette således et rettspolitisk argument for at man fra kontrollorganenes side tar utgangspunkt i geografiske enheter som samsvarer med de som anvendes i samhörighetspolitikken. Selv om EUs regionalpolitikk neppe har direkte betydning for den rettsdogmatiske drøftelsen, kan den dermed ha betydning for den rettspolitiske vurderingen av hvordan ESA bør utøve forvaltningsskjønnet.

2.6. Oppsummering

Hvorvidt statsstøtte kan ansees forenlig med det indre marked, beror på den ene side på hvor store negative virkninger statsstøtten har på konkurranse og samhandelen. I vurderingen av disse negative virkningene, er det flere forhold som er relevante. Forstyrrelser på konkurransen er skadelige hovedsakelig fordi de reduserer verdiskapingen. I en konkret avveining er det derfor nødvendig i størst mulig utstrekning å klargjøre hvor skadelige konkurranseforstyrrelsene er. De negative virkningene knytter seg imidlertid også til fordelingsvirkninger. Sterke økonomier er i bedre stand til å yte statsstøtte enn svake økonomier. Statsstøtte vil derfor i mange tilfeller motvirke regional likhet ved at sterke økonomier tiltrekker seg foretak som ellers ville lokalisert seg i svake økonomier.

²³¹ Strukturfondenes fellesforordning, fortalens tredje avsnitt.

Den andre siden av avveiningen er knyttet til de positive virkningene statsstøtten har for å oppnå territoriell samhörighet i EU. Hensynet til territoriell samhörighet vil veie tyngre jo sterkere regionale ulikheter det er tale om. Videre vil hensynet veie tyngre jo mer effektivt tiltak for å oppnå regional likhet det er tale om.

Avveiningen mellom de negative og positive effektene av statsstøtte er i prinsippet en avveining mellom ikke-kommensurable størrelser. Av denne grunn er det verdt å merke seg at målsetningen om territoriell samhörighet i EU både inneholder en øvre og nedre markør for vekten av hensynet til regional likhet: målsetningen krever at regionale ulikheter skal reduseres. De skal altså ikke stå på stedet hvil, eller øke. Målsetningen går likevel ikke så langt at regionale ulikheter skal elimineres.

Fordi markedsintegrasjon er et særlig hensyn bak statsstøttekontrollen, kommer dette hensynet inn som et tilleggsmoment i avveiningen: statsstøtte må ansees særlig skadelig dersom det bidrar til å opprettholde nasjonale markeder. Tilsvarende må statsstøtte ansees mer positivt dersom den tilrettelegger for markedsintegrasjon over grensene.

Gjennomgangen viser også at kontrollen med regionalstøtte inneholder både komplekse økonomiske vurderinger, og også vurderinger av tydelig politisk karakter. Dette kan ha betydning for de europeiske kontrollorganenes forvaltningsutøvelse, og for de europeiske domstolenes prøving av forvaltningsutøvelsen. For kontrollorganene kan rettsområdets politiske karakter tale for en viss tilbakeholdenhet i overprøvingen av nasjonale tiltak. For domstolene kan det på sin side være en grunn til tilbakeholdenhet med å overprøve Kommisjonens vurderinger på grunn av de vanskelige og sammensatte økonomiske vurderinger som statsstøttepraksis krever at foretas.

Hensynene som er drøftet her kan også til en viss grad presisere ytterligere hvilke sider ved dagens RDA-godkjenning som kan være problematiske. Jeg vil imidlertid foreta en oppsummering av dette i starten av kapittel fire, etter å ha analysert domstolenes forholdsmessighetsprøving av forenlighetsvedtak.

3. FORHOLDSMESSIGHETSPRØVING AV FORENLIGHETSVEDTAK

3.1. Innledning

3.1.1. Generelt om domstolsprøving av forenlighetsvedtak

Kapitlet skal behandle forholdsmessighetsprøvingen av forenlighetsvedtak. Det er innledningsvis nødvendig å utpense hva jeg i denne sammenheng sikter til med forholdsmessighetsprøving, og hva jeg sikter til med forenlighetsvedtak. Jeg skal først klarlegge hva jeg legger i domstolsprøving av forenlighetsvedtak. Jeg går nærmere inn i hva forholdsmessighetsprøvingen består av under punkt 3.3.

Det er på det rene at EU-domstolen og EFTA-domstolen kan prøve henholdsvis Kommisjonens og ESAs vedtak. Dette fremgår særlig av TEUV artikkel 267 for EU-domstolens vedkommende, og av ODA artikkel 36 for EFTA-domstolens vedkommende. Reglene om domstolsprøving er hovedsakelig de samme etter EØS-avtalen som etter EU-traktatene.²³² Det er imidlertid noen forskjeller. Dette vil berøres avslutningsvis.

Med forenlighetsvedtak mener jeg til vedtak som tar stilling til forenligheten av statsstøttetiltak. I den sammenheng sikter jeg til «vedtak» i TEUV artikkel 267s forstand («acts»). Vilkåret for å anse noe for å være et «vedtak» er at det er rettslig bindende eller har rettslige virkninger.²³³ Dermed kan både gruppeunntaksforordningen, retningslinjer for forenlighetsvurderingen, og vedtak om konkrete støttetiltak eller støtteordninger være

²³² I tolkningen av ODA artikkel 36 og andre prosessuelle bestemmelser har EFTA-domstolen lagt til grunn et prinsipp om «prosessuell homogenitet», som innebærer at bestemmelsen i størst mulig utstrekning tolkes i samsvar med EUs prosessrett, se blant annet sak E-1/13 *Mila ehf. Mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 44 med videre henvisninger.

²³³ Jf. blant annet sak C-22/70 (ECLI:EU:C:1971:32) *Kommisjonen mot Rådet* avsnitt 42 og sak C-57/95 (ECLI:EU:C:1997:164) *Frankrike mot Kommisjonen* avsnitt 7. Se også Paul Craig og Gráinne De Búrca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 6. utgave, Oxford 2015 side 486 – 487.

«vedtak» i TEUV artikkel 267s forstand.²³⁴ Med «forenlighetsvedtak» sikter jeg dermed i utgangspunktet til alle disse typer vedtak. Det er imidlertid domstolsprøving av vedtak om konkrete støttetiltak og støtteordninger som er mest praktisk. Domstolsprøving av retningslinjer i seg selv er lite forekommende, og som jeg skal komme tilbake til, i liten grad en praktisk problemstilling. Gruppeunntak i forordninger er et forholdsvis ferskt fenomen, og slike unntak har i liten grad vært prøvd i rettspraksis. Domstolsprøving av gruppeunntaksforordninger må av den grunn behandles isolert. Dette gjøres senere i kapitlet. Det er derfor vedtak om konkrete støttetiltak som drøftes først.

Domstolene kan prøve forenlighetsvedtak på en rekke ulike grunnlag. Det fremgår av TEUV artikkel 263 annet ledd at prøving av vedtak kan skje på grunnlag av manglende kompetanse, vesentlige saksbehandlingsfeil, brudd på traktaten eller på rettsregler som gjelder anvendelsen av dem, og myndighetsmisbruk. Forholdsmessighetsprøving er kun ett av en rekke grunnlag for prøving av vedtak.

I saker hvor EU-domstolen prøver forenlighetsvedtak, innleder de ofte med å understreke at forenlighetsvedtak er underlagt et vidt forvaltningseskjønn. Deretter redegjør de for de ulike måter dette skjønnnet kan prøves på av domstolen. I nyere rettspraksis formuleres utgangspunktet som følger:

« (...) the Commission enjoys wide discretion, the exercise of which involves complex economic and social assessments which must be made in a Community context. In that context, judicial review of the manner in which that discretion is exercised is confined to establishing that the rules of procedure and the rules relating to the duty to give reasons have been complied with, and to verifying that the facts relied on are accurate and that there has been no error of law, manifest error in the assessment of the facts or misuse of powers. »²³⁵

²³⁴ For retningslinjenes vedkommende avhenger spørsmålet av om retningslinjer er rettslig bindende. Dette drøftes nærmere under punkt 3.4.2.

²³⁵ Jf. sak C-333/07 (ECLI:EU:C:2008:764) *Société Régie Networks mot Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne* avsnitt 78, , sak C-91/01 (ECLI:EU:C:2004:244) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 43, sak C-409/00

EU-domstolen formulerer seg ikke helt likt i alle saker. Prøvingsgrunnlaget rettslige feil («error of law») ble først inkludert i opplistingen i nyere rettspraksis.²³⁶ En annen variasjonen er at formuleringen «verifying that the facts relied on are accurate» tidvis formuleres som «verifying the accuracy of the facts relied on».²³⁷ Sistnevnte formulering kan i det minste sies å indikere en *noe* mildere tilnærming til prøving av fakta enn førstnevnte. En annen variasjon knytter seg til «manifest error»-testen. Normalt viser denne konkret til vurderingen av fakta. Tidvis formulerer domstolen seg slik at de prøver om det foreligger en «manifest error» generelt.²³⁸ Med andre ord vil slike feil da kunne knytte seg til andre forhold enn vurderingen av fakta. Prøving av om Kommisjonen har overholdt egne retningslinjer er heller ikke nevnt, selv om det er på det rene at domstolene også kontrollerer dette.²³⁹ Opplistingen bør altså leses med noe varsomhet. Men den gir uansett et godt utgangspunkt for hva domstolskontrollen omfatter, og hva den ikke omfatter.

Domstolskontroll skjer altså på en rekke ulike grunnlag. Domstolskontrollen omfatter både saksbehandlingen, begrunnelsen, det faktiske grunnlaget for saken, herunder vurderingen av fakta, maktmisbruk, og også rettslige feil («error of law»)²⁴⁰ Forholdsmessighetsprøving er en prøving av rettslige feil. De øvrige grunnlag for prøving knytter seg til vedtakets tilblivelse – ikke til vedtakets innhold. Dermed har de i utgangspunktet kun interesse for det konkrete vedtaket, og ikke noen betydning for fremtidig praksis. De øvrige grunnlag for prøving behandles derfor ikke nærmere i avhandlingen.

Rettslige feil kan bestå av brudd på andre materielle deler av EU-retten enn statsstøttereglene, eksempelvis reglene om fri bevegelighet. Dette er imidlertid neppe en

(ECLI:EU:C:2003:92) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 93, sak C-351/98 (ECLI:EU:C:2002:530) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 74, sak C-372/97 (ECLI:EU:C:2004:234) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 83.

²³⁶ Første gang var tilsynelatende i sak C-351/98 (ECLI:EU:C:2002:530) *Spania mot Kommisjonen*. Det kan fremdeles vekse hvorvidt prøvingsgrunnlaget rettslige feil nevnes, se eksempelvis sak C-415/15 P (ECLI:EU:C:2017:216) *Stichting Woonpunt m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 53.

²³⁷ Jf. sak C-415/15 P (ECLI:EU:C:2017:216) *Stichting Woonpunt m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 53 og forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance SA* avsnitt 59.

²³⁸ Sak C-278/00 (ECLI:EU:C:2004:239) *Hellas mot Kommisjonen* avsnitt 97.

²³⁹ Se nærmere punkt 3.4.2.

²⁴⁰ Domstolskontrollen med forvaltningsvedtak er i stor grad begrepsmessig gjenkjennelig fra norsk forvaltningsrett. Her som ellers bygger EU/EØS-retten på autonome begreper. Det nærmere innhold i de ulike sider ved domstolskontrollen må derfor utledes av EU/EØS-rettslige rettskilder.

praktisk problemstilling for RDA-ordningen.²⁴¹ Prøving av rettslige feil kan også omfatte hvorvidt vilkår i unntakshjemlene i TEUV artikkel 107 nr. 3 er overholdt. Som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 3.3., er det mest nærliggende å se på prøving av om unntakshjemlene er overholdt og forholdsmessighetsprøving som to sider av samme sak.

3.1.2. Hvorfor analysere forholdsmessighet som prøvingsgrunnlag

Som nevnt vil jeg senere utdype innholdet i forholdsmessighetsprøvingen. Men kort oppsummert består dette av nærmere vilkår om formål, nødvendighet, egnethet, og interesseovervekt.

Forholdsmessighetsprøving av forenlighetsstandpunkter er et trekk som hovedsakelig finnes i nyere rettspraksis. Innholdet i forholdsmessighetsprinsippet på statsstøtterettens område er i svært liten grad behandlet i statsstøttelitteraturen. De konkrete vilkår som kan knyttes til forholdsmessighetsprinsippet, er på sin side diskutert i en viss utstrekning. Her finner man også en del ulike standpunkter i teorien som jeg kommer nærmere inn på senere. Både den sparsommelige behandling i teorien, og en viss uenighet, gjør det nødvendig med en forholdsvis grundig gjennomgang av forholdsmessighetskravet for forenlighet.

Domstolsprøving av forholdsmessighetskravet forutsetter at det prosessuelt er mulig å anlegge sak for EFTA-domstolen. Det kan derfor innvendes at en slik vurdering av RDA-godkjenningen i dag er lite aktuell fordi vedtaket ble fattet i 2014, og søksmålsfristen derfor således har passert.²⁴² Det er på det rene at dagens godkjenningsvedtak ikke kan angripes ved EFTA-domstolen. På tross av dette er problemstillingen om dagens godkjenning tilfredsstillende

²⁴¹ ESA har avvist én klage som gikk på at RDA-ordningen var uforenlig med fri bevegelighet av tjenester, jf. ESAs brev av 19. juni 2017, «Foreign undertaking excluded from differentiated social security tax in 2007 (complaint)» (tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/media/uncategorized/Foreign-undertaking-excluded-from-differentiated-social-security-tax-in-2007.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019). For forholdet mellom forenlighetsvedtak og de fire friheter, se nærmere Andrea Biondi og Piet Eeckhout, «State Aid and Obstacles to Trade» i *The Law of State Aid in the European Union*, Andrea Biondi og Piet Eeckhout (red.), Oxford 2003 side 107 – 111.

²⁴² Fristen for å anlegge sak om vedtak fra ESA reguleres av ODA artikkel 36 tredje ledd. Det følger av denne bestemmelsen at søksmålsfristen er to måneder. Fristen starter å løpe når vedtaket publiseres, eller når saksøker notifiseres om vedtaket. I fravær av publisasjon eller notifikasjon regnes fristen fra når vedtaket kom til saksøkers kunnskap.

forholdsmessighetskravet en rettsdogmatisk aktuell problemstilling. Det er flere grunner til dette.

For det første er den mest sannsynlige utvikling per i dag at det treffes et vedtak om å forlenge RDA-ordningen fra 2021 til ut 2023.²⁴³ Slike vedtak om forlenging av allerede godkjente støtteordninger henviser normalt til forenlighetsvurderingen i vedtaket som skal forlenges. Slike vedtak utløser også en ny søksmålsfrist. Dersom vedtaket om forlenging henviser til dagens forenlighetsvurdering, vil det for alle praktiske formål være forenlighetsvurderingen i dagens godkjenning som er gjenstand for domstolsprøving.

For det andre har domstolskontrollen av forholdsmessighetskravet en sammenheng med ESAs plikt til løpende kontroll etter EØS-avtalen artikkel 62. Av prosedyreforordningen fremkommer det at dersom kontrollorganene «considers that an existing aid scheme is not, or is no longer, compatible with the internal market (...)», skal de innlede en prosess overfor den aktuelle medlemsstaten.²⁴⁴ Formålet med overvåkingen av eksisterende støtte er først og fremst å kunne ta hensyn til vesentlig utvikling i etterkant av at godkjenning ble gitt.²⁴⁵ God forvaltningsskikk og hensynet til forutberegnelighet, tilsier at det må være en forholdsvis høy terskel for å revurdere et vedtak utelukkende ut fra et nytt syn på forenligheten. Verken terskelen for en rett eller plikt til å revurdere godkjenningsvedtak er nærmere behandlet i rettspraksis. Et utgangspunkt i denne sammenheng er imidlertid å se i hvilke tilfeller domstolene setter til side kontrollorganenes forenlighetsvurderinger. Det kan diskuteres om forvaltningsorganenes terskel bør være noe høyere eller noe lavere, og i en viss utstrekning må avgjørelsen bero på et forvaltningskjønn. Men i fravær av rettspraksis om terskelen, er en analyse av annullasjonsadgangen ved domstolene antakelig det mest klargjørende utgangspunktet: Et vedtak som ville vært annullert ved en rettslig prøving på grunn av brudd på forholdsmessighetskravet, både kan og bør normalt revurderes av kontrollorganene av eget tiltak. Dette vil da også gjelde i tilfeller hvor søksmålsfristen er passert.

²⁴³ Jf. punkt 1.3.4.

²⁴⁴ Prosedyreforordningen artikkel 21 nr. 1.

²⁴⁵ Jf. Phillip Werner, «B. Preliminary examination procedure» i *European State Aid Law – A Commentary*, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) Berlin 2016 side 1527.

For det tredje danner annullasjonsadgangen på bakgrunn av forholdsmessighetsprøving en viktig rettslig ramme for fremtidig forvaltningspraksis. Bakgrunnen for dette er at ESA i fremtiden neppe kan forventes å godkjenne støtte som har en klar risiko for å annulleres av EFTA-domstolen. Tilnærmingen er altså valgt fordi det i tillegg til å være en aktuell problemstilling i dag, også er den tilnærmingen som i størst mulig grad gjør det mulig å forutberegne rettsstillingen ved utløpet av dagens godkjenning.

Aller sist er spørsmålet om dagens godkjenning overholder forholdsmessighetskravet relevant for å vurdere innholdet i – og gyldigheten av – gruppeunntaket for RDA-ordningen som ble innført i 2017. Dette forklarer jeg nærmere under punkt 3.5.

Forholdsmessighetsprøving av forenlighetsvedtak har i all hovedsak skjedd i EU-pilaren av EØS-samarbeidet. Den er i svært liten grad vært vurdert i EFTA-pilaren. Kapitlet drøfter derfor problemstillingen med utgangspunkt i Kommisjonen som kontrollorgan.

3.2. Kommisjonens diskresjonære myndighet

3.2.1. Det rettslige grunnlaget for forvaltningsskjønnet

EU-domstolen fremhever selv Kommisjonens rommelige skjønn i sin prinsipielle tilnærming til domstolskontrollen. Det er nødvendig å utpensle forvaltningsskjønnet noe, for å kunne drøfte innholdet i – og omfanget av - forholdsmessighetsprøvingen. Jeg skal derfor først behandle det diskresjonære skjønnet nærmere, før jeg går videre til å drøfte innholdet i forholdsmessighetskravet som oppstilles for forenlighetsstandpunkter.

Det rettslige grunnlaget for forvaltningsskjønnet ligger i traktaten selv. TEUV artikkel 107 nr. 3 taler om statsstøtte som «kan» anses forenlig med det indre marked. Formuleringen står i kontrast til samme bestemmelse nr. 2, som fastsetter tilfeller hvor statsstøtte «skal» anses forenlig med det indre marked. Det følger videre av artikkel 108 at det er Kommisjonen som skal vurdere forenligheten av både eksisterende og nye statsstøttetiltak. At Kommisjonen er tilkjent et forvaltningsskjønn, fremkommer på dette punkt direkte av traktaten. Dette ble også

lagt til grunn av EU-domstolen allerede tidlig i EU-samarbeidet.²⁴⁶ Slikt kan-skjønn omtales i EU-rettslig litteratur som «klassisk skjønn».²⁴⁷

EU-domstolen har imidlertid ikke bare påpekt at ordet «kan» i TEUV artikkel 107 nr. 3 gir Kommisjonen et forvaltningsskjønn. Domstolen har også tilkjent Kommisjonen skjønn i vurderingene av vilkårene som ordlyden i unntakshjemlene oppstiller. Dette fremkommer blant annet av *Phillip Morris Holland BV*, hvor EU-domstolen behandlet anførsler knyttet til unntakshjemlene både i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav a, b, og c. Saksøker – tobakksprodusenten Phillip Morris Holland BV, anførte blant annet at vilkåret i bokstav a om at levestandarden måtte være «abnormally low» var oppfylt. EU-domstolen tok ikke anførselen til følge. Den uttalte i denne forbindelse at Kommisjonen også måtte innrømmes skjønn i vurderingen av vilkårene for å kunne anvende den diskresjonære hjemmelen. Uttalelsen gjaldt samtlige unntakshjemler. EU-domstolen viste til at vilkårene knyttet seg til økonomiske og sosiale vurderinger som måtte gjøres i en fellesskapskontekst.²⁴⁸

EU-domstolen bruker generelt begrepet skjønn for både det klassiske kan-skjønn, og skjønn som innrømmes i subsumsjonen av vilkår.²⁴⁹ Begge deler gjør seg altså gjeldende for vurderingen av hvorvidt statsstøtte er forenlig med det indre marked. Kapitlet skal behandle vilkår som følger av forholdsmessighetskravet. Som jeg kommer nærmere tilbake til, står disse vilkårene i forholdsmessighetskravet i samme stilling som vilkårene i unntaksbestemmelsene. Derfor er også forholdsmessighetskravet i en viss utstrekning undergitt et forvaltningsskjønn.

²⁴⁶ Se sak C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen* avsnitt 17. Begrepet skjønn (i engelsk språkdrakt «discretion» og «discretionary power») er her som ellers autonome begreper i EU-retten. I norsk form bruker jeg begrepene skjønn, forvaltningsskjønn, diskresjonær kompetanse mv., men dette sikter altså til det EU-rettslige begrepet «discretion», og ikke til disse begrep slik de anvendes i norsk forvaltningsrettslig teori.

²⁴⁷ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 440.

²⁴⁸ C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen* avsnitt 24. Se også omtale av dommen i Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 440. Dette er også en form for forvaltningsskjønn vi finner i norsk forvaltningsrett, jf. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Oslo 2018 på side 375. De EU-rettslige begrepene er her som normalt ellers autonome, og man kan ikke forutsette at det er tale om likhet i innhold.

²⁴⁹ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 439 – 440.

3.2.2. Hensyn for og imot å tilkjenne kontrollorganene skjønn

Siden utgangspunktet for domstolsprøving av forenlighetsvedtak er at kontrollorganene er tilkjent et visst skjønn, er det sentralt å drøfte hvor stor skjønnsfrihet det er tale om. Omfanget av domstolsprøvingen er ikke regulert i traktaten.²⁵⁰ Det blir dermed viktigere å forstå hvilke hensyn som taler for og imot å innrømme kontrollorganene skjønn, for å kunne analysere rekkevidden av domstolsprøvingen.

EU-domstolens utgangspunkt er som nevnt at kontrollorganene er tilkjent et vidt skjønn i vurderingen av om statsstøtte er forenlig med EU/EØS-retten. Når EU-domstolen understreker det rommelige skjønnet, blir det ofte samtidig vist til vurderingstemaet. EU-domstolen understreker da at forenlighet beror på komplekse økonomiske og sosiale faktorer, som også kan være utsatt for raske endringer.²⁵¹ I *Stichting Woonpunt* uttalte EU-domstolen uttrykkelig at dette var bakgrunnen for å tilkjenne Kommisjonen et rommelig skjønn:

« However, since the examination of the compatibility with the internal market of existing aid involves complex economic and social evaluations, the Commission enjoys broad discretion. »²⁵²

EU-domstolens uttrykkelige begrunnelse er altså at vurderingene av de negative og positive virkningene ved statsstøtte beror på komplekse vurderinger av økonomisk og sosial art. Dette er både begrunnelsen for at «kan»-skjønnet skal være rommelig, og begrunnelsen for at man også tilkjenner kontrollorganene skjønn i vurderingen av de vilkår unntakshjemlene oppstiller.

Det at forvaltningen må treffe avgjørelser ut fra komplekse vurderinger, er ikke nødvendigvis i seg selv tilstrekkelig for å begrense domstolskontrollen. *Fritzsche* stiller retorisk spørsmålet om domstolene ikke er i stand til å vurdere komplekse problemstillinger.²⁵³ Svaret vil jo normalt være ja. Og det kan tvert imot hevdes at komplekse problemstillinger øker sjansen for feil i en forvaltning preget av tidspress. At det er tale om komplekse vurderinger kan på

²⁵⁰ Jf. Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 367.

²⁵¹ C-78/76 (ECLI:EU:C:1977:52) *Steinike og Weinlig* avsnitt 9 og Sak C-301/87 (ECLI:EU:C:1990:67) avsnitt 49.

²⁵² Sak C-415/15 P (ECLI:EU:C:2017:216) *Stichting Woonpunt m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 53.

²⁵³ Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 381.

denne måten forsterke behovet for domstolskontroll. Først ved å se nærmere på hva komplekse vurderinger innebærer, kan man få et dekkende bilde av hvorfor dette kan tale for en begrenset domstolsprøving.

For det første vil komplekse saksforhold ofte ha den egenskap at det kan være delte meninger om hvilken beslutning man bør ta. Det klassiske kan-skjønnnet innebærer at traktaten peker på at avgjørelsesmyndigheten ligger hos forvaltningen. I tilfeller hvor mer enn ett standpunkt kan forsvares, bør ikke EU-domstolen overprøve forvaltningsskjønnet bare fordi de selv ville valgt annerledes. Overprøving i slike tilfeller vil forrykke den institusjonelle balansen som er fastsatt i traktaten.²⁵⁴ Denne betraktningen kan strengt tatt sies kun å være treffende for det klassiske «kan-skjønnnet», og ikke hvor domstolene innrømmer forvaltningen skjønn i anvendelsen av vilkår oppstilt i unntaksbestemmelsene. Men i tilfeller hvor kan-skjønnnet er knyttet til brede, skjønnsmessige vilkår, gir en kontekstuell lesing av vilkårene en viss støtte for at meningen er å tillegge ansvaret til forvaltningen.²⁵⁵

For det andre vil vurderingen av komplekse saksforhold i mange tilfeller kreve faglig ekspertise.²⁵⁶ Domstolsprøving i slike tilfeller gir en risiko for at EU-domstolen misforstår saksforholdet, og annullerer en god avgjørelse på grunn av manglende innsikt. Hensynet til faglig ekspertise står imidlertid i en noe annen stilling for økonomiske spørsmål, enn eksempelvis spørsmål om biologi, fysikk, kjemi og andre vitenskaper. Dette fordi EU-domstolen i mange sammenhenger må ta stilling til spørsmål som berører økonomiske vurderinger på ulike måter. EU-samarbeidet startet som en rettslig regulering av statenes økonomiske fellesskap, og i mange sammenhenger kan EU-domstolen betegnes som en økonomisk domstol. Domstolen er altså et stykke på vei fortrolig med spørsmål av økonomisk

²⁵⁴ Jf. bemerkningene hos generaladvokat Tizzano i Opinion i sak C-12/03 P (ECLI:EU:C:2004:318) *Kommisjonen mot Tetra Laval BV* avsnitt 89.

²⁵⁵ Sml. lignende betraktninger av Norges Høyesterett i HR-2015-2252-A avsnitt 35 knyttet til «kan-skjønn» og et vilkår om «særlige grunner».

²⁵⁶ Hvor langt dette hensynet kan trekkes, er naturligvis ikke et opplagt spørsmål. Generaladvokat Jacobs drøftet spørsmålet i *Technische Universität München*. Han understreket generaladvokat Jacobs at EU-domstolen ikke kunne vike unna tekniske spørsmål, og at domstolen etter omstendighetene måtte konsultere uavhengige eksperter på selvstendig grunnlag. Men Jacobs mente samtidig at som utgangspunkt måtte EU-domstolen være tilbakeholden med å gripe inn i faglig krevende spørsmål, se Opinion i sak C-269/90 (ECLI:EU:C:1991:317) *Technische Universität München* punkt 13 - 16.

karakter. Det innebærer at det er noe mindre grunn til tilbakeholdenhet i faglige spørsmål av økonomisk karakter, enn på andre ekspertområder.

For det tredje er hensynet til effektiv administrasjon av større betydning jo mer kompleks en avgjørelse er. Kontrollorganenes ressurser er begrensede, og må fordeles over et svært stort antall statsstøtteinitiativ fra medlemsstatene. Det tilsier at man etter omstendighetene må akseptere at forvaltningen ikke kan gå til bunns i alle spørsmål. Domstolsprøving av komplekse spørsmål krever dessuten i seg selv store ressurser. Det berører ikke kun arbeidsbyrden til forvaltningen, men også arbeidsbyrden til de europeiske domstolene.²⁵⁷ En intensiv domstolsprøving kan også føre til at de administrative instanser i EU konsentrerer sine begrensede ressurser på å redusere risikoen for domstolsprøving, enn på å sørge for at avgjørelsene er gode innholdsmessig.

EU-domstolen begrunner ikke den begrensede domstolsprøvingen kun med vurderingens kompleksitet. Vurderingstemaet blir også fremhevet. Domstolen begrunner skjønnet blant annet med at de komplekse vurderingene knytter seg til økonomiske og sosiale vurderinger som må foretas i en fellesskapskontekst, og kan dreie seg om forhold i rask endring.

Et spørsmål i denne sammenheng er imidlertid om EU-domstolen er tilbakeholden fordi vurderingstemaet er teknisk krevende, eller for å ivareta et politisk handlingsrom hos Kommisjonen. Skillet mellom skjønn av politisk og teknisk karakter ble understreket av Generaladvokat Léger i *Rica Foods*. Poenget var at EU-institusjonene i visse tilfeller fungerte som politiske organer, i visse tilfeller som administrative organer. Léger mente rettspraksis generelt sett innrømmet mer skjønn i tilfeller av politisk skjønn, enn av teknisk skjønn. Dette er neppe en kontroversiell påstand. Léger trakk deretter frem individuelle beslutninger på statsstøtte- og konkurranseområdet som tilfeller av teknisk skjønn.²⁵⁸ Dette synes også å

²⁵⁷ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 476. Se også lederartikkel av Eleanor Sharpston, «Effective Judicial Protection through Adequate Judicial Scrutiny – Some Reflections», *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013, Vol. 4, No. 6, side 453 – 454. Sharpston er generaladvokat ved EU-domstolen.

²⁵⁸ Opinion i sak C-40/03 P (ECLI:EU:C:2005:93) *Rica Foods (Free Zone) NV mot Kommisjonen* avsnitt 45 – 49. Betydningen av at det er tale om politisk myndighetsutøvelse er også fremhevet i tilknytning til prøvingen av forholdsmessighet hos Gráinne De Búrca, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, 1993, side 105-150 på side 119.

samsvare med gjengs oppfatning i statsstøttelitteraturen. *Hofmann* uttaler at statsstøttekontrollen bygger på en teknokratisk modell hvor forvaltningen utøver myndigheten, og peker videre på at Parlamentet er ekskludert fra lovgivningsprosessen.²⁵⁹

Skillet mellom teknisk og politisk skjønn kan likevel neppe trekkes skarpt.²⁶⁰ Statsstøtteområdet har en iboende politisk dimensjon, selv om kontrollorganene fremstår apolitisk i sin håndhevelse. På tross av at Europaparlamentet mangler formell innflytelse på lovgivningen, kan parlamentet komme med høringsuttalelser. I tillegg kan statsstøttekontrollen basere seg på politiske vedtak fra Rådet, slik eksempelvis regionalstøtteregelverket viser til «Europa 2020»-strategien vedtatt av Rådet i 2010.²⁶¹ Kommisjonæren for Kommisjonens konkurranse- og statsstøtteavdeling må dessuten ha et tillitsvotum fra parlamentet for å kunne tiltre. Disse elementene gir alle den løpende statsstøttekontrollen en viss demokratisk forankring. Således underbygger de at området ikke utelukkende bygger på et teknisk skjønn, men et stykke på vei på et politisk skjønn.

Det kan imidlertid sies at traktaten i hovedsak legger opp til en teknisk – ikke politisk – håndhevelse. Légers beskrivelse synes derfor i det vesentlige å være treffende. Statsstøttekontrollen er teknisk – ikke politisk – preget. Det er altså i mindre grad et poeng å begrense domstolskontrollen for å gi Kommisjonen politisk handlingsrom.

I motsatt ende finner vi en rekke hensyn som taler for at skjønnet likevel ikke bør være altfor vidt. All myndighetsutøvelse vil i en eller annen form gripe inn i visse rettigheter eller interesser. Det grunnleggende kravet til effektiv rettsbeskyttelse («effective judicial protection») vil da for det første stille visse minstekrav til domstolsprøvingen.²⁶² EU-domstolen ligger antakelig trygt innenfor minstekravet etter dagens praksis.²⁶³ Utover minstekravet vil imidlertid arten av de berørte interessene være sentralt for hvor

²⁵⁹ Jf. Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 48.

²⁶⁰ Jf. Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 368, som påpeker at skillet er prinsipielt holdbart, men likevel en forenkling.

²⁶¹ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 30.

²⁶² Prinsippet om effektiv rettsbeskyttelse ble utviklet av EU-domstolen, og er i dag nedfelt i EUs grunnrettighetspakt artikkel 47.

²⁶³ Spørsmålet ble drøftet på konkurranserettens område i sak C-272/09 P (ECLI:EU:C:2011:810) *KME Germany AG m.fl. mot Kommisjonen*, se avsnitt 91 – 110.

tungtveiende behovet for domstolskontroll er. Jo viktigere rettigheter og interesser EUs myndighetsutøvelse gjør inngrep i, desto mer intens vil domstolskontrollen normalt være.²⁶⁴

I denne sammenheng er det av betydning av statsstøttekontrollen skal ivareta like konkurransevilkår i det indre marked. Dermed har domstolskontrollen av Kommisjonens forenlighetsvedtak et slektskap med EU-domstolens kontroll med medlemsstatenes inngrep i det indre marked. *Craig* påpeker at forholdsmessighetsprøvingen av medlemsstatenes restriksjoner er særlig streng fordi de fire friheter er «central to the very idea of market integration that lies at the economic heart of the EU».²⁶⁵ Statsstøttekontrollen ivaretar på samme måte de grunnleggende målsetninger like konkurransevilkår i det indre marked, og å bidra til markedsintegrasjon. Dette særtrekket skiller statsstøttekontrollen fra andre områder hvor EUs myndighetsutøvelse består i å forene kryssende hensyn, slik som den felles landbrukspolitikken, og den felles fiskeripolitikken. Dermed er det grunn til strengere domstolskontroll av kontrollorganenes forenlighetsvedtak på statsstøtteområdet, enn av EUs særlige politikkområder.

Nært knyttet til effektiv rettsbeskyttelse, er hensynet til legitimitet og tillit til de administrative beslutninger som fattes. Strengere domstolsprøving styrker generelt tilliten til forvaltningens vedtak.²⁶⁶ Behovet for domstolsprøving er også sterkere jo større risiko for feil som gjør seg gjeldende på området. På statsstøtteområdet er det generelt en risiko for politisk press og skjev informasjon fra medlemsstater og andre interessegrupper. Dette forsterker behovet for domstolskontroll.

Domstolsprøving av forvaltningens skjønnsutøvelse involverer dermed en rekke kryssende hensyn. Det kan derfor være nærliggende med en pragmatisk tilnærming til hver enkelt sak. Som *Fritzsche* understreker, er det imidlertid tungtveiende hensyn som taler for en prinsipiell tilnærming til domstolskontrollen. Berørte parter har krav på så omfangsrik domstolsprøving som EU-retten tillater. Minst like viktig er at spørsmålet om prøvingsintensitet i seg selv er et

²⁶⁴ Jf. Gráinne De Búrca, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, 1993, side 105-150 på side 146 som påpeker dette i tilknytning til prøving av forholdsmessighet.

²⁶⁵ Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 683.

²⁶⁶ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 476.

spørsmål om institusjonell balanse. EU-domstolen har siste ord. Det tilsier at domstolen må forholde seg til klare rammer for egen maktutøvelse, snarere enn pragmatiske enkeltavgjørelser.²⁶⁷

Noe annet er at domstolsprøvingen tilpasses hvert enkelt rettsområde. Domstolsprøvingen av forenlighetsvedtak må derfor som utgangspunkt analyseres isolert.²⁶⁸ Spørsmålet om domstolsprøving på statsstøtteområdet er i seg selv svært omfattende.²⁶⁹ Dette kommer på toppen av at forholdsmessighetskravet for forenlighet er lite behandlet i litteraturen. Det understreker ytterligere at en rettsdogmatisk vurdering av ESAs godkjenningsvedtak forutsetter en grundig behandling av domstolskontrollen av de materielle vilkår.

3.2.3. Generelt om prøvingsstandarden – «manifest error»

Det generelle utgangspunktet for prøving av forvaltningsskjønn – enten det er tale om det klassiske kan-skjønnet, eller skjønn i vurderingen av forholdsmessighetskravet – er at EU-domstolen begrenser seg til hvorvidt det foreligger en «manifest error».²⁷⁰ Kriteriet «manifest error» benyttes enten det er tale om feil i vurderingen av fakta, feil i skjønnsutøvelsen, eller feil i vurderingen av forholdsmessighetskravet.²⁷¹ Når kapitlet i det videre skal analysere domstolskontrollen av forholdsmessighetskravet, er utgangspunktet således at kontrollen er begrenset til tilfeller av «manifest error». Fordi «manifest error» også danner utgangspunktet, er det hensiktsmessig med noen innledende avklaringer knyttet til denne prøvingsstandarden.

²⁶⁷ Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 388 – 389.

²⁶⁸ Denne tilnærmingen finner vi også hos blant annet Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 476, som skiller mellom ulik grad av prøvingsintensitet for ulike rettsområder.

²⁶⁹ Jf. Arjen Meij, «In Search of a Manifest Error: Dutch Complexities Between Certainties of the Law and Uncertainties of Economics», *European State Aid Law Quarterly* 3/2012 side 547 – 550 på side 548, som for øvrig omhandler forvaltningsskjønnet knyttet til markedsaktørtesten og statsstøttebegrepet.

²⁷⁰ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 444 og Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 379.

²⁷¹ Dette kommer frem gjennom kapitlet for øvrig. På statsstøtteområdet fremkommer det eksempelvis av sak C-62/87 (ECLI:EU:C:1988:132) *Wallonia mot Kommisjonen* avsnitt 23, hvor «manifest error»-testen anvendes på subsumsjonen av vilkårene i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav a. Den prinsipielle uttalelsen gjengitt i punkt 3.1.2 (se sitat knyttet til note 235). taler oftest kun om «manifest error» i vurderingen av fakta, men testen anvendes også på andre forhold enn vurderingen av fakta.

Begrepet «manifest error» kan i seg selv tolkes noe ulikt. I norsk språkform kan det forstås å sikte til åpenbare, klare, eller tydelige feil.²⁷² En ordlydstolkning er av begrenset interesse, fordi EU-domstolens praksis gjennom hele EU-samarbeidet viser at prøvingsstandarden både kan anvendes strengt og raust overfor forvaltningens vurderinger. Over tid har rettspraksis lagt til grunn en stadig strengere domstolsprøving.²⁷³ Samtidig varierer det hvor strengt «manifest error»-testen anvendes mellom ulike forvaltningsområder.²⁷⁴ Dette innebærer for det første at anvendelsen av «manifest error» først kan forstås gjennom en grundig analyse av rettspraksis på statsstøtteområdet. For det andre innebærer det at man må være varsom med å vektlegge eldre rettspraksis.

Førsteinstansen har i enkelte saker forsøkt å gi ytterligere føringer for testen når det gjelder vurderinger av fakta. Den har da uttrykt seg slikt at vurderingene må være «implausible».²⁷⁵ Som *Fritzsche* påpeker, er det i praksis vanskelig å forutsi hvilke tilfeller domstolene overprøver skjønnet.²⁷⁶ Det kan være krevende å få et enhetlig bilde av rettspraksis. I noen avgjørelser finner man at innledende formaninger om begrenset domstolsprøving etterfølges av en omfattende prøving. I andre avgjørelser finner man en begrenset domstolsprøving, uten at dette er prinsipielt begrunnet.²⁷⁷ Generaladvokat Cosmas har anført at EU-domstolens tilnærming til prøving av forvaltningsskjønnet innebar at domstolen forblir «master of its task, defining itself the depth to which its investigation will go on each occasion».²⁷⁸ En slik forståelse av rettspraksis er imidlertid problematisk ut fra prinsippene om institusjonell balanse og effektiv rettsbeskyttelse. At EU-domstolens tilnærming i begrunnelsen kan variere fra sak til sak, behøver heller ikke å bety at prøvingsstandarden materielt sett varierer fra sak til sak. Det er ikke unaturlig at domstoler begrunner inngående de tilfellene hvor man velger

²⁷² I danske tekster oversettes «manifest» konsekvent til «åpenbar».

²⁷³ Jf. blant annet Joana Mendes «Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing the limits of law» i *Common Market Law Review* nr. 53 (2016) side 419 – 452 og Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 58 – 61.

²⁷⁴ Jf. Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 378 og Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 445 flg.

²⁷⁵ Jf. sak T-380/94 (ECLI:EU:T:1996:195) *AlUFFASS mot Kommisjonen* avsnitt 59.

²⁷⁶ Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 379.

²⁷⁷ Alexander Fritzsche, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», *Common Market Law Review* nr. 47 (2010) side 361 – 404 på side 380.

²⁷⁸ Opinion i sak C-83/98 P (ECLI:EU:C:1999:577) *Frankrike mot Ladbroke Racing m.fl.*, fotnote 3.

å annullere en forvaltningsavgjørelse. I tilfeller hvor man velger å opprettholde en forvaltningsavgjørelse, er det arbeidsbesparende å holde premissene korte.

For å avklare omfanget av domstolsprøvingen for forenlighetsvurdering, er det altså nødvendig med en konkret analyse av rettspraksis. Merkelappen «manifest error» er i denne sammenheng lite mer enn et løst utgangspunkt. *Craig* har i sin analyse av domstolsprøvingen skilt mellom streng, middels, og mild domstolsprøving («high», «medium», og «low intensity review»). Systematikken plasserer konkurranseretten under streng domstolsprøving, statsstøtteretten og diskresjonær politikktøvelse under middels domstolsprøving, og eldre rettspraksis knyttet til utøvelse av diskresjonært politisk skjønn under mild domstolsprøving.²⁷⁹ I Craigs tredelte systematikk er altså diskresjonær politikktøvelse i samme kategori som statsstøttepraksis. Som drøftet foran, tilsier statsstøttekontrollens formål med å sikre like konkurransevilkår i det indre marked, at prøvingsstandarden her er noe strengere. Den videre analysen i kapitlet vil etter min mening synliggjøre en noe mer inngripende domstolsprøving på statsstøtteområdet. I en mer finmasket inndeling av rettsområder, bør domstolsprøving av forenlighetsvedtak derfor antakelig plasseres i en kategori mellom domstolsprøving i konkurranseretten, og domstolsprøving knyttet til utøvelse av diskresjonært politisk skjønn. Forutenom denne tilføyelsen, oppfatter jeg systematikken hos *Craig* som treffende. Den er nyttig å ha som utgangspunkt, og i tillegg for å plassere statsstøtteområdet i forhold til andre rettsområder.

3.2.4. Kort om prosessuell prøving av forvaltningskjønnet

De prosessuelle sidene ved RDA-godkjenningen behandles ikke i denne avhandlingen. Adgangen til prosessuell prøving er likevel også nødvendig å utpensle noe. For det første kan det gi en viss indikasjon på hvor tilbakeholden domstolene er generelt. For det andre er det nødvendig å forstå i hvilke tilfeller domstolene kan velge om de ønsker å overprøve et vedtak på materielt eller på et prosessuelt grunnlag.

Et sentralt utgangspunkt for prosessuell prøving er nettopp kontrollorganenes rommelige skjønn. EU-domstolen har i en rekke saker uttalt at på områder hvor en EU-institusjon er tildelt et bredt skjønn, er prøvingen av visse prosessuelle garantier av stor viktighet. I forlengelsen

²⁷⁹ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 445 flg.

av dette har domstolen tilføyd at en av disse garantiene er at institusjonen i slike tilfeller er pålagt «... to examine carefully and impartially all the relevant elements of the individual case and to give an adequate statement of the reasons for its decision».²⁸⁰ Plikten til grundig saksbehandling er svært vidtrekkende formulert, og åpner således for en inngripende prosessuell kontroll av statsstøttesaker ut fra hvorvidt alle relevante elementer er vurdert. Det at plikten omtales som en garanti av stor viktighet («fundamental importance»), støtter nettopp en slik streng anvendelse av den. Hovedbildet i rettspraksis er imidlertid at vedtak i liten grad tilsidesettes på dette grunnlag.²⁸¹ Domstolene synes å foretrekke å prøve forenlighetsvurderinger ut fra forholdsmessighetskravets vilkår om nødvendighet og interesseovervekt, snarere enn det prosessuelle kravet om grundig saksbehandling. Jeg kommer innom bakgrunnen for dette avslutningsvis i kapitlet.

På statsstøtterettens område er et særskilt prosessuelt krav av større betydning, nemlig adgangen til å treffe vedtak etter en såkalt foreløpig gransking. Saksbehandlingen er i disse tilfellene raskere, og uten høringsrett for tredjeparter. Formålet er at Kommisjonen skal skaffe seg en «prima facie opinion» av hvorvidt tiltaket utgjør statsstøtte, og eventuelt er forenlig med det indre marked.²⁸² På bakgrunn av en foreløpig undersøkelse kan Kommisjonen enten konkludere med at tiltaket ikke utgjør statsstøtte, eller at tiltaket er forenlig med det indre marked.²⁸³ Forutsetningen for å treffe vedtak om forenlighet etter en foreløpig gransking er at det ikke må være «tvil» om forenligheten ved ordningen.²⁸⁴ Ved domstolsprøvingen av slike vedtak er normalt det avgjørende punkt hvorvidt slik «tvil» forelå.²⁸⁵

²⁸⁰ Jf. blant annet sak C-525/04 P (ECLI:EU:C:2007:698) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 58 og T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries I/S m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 88.

²⁸¹ Dette var dog tilfelle i sak T-95/94 (ECLI:EU:T:1995:172) *Sytraval mot Kommisjonen*, hvor manglende undersøkelser tilsa at vedtakets begrunnelse var mangelfull. Førsteinstantens tilnærming ble opprettholdt av EU-domstolen i sak C-367/95 P (ECLI:EU:C:1998:165) *Kommisjonen mot Sytraval*. Samme tilnærming fant også sted i sak T-206/99 (ECLI:EU:T:2001/101) *Métropole Télévision SA mot Kommisjonen*.

²⁸² Jf. sak C-84/82 (ECLI:EU:C:1984:117) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 11.

²⁸³ Jf. prosedyreforordningen av 2015 artikkel 4 nr. 2 og nr. 3. Det samme fremgår av tilsvarende bestemmelse i prosedyreforordningen av 1999. Kommisjonen kan derimot ikke konkludere med at et statsstøttetiltak ikke er forenlig med det indre marked etter en foreløpig gransking. Kommisjonen må først foreta en formell gransking før et negativt vedtak kan treffes, jf. begge prosedyreforordninger artikkel 4 nr. 4.

²⁸⁴ Jf. prosedyreforordningen av 2015 artikkel 4 nr. 3. Dette fremgår også implisitt av TEUV artikkel 108 nr. 3 jf. nr. 2. Det fremgår tilsvarende av samme bestemmelse i prosedyreforordningen av 1999.

²⁸⁵ Jf. Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 527, hvor det påpekes at dette trolig er den mest påberopte prosessuelle mangelen for vedtak truffet etter en foreløpig gransking – et inntrykk jeg også deler.

EU-domstolen vurderer både om tvil foreligger på bakgrunn av saksbehandlingen, og ut fra hvordan forholdsmessighetskravets vilkår for forenlighet er anvendt.²⁸⁶ Det skal mindre til for å konstatere tvil om forholdsmessighetskravets vilkår er overholdt, enn å konstatere at de er brutt.²⁸⁷ I tilfeller hvor EU-domstolen annullerer vedtak på grunn av tvil om forenligheten ut fra substansen i forenlighetsvurderingen, kan det være uklart hvordan avgjørelsen skal tolkes. Fordi annullering kun krever tvil, kan det tenkes at Kommisjonens konklusjon ville stått seg dersom den var bedre underbygd. Man kan altså ikke uten videre anta at slike avgjørelser uttaler seg om de materielle grensene for forenlighet. Hvorvidt det kan foretas en slik slutning fra rettspraksis må vurderes konkret.

3.3. Forholdsmessighetsprinsippets materielle vilkår

3.3.1. Innledning

Denne delen skal analysere hvordan forholdsmessighetsprinsippet oppstiller materielle vilkår for å anse statsstøtte forenlig med det indre marked. Forholdsmessighetsprinsippet er et grunnleggende EU-rettslig prinsipp. Det gjelder for all myndighetsutøvelse fra EU.²⁸⁸ Det gjelder også på medlemsstaters eventuelle restriksjoner i det indre marked. Gjennom Lisboa-traktaten ble det som skranke for EU selv nedfelt i TEU artikkel 5:

« Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties. »²⁸⁹

På statsstøtteområdet får forholdsmessighetsprinsippet først og fremst betydning fordi kontrollorganenes vedtak og regelverk må være i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet.

²⁸⁶ Jf. blant annet sak C-83/09 P (ECLI:EU:C:2011:341) *Kommisjonen mot Kronoply*, se særlig avsnitt 59, og sak E-1/13 *Mila ehf mot EFTAs overvåkningsorgan*, se særlig avsnitt 61.

²⁸⁷ Jf. tilsvarende bemerkning i forbindelse med «manifest error of assesment»-testen i blant annet sak T-388/03 (ECLI:EU:T:2009:30) *Deutsche Post AG mot Kommisjonen* avsnitt 92 og sak T-631/15 (ECLI:EU:T:2018:944) *Stena Line Scandinavia AB mot Kommisjonen* avsnitt 115.

²⁸⁸ Sak C-441/07 P (ECLI:EU:C:2010:377) *Kommisjonen mot Alrosa Company Ltd* avsnitt 36.

²⁸⁹ Anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet er nærmere regulert i TEUV protokoll 2, hovedsakelig vedrørende prinsippet anvendelse på sekundærlovgivning. Forholdsmessighetsprinsippet gjelder for øvrig tilsvarende i EØS-retten, jf. blant annet Fredrik Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011 side 106 og Pall Hreinsson «General Principles» i *The Handbook of EEA Law*, Carl Baudenbacher (red.) Springer 2015 side 349 – 389 på side 363 flg.

Forholdsmessighetsprinsippet regulerer hvordan motstridende interesser skal avveies. Normalt innebærer det et krav om at tiltak som griper inn i en beskyttet interesse, må være nødvendig og egnet for å realisere et nærmere bestemt formål. I tillegg må ikke inngrepet stå i et urimelig forhold til målsetningen.²⁹⁰ Sistnevnte vilkår omtales ofte som forholdsmessighet i snever forstand. Det er noe omdiskutert om kravet til forholdsmessighet i snever forstand gjelder generelt i EU-retten, eller om det kun får anvendelse på visse rettsområder.²⁹¹

Forholdsmessighetsprinsippet varierer imidlertid fra område til område.²⁹² Dette gjelder både det nærmere innhold i prinsippet, og omfanget av domstolsprøvingen. Dette ble uttrykkelig formulert av EU-domstolen i *Kommisjonen mot Alrosa*. Etter å slått fast forholdsmessighetskravets generelle anvendelse, la EU-domstolen deretter til:

« (...) the question always arise, first, of the precise extent and limits of the obligations which flow from the observance of that principle and, second, of the limits of judicial review. »²⁹³

Kommisjonen mot Alrosa klargjør at forholdsmessighetsprinsippet må gjelde på alle rettsområder. I tillegg viser uttalelsen at spørsmålet om forholdsmessighetsprøving kan deles inn i to underproblemstillinger. For det første innholdet i forholdsmessighetsprinsippet – med andre ord hvilke konkrete vilkår som må være oppfylt. For det andre omfanget av domstolsprøvingen, som er et spørsmål om hvor inngripende domstolene prøver forvaltningens vurdering av de ulike vilkår.

Spørsmålene blir derfor hvilket innhold forholdsmessighetsprinsippet har for forenlighetsvedtak- og regelverk, og hvor inngripende domstolsprøvingen er. Rettspraksis som prøver forenlighetsvedtak er hovedsakelig av nyere dato, hvor forenlighetsvedtaket til dels er styrt av retningslinjer Kommisjonen har utformet. Det er nærliggende at

²⁹⁰ Jf. Paul Craig og Gráinne De Búrca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 6. utgave, Oxford 2015 på side 551. Det er riktignok noe omdiskutert om det etter det alminnelige forholdsmessighetskravet må stilles krav om interesseovervekt. Dette berøres senere.

²⁹¹ Se nærmere Martin Hennig, *Frihandel med helseskadelige rus- og næringsmidler*, Tromsø, 2015 kapittel 11 med videre henvisninger.

²⁹² Jf. Takis Tridimas, *General Principles of EU Law*, 2. utgave, Oxford 2006 på side 173.

²⁹³ Sak C-441/07 P (ECLI:EU:C:2010:377) *Kommisjonen mot Alrosa Company Ltd* avsnitt 37.

forholdsmessighetsprinsippet har et noe annet omfang i de tilfeller hvor det gjelder generelle regler for forenligheten, enn i tilfeller hvor et vedtak bygger utelukkende på en konkret og individuell vurdering.²⁹⁴ I disse tilfellene kan det ikke utelukkende tas hensyn til forholdsmessigheten i den konkrete sak. Det må også tas hensyn til at forholdsmessigheten er søkt ivaretatt gjennom generelle regler. Jeg kommer nærmere tilbake til dette under punkt 3.4. om retningslinjer.

RDA-godkjenningen er også truffet med utgangspunkt i retningslinjene for 2014 – 2020. På grunn av dette behandler jeg forholdsmessighetsprinsippetts anvendelse for forenlighetsvedtak truffet etter retningslinjer for seg selv (punkt 3.4.), og deretter for gruppeunntaksforordningen (punkt 3.5.). Det er i denne senere drøftelse at *intensiteten* i domstolsprøvingen blir behandlet særskilt. Den nåværende delen trekker altså hovedsakelig opp hvilke materielle vilkår som forholdsmessighetsprinsippet stiller til forenlighetsstandpunkter. En viss sammenheng mellom de to sidene ved forholdsmessighetsprinsippet er det uansett – oppstilling av mer presise vilkår i forholdsmessighetstesten er i seg selv et uttrykk for mer intensiv domstolsprøving.

3.3.2. Forholdsmessighetsprinsipp eller konkrete vilkår?

Som nevnt innledningsvis bygger avhandlingen på at de materielle vilkår for forenlighet på statsstøtteområdet er uttrykk for forholdsmessighetsprinsippet. De mest fremtredende vilkår i rettspraksis er krav om nødvendighet og interesseovervekt. Disse vilkår samsvarer i sitt innhold til typiske ledd i en forholdsmessighetsprøving. Det er derimot ikke en vanlig tilnærming å knytte vilkårene om nødvendighet og interesseovervekt til forholdsmessighetskravet. Det mest vanlige er å anse nødvendighet og interessevekt som vilkår for forenlighet, uten noen tilknytning til forholdsmessighetsprinsippet.²⁹⁵ Jeg skal derfor begrunne mitt valg av tilnærming noe nærmere. Min tilnærming er riktignok ikke helt ny.

²⁹⁴ Jf. blant annet Niels Fenger, «Proportionalitetsprinsippet i EU- og EØS-retten» i *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Karl Harald Søvig (red.) Bergen 2014 side 49 – 76 på side 63 – 64.

²⁹⁵ Jf. den videre gjennomgangen i kapitlet av rettspraksis som bygger på krav om nødvendighet og interesseovervekt. Se også som eksempel Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 225. Det er verdt å merke seg at Rusche i denne sammenheng nevner «proportionality», men at det da knytter seg til vilkåret om beløpsmessig minimum. Nærmere om dette under punkt 3.3.4.5.

Hancher peker konkret på at forenlighetsvurderinger i en viss utstrekning består av en «specific expression of the proportionality principle».²⁹⁶ Og selv om hovedbildet i rettspraksis er anvendelse av konkrete materielle vilkår, har en tilnærming hvor de materielle vilkår knyttes til forholdsmessighetsprinsippet også støtte i rettspraksis.

For det første har førstinstansen vist til at forholdsmessighetsprinsippet generelt kommer til anvendelse på forenlighetsvedtak. I eldre rettspraksis har riktignok dette da skjedd uten å knytte dette til vilkårene om nødvendighet og interesseovervekt.²⁹⁷ I *AIUFFASS* uttalte førstinstansen således at når Kommisjonen vurderte regionalstøtte, måtte den sørge for den nødvendige avveining mellom hensynet til solidaritet og fri konkurranse, «whilst complying with the principle of proportionality».²⁹⁸ Denne uttalelsen ble gitt uten at prinsippet ble satt i sammenheng med vilkårene om nødvendighet og interesseovervekt. Det var først i *CELF II* at førstinstansen uttrykkelig knyttet vilkåret om nødvendighet til forholdsmessighetsprinsippet. Først viste den til uttalelsen fra *AIUFFASS* om at Kommisjonen måtte overholde forholdsmessighetsprinsippet. Deretter la den til at:

« Thus, Member States are not permitted to make payments which may improve the situation of the undertakings receiving the aid but which are not necessary for the attainment of the objectives specified in Article 87(3) EC (...)»²⁹⁹

Standpunktet i *CELF II* hadde ikke noen materiell betydning. Det var allerede på det rene at nødvendighet var et vilkår for forenlighet. Tidligere rettspraksis hadde imidlertid utledet nødvendighetskravet fra ordlyden i unntakshjemplene. I *CELF II* forankret man nødvendighetskravet i forholdsmessighetsprinsippet.

²⁹⁶ Se Leigh Hancher, «Chapter 4 – Article 107(2) and Article 107(3)» i *EU State Aids*, Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot (red.) 5. utgave, London 2016 side 133. Bacon uttaler at forenlighet vil «often turn on whether (...) it is proportionate for pursuing the common interest objective», se Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 100. Det fremkommer likevel ikke tydelig om Bacon oppfatter forholdsmessighet som en overordnet skranke.

²⁹⁷ Se sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 98 og forente saker T-126/96 og T-127/96 (ECLI:EU:T:1998:207) *BFM m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 101 – 103.

²⁹⁸ sak T-380/94 (ECLI:EU:T:1996:195) *AIUFFASS m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 54

²⁹⁹ Sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 98.

I den ferske avgjørelsen *Øresund* kom derimot spørsmålet om forholdsmessighet på spissen, og fikk også materiell betydning. Saken gjaldt et forenlighetsvedtak truffet etter bokstav b. Kommisjonen anførte at kravet om interesseovervekt kun gjaldt for unntak etter bokstav c, hvor vilkåret har en tydelig forankring i ordlyden. Førsteinstansen erkjente at tidligere praksis som slo fast kravet om interesseavveining kun knyttet seg til bokstav c, men la deretter til at:

« (...) it is clear that the need for such a ‘weighing’ of the expected positive effects in terms of realisation of the objectives set out in Article 107(3)(a) to (e) TFEU against the negative effects of aid in terms of distortion of competition and the effect on trade between Member States *is no more than an expression of the principle of proportionality* and the principle that the exemptions set out in Article 107(3) TFEU must be interpreted strictly. »³⁰⁰ (min kursivering)

Avgjørelsen støtter således en tilnærming hvor vilkårene om nødvendighet og interesseovervekt for forenlighet sees på som uttrykk for et spesifikt forholdsmessighetskrav på statsstøtteområdet.³⁰¹

En slik forståelse forklarer også et annet trekk ved EU-domstolens praksis, nemlig at materielle vilkår som tilsynelatende er forankret i ordlyden i én unntaksbestemmelse i TEUV artikkel 107 nr. 3, senere legges til grunn for andre unntaksbestemmelser uten samme støtte i ordlyden. EU-domstolen har eksempelvis lagt til grunn et nødvendighetsvilkår i bokstav b, og begrunnet dette med rettspraksis etter bokstav a. Denne rettspraksis etter bokstav a er på sin side begrunnet med rettspraksis etter bokstav c.³⁰²

³⁰⁰ Sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries I/S m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 211.

³⁰¹ EFTA-domstolens sak E-4/97 *Den norske Bankforening mot ESA* kan også sies å gi en viss støtte for en slik tilnærming. Saken gjaldt riktignok vedtak truffet etter statsstøtteunntaket om tjenester av allmenn økonomisk betydning i EØS-avtalen artikkel 59. På lignende vis som statsstøtteunntaket i bokstav c, må ikke unntaket være i et omfang som strider mot avtalepartenes interesse. EFTA-domstolen la til grunn at bestemmelsen «calls for an application of a proportionality test to assess whether the required balance has been struck (...)», se avsnitt 70. Avgjørelsen viser således en tilbøyelighet til å bruke et forholdsmessighetskrav, snarere enn å ta utgangspunkt i unntakets konkrete formuleringer.

³⁰² Se sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570) *Kotnik m.fl. mot Slovenia* avsnitt 49 vedrørende nødvendighetsvilkåret etter bokstav b, hvor EU-domstolen bygger på rettspraksis etter bokstav a (Forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:387) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 104), som igjen viser tilbake til rettspraksis etter bokstav c (sak C-390/06 (ECLI:EU:C:2008:224) *Nuova Agricast Srl mot Ministero delle Attività Produttive* avsnitt 69).

Selv om *Øresund* viser at standpunktet kan ha betydning for omfanget av vilkår for forenlighet, skal ikke betydningen av dette standpunktet overdrives. Det behøver ikke å ligge noen innholdsmessig forskjell i å bygge på et forholdsmessighetsprinsipp, sammenlignet med å bygge på konkrete materielle vilkår om nødvendighet og interesseovervekt. For unntaket i bokstav c er det som lagt til grunn i *Øresund* på det rene at et krav til interesseovervekt også kan utledes av ordlyden.³⁰³

Både rettsvitenskapelig og fremstillingsmessig er det etter min mening likevel en fordel å kunne klarlegge en alminnelig forholdsmessighetsnorm som får anvendelse på forenlighetsvedtak. Det blir for det første tydeligere at det er en felles norm for forenlighetsvurderinger i statsstøtteren. For det andre gir det en mer prinsipiell tilnærming til domstolskontrollen. For det tredje blir det mulig å sammenligne statsstøtterenets forholdsmessighetskrav med det krav som gjelder for annen myndighetsutøvelse fra EU, og det krav som gjelder for medlemsstatenes inngrep i de fire friheter.

Som jeg kommer nærmere tilbake til, er visse deler av forholdsmessighetskravet særlig relevant for vurderingen av RDA-ordningen. Jeg vil like fullt behandle alle deler av kravet. Dette fordi også de delene av forholdsmessighetskravet som i liten grad er direkte relevante for RDA-ordningen, fremdeles bidrar til å klarlegge og å forstå intensiteten i domstolsprøvingen generelt.

Én av endringene etter reformprogrammet SAM 2012 er nyttig å nevne i denne sammenheng. Dette var at forenlighetsvurderingen ble strukturert etter såkalte «common assessment principles».³⁰⁴ Disse felles vurderingsprinsippene gjenspeiler til en viss grad vilkår for forenlighet oppstilt i rettspraksis.³⁰⁵ Men det er også til en viss grad tale om vilkår som rettspraksis ikke uttrykkelig har påkrevd, men som Kommisjonen uansett har funnet hensiktsmessig å oppstille. Det må altså understrekes at forholdsmessighetskravet etter

³⁰³ Nærmere om dette under punkt 3.3.6.

³⁰⁴ En viss systematisering ble påbegynt ved SAAP 2005. Arbeidet var imidlertid mer omfattende ved SAM 2012. I ESA RAG 2014 finner vi de felles vurderingsprinsippene nedfelt i avsnitt 26 bokstav a – g (formålsskrav, generell nødvendighet, egnethet, incentiveeffekt, beløpsmessig minimum, interesseovervekt, og gjennomsiktighet).

³⁰⁵ Jf. Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 229.

rettspraksis ikke er fullt ut sammenfallende med forenlighetskravene i de felles vurderingsprinsippene. Dette fremkommer av gjennomgangen videre.

At forenlighetsvedtak fra og med SAM 2012 baserer seg på en enhetlig systematikk, gjør det samtidig enklere for domstolene å bli fortrolig med prøving av forenlighetskriteriene. Slik sett kan de felles vurderingsprinsippene legge til rette for en videre utvikling i retning strengere domstolskontroll, og mindre skjønn.³⁰⁶

3.3.3. Formålskrav

Jeg nevnte foran at forholdsmessighetskravet generelt består av et krav om nødvendighet, egnethet, og interesseovervekt. Vurderingen av om noe er nødvendig og egnet, må skje med utgangspunkt i en bestemt målsetning. Det er først når man har angitt hva man ønsker å oppnå, at det er mulig å foreta en vurdering av om et bestemt tiltak er nødvendig og egnet for å oppnå dette. Utgangspunktet for en forholdsmessighetsvurdering er dermed et nærmere bestemt formål. Krav til formål er normalt ikke omtalt som en del av det alminnelige forholdsmessighetskravet. Forenlighetsvurderinger har et særskilt krav til formål hvilket gjør det hensiktsmessig og naturlig å behandle som del av forholdsmessighetskravet.

Det er et grunnleggende krav at statsstøtte kun kan tillates dersom det kan rettfærdiggjøres i en *fellesinteresse*. Kravet ble for første formulert av Kommisjonen i 1979 i en sak om støtte til tobakksprodusenten Phillip Morris. Kommisjonen begrunnet standpunktet med traktatens system med statsstøttekontroll på følgende vis:

« Any granting of exemptions to aids without such a compensatory justification would be tantamount to agreeing to a distortion of intra-Community trade and competition *without grounds of Community interest* while putting certain Member States at an undue advantage. »³⁰⁷ (min kursivering)

³⁰⁶ Jf. José Luis Buendía «Chapter 1: The Limited Role of the 'Refined Economic Approach' in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism» side 24 i *EC State Aid Law – Le Droit des Aides d'Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Gil Carlos Iglesias m.fl. (red.) Wolters Kluwer 2008 på side 26.

³⁰⁷ Kommisjonsvedtak 79/743/EEC av 27. juli 1979 om proposed Netherlands Government assistance to increase the production capacity of a cigarette manufacturer (OJ L 217, 25. august 1979 side 17-19) punkt III.

Begrunnelsen for at støttetiltak må rettferdiggjøres ut fra en fellesinteresse, er altså at statene isolert sett får en fordel av å gi statsstøtte. Interessen til de øvrige medlemsstater blir på sin side rammet. Den felles interesse i et felles indre marked kan bare ivaretas om statsstøtte begrenses til de tilfellene hvor statsstøttetiltak tjener fellesskapet som helhet.

Kommisjonens negative vedtak for støtte til Phillip Morris ble deretter angrepet. EU-domstolen opprettholdt imidlertid vedtaket. Domstolen klargjorde at forenligheten av statsstøtte måtte vurderes «in the context of the Community and not of a single Member State».³⁰⁸ EU-domstolen ga dermed tilslutning til at statsstøtte må rettferdiggjøres i fellesinteresser. Dette ble også understreket av Kommisjonen i sin etterfølgende rapport om konkurransepolitikken. Kommisjonen uttalte blant annet følgende:

« The Commission considers that the judgment of the Court in the case of Phillip Morris has considerably clarified the position in regard to State aids in general. (...) The discretionary power of the Commission should only be exercised when the aids proposed by Member States contribute to the achievement of the Community objectives and interests set out in Article 92(3) EEC. The national interest of a Member State or the benefits obtained by the recipient of aid in contributing to the national interest do not by themselves justify the positive exercise of the Commission's discretionary powers. »³⁰⁹

I ettertid har dette blitt betegnet som prinsippet om «compensatory justification».³¹⁰ Kravet om at statsstøtte må rettferdiggjøres i en fellesinteresse har siden denne gang ikke vært trukket i tvil av verken EU-domstolen, eller Kommisjonen. EU-domstolen har i en rekke etterfølgende saker gjentatt utgangspunktet om at forenlighetsvurderinger «must be made in

³⁰⁸ C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen* avsnitt 26.

³⁰⁹ Kommisjonens «Tenth Report on Competition Policy» 1980 (Tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1980_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019), punkt 216.

³¹⁰ Jf. blant annet Kamiel Mortelmans «Compensatory Justification Criterion in the Practice of the Commission in Decisions on State Aids», *Common Market Law Review*, issue 2 1984 side 405 – 434 på side 406 og Andrew Evans, *European Community Law of State Aid*, Clarendon Press 1997 side 107 - 145, Adinda Sinnaeve «State Aid Control: Objectives and Procedures» i *Understanding State Aid Policy in the European Community*, European Institute of Public Administration (Kluwer 1999) på side 14 og Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot, *EU State Aids*, 5. utgave, London 2016 side 133.

a Community context».³¹¹ Kravet er videre i all hovedsak lagt til grunn i statsstøttelitteraturen.³¹²

En nyere avgjørelse fra førsteinstansen (*Hinkley Point C*) kan tilsynelatende se ut til å fravike kravet om at formålet må gjelde en felles interesse.³¹³ Saken gjaldt Kommisjonens godkjenning av Storbritannias statsstøtte til bygging av atomkraftverket «Hinkley Point C». Spørsmålet var hvorvidt det å fremme utvikling av atomkraft kunne ansees som en fellesinteresse. Østerrike og Luxembourg viste til at en rekke medlemsstater ikke ønsket utvikling av atomkraft. Spørsmålet om forståelsen av kravet om fellesinteresse kom dermed på spissen i rettspraksis for første gang etter *Phillip Morris*.

I sitt godkjenningsvedtak hadde Kommisjonen konkludert med at utvikling av atomkraft var en fellesinteresse fordi dette var en målsetning etter EURATOM-traktaten.³¹⁴ Førsteinstansen opprettholdt imidlertid Kommisjonens vedtak med en mer vidtrekkende begrunnelse. Førsteinstansen mente konseptet «common interest» utelukkende knyttet seg til de negative virkningene av statsstøttetiltaket. Medlemsstatene kunne på sin side rettferdiggjøre statsstøtte i «public interest objectives», uten noen nærmere henvisning til den felles interesse.³¹⁵ Resonnementet om at de positive virkningene ikke må knytte seg til en felles interesse, er imidlertid i strid med langvarig og godt begrunnet praksis fra EU-domstolen. Førsteinstansen drøfter ikke forholdet til denne tidligere rettspraksis, og tar heller ikke hensyn

³¹¹ Se blant annet sak C-310/85 (ECLI:EU:C:1987:96) *Deufil mot Kommisjonen* avsnitt 18, sak C-113/00 (ECLI:EU:C:2002:507) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 67, sak C-91/01 (ECLI:EU:C:2004:244) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 43, forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance* avsnitt 59 og sak C-464/09 P (ECLI:EU:C:2010:733) *Holland Malt BV mot Kommisjonen* avsnitt 46.

³¹² Se blant annet Kamiel Mortelmans «Compensatory Justification Criterion in the Practice of the Commission in Decisions on State Aids», *Common Market Law Review*, issue 2 1984 side 405 – 434, Francesco de Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, side 51. Marise Cremona «State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements», *European Law Journal*, Vol. 9. No. 3, Juli 2003 side 265 – 277 på side 272, Leigh Hancher, Tom Ottvanger og Piet Jan Slot, *EU State Aids*, 5. utgave, London 2016 side 83, Herig C.H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State aid law of the European Union*, Oxford 2016 side 228, Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 100 og Magnus Schmauch, *EU Law On State Aid to Airlines*, Berlin 2012 på side 179. Kaupa aviser på sin side at det gjelder et krav om fellesinteresse, se Clemens Kaupa «The More Economic Approach – a Reform based on Ideology?», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 2009 s. 311- 322 på side 319.

³¹³ Sak T-356/15 (ECLI:EU:T:2018:439) *Østerrike og Luxembourg mot Kommisjonen*

³¹⁴ Kommisjonsvedtak 2015/658 av 8. oktober 2014 om the aid measure SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station (OJ L 109, 28. april 2015 side 44-116) avsnitt 366 – 374.

³¹⁵ Sak T-356/15 (ECLI:EU:T:2018:439) *Østerrike og Luxembourg mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 82 – 88.

til systemargumentene som Kommisjonen i sin tid fremførte for formålskravet. Standpunktet må derfor anses for å være galt.³¹⁶

Kommisjonens tilnærming i godkjenningsvedtaket må på sin side anees riktig. Kravet om fellesinteresse kan ikke knytte seg til hva de enkelte medlemsstater på nasjonalt nivå til enhver tid har av politiske målsetninger. Østerrike og Luxembourgs argumentasjon på dette punkt var det derfor riktig å avvise. Kravet om fellesinteresse må i stedet forstås som å omfatte målsetningene som medlemsstatene har nedfelt i EU-samarbeidet, jf. EU-domstolens formulering om at forenligheten må avgjøres «in the context of the *Community*» (min kursivering). Kommisjonens vedtak i *Hinkley Point C* burde derfor vært opprettholdt med den begrunnelse Kommisjonen selv ga.³¹⁷

Førsteinstansens avgjørelse i *Hinkley Point C* illustrerer imidlertid at hva som utgjør en fellesinteresse, og hva som eventuelt er innholdet i denne, er et tolkningsspørsmål. For regionalstøtte sin del er det ikke tvilsomt at utvikling av svakerestilte regioner er en felleseuropeisk målsetning. Dette er uttrykkelig slått fast i TEUV artikkel 174. Som gjennomgått under punkt 2.3., kan det likevel være delte meninger om innholdet i målsetningen om regional likhet. Et aktuelt spørsmål er da i hvilken grad domstolene utviser tilbakeholdenhet med å prøve Kommisjonens forståelse av målsetningen om territoriell samhörighet. Siden utgangspunktet for formålsvurderingen er nedfelt i TEUV artikkel 174, har vurderingen større preg av tolkning enn av de andre ledd i forenlighetsvurderingen. Dette kan trekke i retning av mer intensiv domstolsprøving. På den annen side er de fleste målsetninger – herunder målsetningen om regional samhörighet – bredt formulerte. Konsekvensene av å utelukke visse tolkninger kan være vanskelig å overskue. Det kan derfor føre til en uheldig innskrenking av det fremtidige handlingsrommet. Av denne grunn vil EU-domstolen neppe foretrekke å prøve forenlighetsvedtak på dette grunnlag.

³¹⁶ Dommen er kommentert av Phedon Nicolaides i «The Compatibility of State Aid with the Internal Market», *European State Aid Law Quarterly* 2018 (vol 4) side 534 – 545. Nicolaides peker på dommens betydning for formålskravet, men legger til at standpunktene ikke er endelige da dommen er anket, jf. side 545.

³¹⁷ Godkjenningen ble angrepet på en rekke andre grunnlag som jeg ikke tar nærmere stilling til her. Hvorvidt statsstøttebestemmelsene i TEUV skal tolkes i lys av EURATOM eller motsatt er for øvrig gjenstand for en viss debatt, se nærmere Leigh Hancher, Adrien de Hauteclocque og Francesco Maria Salerno (red.), *State Aid and the Energy Sector*, Hart 2018 kapittel 8 med videre henvisninger. Heller ikke dette tar jeg stilling til her.

Spørsmålet om domstolsprøving av Kommisjonens forståelse av fellesinteressen har imidlertid ikke noe opplagt svar. RDA-ordningen har en atypisk begrunnelse, og formålsvurderingen er derfor mer interessant enn ellers. Jeg kommer nærmere tilbake til dette spørsmålet i vurderingen i kapittel fire.

Som overskriften viser, har jeg valgt å omtale dette som et *formålskrav*. Dette er også i tråd med hvordan Kommisjonen og førsteinstansen omtaler kravet, nemlig at statsstøtten må være rettet mot en «objective of common interest».³¹⁸ Kravet til fellesskapskontekst innebærer imidlertid ikke noe uttrykkelig krav til medlemsstatens formål med støtten. Strengt tatt innebærer kravet at Kommisjonen kun kan godkjenne støtte som forenlig med det indre marked når dette kan *rettferdiggjøres* i fellesinteresser. En medlemsstat kan altså notisere støtte begrunnet i eksempelvis miljøhensyn, mens Kommisjonen kan finne at fellesskapet er tjent med å tillate støtten ut fra regionale hensyn. Kravet om formål er altså ikke rettet mot medlemsstaten, men mot Kommisjonen. Dette er en følge av at det er Kommisjonen som forholdsmessighetskravet retter seg mot.³¹⁹ En annen sak er at det er lite sannsynlig at statsstøtte som en medlemsstat utarbeider for å fremme et bestemt formål, skal vise seg å være både nødvendig og egnet for å fremme et helt annet formål.³²⁰

Avslutningsvis er det grunn til å peke på to særtrekk for formålskravet til statsstøttetiltak, sammenlignet med medlemsstaters restriksjoner i det indre marked. Den første forskjellen dreier seg om tilnærmingen til økonomiske formål. Medlemsstaters restriksjoner i det indre marked godtas ut fra offentlige interesser. Såkalte «rent økonomiske» hensyn aksepteres derimot ikke som grunnlag for restriksjoner i det indre marked.³²¹ Statsstøttetiltak godtas på sin side selv om formålet er rent økonomisk – slik det er ved korrigerende av markedssvikt. Alle

³¹⁸ Jf. sak T-162/06 (ECLI:EU:T:2009:2) *Kronoply GmbH & Co. KG mot Kommisjonen* avsnitt 74 og sak T-177/07 (ECLI:EU:T:2010:233) *Mediaset SpA mot Kommisjonen* avsnitt 125.

³¹⁹ Et eksempel på at Kommisjonen vurderer ulike formål, til dels formål medlemsstaten tilsynelatende ikke har påberopt, er sak SA.46981 (2016/C) / ex (2016/N) – Poland – Flat rate sales tax in shipbuilding sector, 15. januar 2018, se avsnitt 53 – 56.

³²⁰ Kontrollorganet vil normalt veilede medlemsstaten til å benytte det mest passende formålet i tilfeller dette er aktuelt. Dette kan skje i pre-notifikasjonsfasen, eller ved åpning av formell behandling, jf. eksempelvis i Hinkley Point-saken, se kommisjonsvedtak 2015/685/EC av 8. oktober 2014 om the aid measure SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station (OJ L 109, 28. april 2015, side 44-116) avsnitt 266.

³²¹ Jf. sak. C-235/17 (ECLI:EU:C:2019:432) *Kommisjonen mot Ungarn* avsnitt 121 med videre henvisninger til eldre rettspraksis. Se også Francesco de Cecco, *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2013, side 50, hvor denne forskjellen påpekes.

unntak listet opp i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav a – c, er enten primært eller rent økonomiske. Det andre særtrekket er at formålet må være en fellesinteresse. Skal en økonomisk begrunnelse stå seg, må den altså være holdbar i en fellesskapskontekst. Man aksepterer ikke rent nasjonalt politiske hensyn, slik tilfellet er ved medlemsstaters restriksjoner i det indre marked.

3.3.4. Nødvendighetskrav

3.3.4.1. Innledning

Nødvendighetskravet forutsetter at man har definert målsetningen støtten skal realisere. Spørsmålet er i neste omgang om statsstøtte er *nødvendig* for å oppnå målsetningen. I litteraturen er det i stor grad anerkjent at nødvendighet er et materielt vilkår for forenlighet.³²² Det ble første gang formulert i *Phillip Morris Holland BV*, og er lagt til grunn i en rekke senere avgjørelser.³²³ Nødvendighetskravet er uttrykkelig formulert i blant annet *Sardinia mot Kommisjonen*:

« Aid which improves the financial situation of the recipient undertaking without being necessary for the attainment of the objectives specified in Article 107(3) TFEU cannot be considered compatible with the internal market. »³²⁴

Uttalelsen klargjør at statsstøtte må være nødvendig for å oppnå de lovlige formål. Formuleringen gjelder generelt. Det ligger ikke noen kvalifikasjon i henvisningen til at støtten må styrke den finansielle stillingen av mottakeren – styrking av den finansielle stillingen er et vilkår for at det skal være tale om statsstøtte overhodet.³²⁵ Det er dermed på det rene at det

³²² At unntakshjemlene inneholder et vilkår om nødvendighet er lagt til grunn hos Kelyn Bacon *European Union Law of State Aid*, 2. utgave, Oxford 2013, på side 102, Leigh Hancher og Phedon Nicolaides kapittel 6 om «Compatibility of Aid – General Introduction» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.), Wolters Kluwer 2016, side 207, Phedon Nicolaides «Is State Aid Necessary when Investment is unnecessary», *European State Aid Law Quarterly 2008* side 230 – 238, Jens-Daniel Braun og Jürgen Kuhling, «Article 87 EC and the Community Courts: From Revolution to Evolution», *Common Market Law Review 465 (2008)* side 465 – 498 på side 488 og Bjørnar Alterskjær m.fl., *Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte*, Oslo 2008 side 80 (konkret gjelder uttalelsen hos Alterskjær kun bosktav c-unntaket).

³²³ C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen* avsnitt 17.

³²⁴ Forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:387) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 104. Tilsvarende også i sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570) *Kotnik m.fl. mot Slovenia* avsnitt 49. Se også sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot Kommisjonen* avsnitt 166.

³²⁵ Jf. punkt 1.2.2.

gjelder et krav om nødvendighet. Det nærmere innhold i nødvendighetskravet er imidlertid ikke uten videre klart. En nærmere gjennomgang av rettspraksis viser at nødvendighetskravet inneholder flere uavhengige elementer, som hver for seg utgjør selvstendige vilkår for forenlighet.

3.3.4.2. Generell nødvendighet

Kravet om nødvendighet innebærer for det første at det generelt sett må være nødvendig med statsstøtte for å realisere den aktuelle fellesinteressen. Dersom markedsforholdene tilsier at målsetningen vil realiseres uten statsstøtte, kan ikke statsstøtte anses forenlig med det indre marked.

Denne delen av nødvendighetskravet ble lagt til grunn av EU-domstolen i *Phillip Morris Holland BV*. Kommisjonen hadde lagt til grunn at markedsforholdene i tobakksektoren ville sikre en normal utvikling.³²⁶ EU-domstolen opprettholdt vedtaket, og fastslo at Kommisjonens vurdering var berettiget.³²⁷ Isolert sett kan avgjørelsen forstås slik at EU-domstolen godtok Kommisjonens skjønnsutøvelse, og ikke nødvendigvis mente generell nødvendighet var et vilkår for forenlighet. Senere rettspraksis har imidlertid bygget et materielt nødvendighetsvilkår på *Phillip Morris*.³²⁸ *Quigley* peker også på den generelle nødvendigheten som et vilkår for forenlighet.³²⁹ Den generelle formulering fra blant annet *Sardinia mot Kommisjonen* sitert foran, omfatter også etter sin ordlyd også den generelle nødvendigheten. Det må derfor legges til grunn at generell nødvendighet er et vilkår for å kunne anse statsstøtte forenlig med det indre marked.

En annen sak er at spørsmålet om generell nødvendighet sjelden kommer på spissen i rettspraksis. I hvilken grad markedet i seg selv er egnet til å i tilstrekkelig grad realisere EUs

³²⁶ Kommisjonsvedtak 79/743/EEC av 27. juli 1979 om proposed Netherlands Government assistance to increase the production capacity of a cigarette manufacturer (OJ L 217, 25. august 1979 side 17-19) se særlig avsnitt 8 under punkt III.

³²⁷ Sak C-730/79 ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland MV mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 26. EU-domstolens argumentasjon i saken er knyttet til begrepet «facilitate» i bokstav c-unntaket, og bruker ikke begrepet «nødvendighet». Reelt sett er imidlertid argumentasjonen et uttrykk for nødvendighetsvilkåret. Dette er også slik dommen er forstått i senere rettspraksis, se blant annet Forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:387) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 104.

³²⁸ Jf. blant annet sak C-390/06 (ECLI:EU:C:2008:224) *Nuova Agricast Srl mot Ministero delle Attività Produttive* avsnitt 68.

³²⁹ Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015 side 209.

ulike målsetninger, vil ofte bero på svært komplekse vurderinger. I tillegg kan det bero på prognoser om fremtidig utvikling. Domstolsprøvingen av om statsstøtte generelt sett er nødvendig bør av denne grunn være tilbakeholden. Det er heller ikke eksempler i rettspraksis på at domstolene tilsidesetter Kommisjonens vurdering av den generelle nødvendigheten. I tilfeller hvor negative vedtak har vært angrepet, har domstolene tidvis drøftet anførsler om at Kommisjonen har foretatt en for streng vurdering av den generelle nødvendigheten.³³⁰ Kommisjonens vurderinger har imidlertid ikke blitt tilsidesatt.

3.3.4.3. Konkret nødvendighet - incentiveeffekt

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å konstatere at statsstøtte generelt er nødvendig for å realisere en fellesinteresse. Kravet om nødvendighet innebærer også at statsstøtte må være nødvendig for at støttemottaker(ne) i det konkrete tilfellet treffer de tiltak som realiserer fellesinteressen. Dersom foretaket (eller foretakene) som mottar støtte hadde truffet de samme tiltak uten statsstøtte, kan ikke statsstøtten ansees for å være nødvendig. Dette omtales som kravet om *incentiveeffekt*, og fremgår blant annet av *Nuova Agricast Srl*:

« A finding that an aid measure is not necessary can arise in particular from the fact that the aid project has already been started, or even completed, by the undertaking concerned prior to the application for aid being submitted to the competent authorities. In such a case, the aid concerned cannot operate as an incentive. »³³¹

³³⁰ Se sak T-21/06 (ECLI:EU:T:2009:387) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 64 og avsnitt 65. Førsteinstansens dom ble opprettholdt av EU-domstolen i sak C-544/09 P (ECLI:EU:C:2011:284) *Tyskland mot Kommisjonen*. Om nødvendighetskravet, se avsnitt 43 – 53. Førsteinstansens avgjørelse knytter bemerkningene til konseptet om «market failure», men slik også Quigley legger til grunn er jeg enig i at dommen reelt sett er uttrykk for en prøving av den generelle nødvendighet, jf. Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015 side 209.

³³¹ Sak C-390/06 (ECLI:EU:C:2008:224) *Nuova Agricast Srl mot Ministero delle Attività Produttive* avsnitt 69. Dommen understreker videre at incentivkravet har kravet om generell nødvendighet og kravet om incentiveeffekt har ulike funksjoner, og må i prinsippet anvendes uavhengig av hverandre, se avsnitt 61. Dommen synes å legge til grunn at incentivkravet ikke skal ansees som en del av nødvendighetskravet, men som et helt selvstendig kriterium. Selv om denne tilnærmingen prinsipielt sett er mulig, er det på tvers av gjengs begrepsbruk innenfor statsstøtteren, både hos domstolene, i forvaltningspraksis, og i litteraturen. Noe betydning for realiteten kan jeg heller ikke se at det skulle ha.

Mens den generelle nødvendigheten knytter seg til markedsforholdene og den forventede markedsutvikling i sin helhet, er den konkrete nødvendigheten knyttet til den enkelte støttemottaker.

Statsstøtte realiserer normalt fellesinteresser ved å bidra til nye investeringer eller økt aktivitet som fremmer den aktuelle fellesinteressen. Spørsmålet om incentiveeffekt – eller konkret nødvendighet – går da ut på om foretaket ville foretatt de samme investeringene eller utført den samme aktiviteten i fravær av statsstøtte. Dette er en langt mindre omfattende vurdering enn vurdere hvilken utvikling markedet som helhet vil gi. Å fastslå hva foretak ville gjort i fravær av statsstøtte er likevel generelt krevende.³³² I retningslinjer for investeringsstøtte er det derfor vanlig å anvende formalkrav for å dokumentere incentiveeffekt. Dette består i at foretak må ha søkt om støtte under en støtteordning før en investering eller et prosjekt starter. Rettspraksis knyttet til disse sakene behandles under punkt 3.4.3. om prøving av vilkåret om nødvendighet knyttet til retningslinjer.

3.3.4.4. Nærmere om kravet om incentiveeffekt for driftsstøttetiltak

RDA-ordningen er imidlertid en driftsstøtteordning. For driftsstøtte vil normalt vurderingen av incentiveeffekt være annerledes. Som nevnt under punkt 1.2.2. er driftsstøtte kjennetegnet at det er støtte til den bestående driften. Driftsstøtte er dermed som regel ikke knyttet til investeringer for ny etablering, ny aktivitet, eller utvidelse av virksomheten til andre områder. Fraværet av en incentiveeffekt for ny økonomisk aktivitet er en vesentlig årsak til at driftsstøtte ansees som særlig problematisk. Dette er understreket av førsteinstansen en rekke ganger, blant annet i *CELF II*:

« In exercising its discretion, the Commission has to ensure that the aims of free competition and those of the derogation are reconciled, whilst complying with the principle of proportionality (see, by analogy, *AIUFFASS and AKT v Commission*, paragraph 54). Thus, Member States are not permitted to make payments which may

³³² Jf. Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2016 side 55.

improve the situation of the undertakings receiving the aid but which are not necessary for the attainment of the objectives specified in Article 87(3) EC (...).

In particular, operating aid, that is to say, aid intended to relieve an undertaking of the expenses which it would itself normally have had to bear in its day-to-day management or its usual activities, does not in principle fall within the scope of Article 87(3) EC. The effect of such aid is in principle to distort competition in the sectors in which it is granted, whilst nevertheless being incapable, by its very nature, of achieving any of the objectives of the abovementioned derogations (...) »³³³

Poenget om at driftsstøtte etter sin egenart ikke er i stand til å realisere tillatte målsetninger er gjentatt i en rekke andre saker.³³⁴ Argumentasjonen bygger på at driftsstøtte ikke fører til noen ny økonomisk aktivitet. Uttalelsen kan tilsynelatende oppfattes kategorisk, selv om det ligger en viss reservasjon i formuleringen om at driftsstøtte «in principle» faller utenfor unntaksbestemmelsene. En nærmere gjennomgang av førstinstansens avgjørelser viser også at uttalelsen ikke anvendes som noen kategorisk regel. Dette bekreftes blant annet av saken *CELF II*, som gjaldt støtte til et fransk samvirkelag for eksport av franskspråklige bøker. Førsteinstansen annullerte ikke godkjenningsvedtaket uten videre. Godkjenningen ble annullert fordi domstolen etter en nokså nøye vurdering konkluderte med at støtten oversteg de kostnadene den var ment å dekke.³³⁵ Driftsstøtte kan således også tilfredsstillende kravet om incentiveeffekt. Incentiveeffekten må imidlertid begrunnes nærmere. I *CELF II* var det sentrale at det å opprettholde en løpende virksomhet tjente en fellesinteresse. I slike tilfeller tilsier kravet om incentiveeffekt en kontroll av om driftsstøtte rent faktisk er nødvendig for å opprettholde en løpende virksomhet som tjener en fellesinteresse.

Førsteinstansens generelle utgangspunkt kan imidlertid tilsi at kontrollen med driftsstøtte skal være noe strengere enn kontrollen med investeringsstøtte. Jeg kommer nærmere tilbake til dette under punkt 3.4.5. om driftsstøtteunntak i retningslinjer.

³³³ Sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 99.

³³⁴ Se sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries I/S m.fl. mot Kommisjonen*, avsnitt 104, sak T-211/05 (ECLI:EU:T:2009:304) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 173, sak T-190/00 (ECLI:EU:T:2003:316) *Regione Siciliana mot Kommisjonen* avsnitt 130 og sak T-459/93 (ECLI:EU:T:1995:100) *Siemens mot Kommisjonen* avsnitt 48.

³³⁵ Jf. Sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 100 – 138.

3.3.4.5. Beløpsmessig nødvendighet

Vurderingen av hvorvidt støtte er nødvendig omhandler i første omgang hele støtten som sådan. Men også i tilfeller hvor man finner at statsstøtte er nødvendig – og har incentiveffekt – innebærer nødvendighetskravet at den støtte som gis må være beløpsmessig begrenset til det som er strengt nødvendig.³³⁶ Førsteininstansen har også utledet dette minimumsprinsippet fra nødvendighetsvilkåret i unntakshjemmelen. Dette fremkommer blant annet av *Kronoply*. Førsteininstansen uttalte da følgende:

« (...) it is not acceptable for aid to include arrangements, in particular as regards its amount, whose restrictive effects exceed what is necessary to enable the aid to attain the objectives permitted by the Treaty (...).»³³⁷

Som det fremgår av avgjørelsen kan prinsippet om støttebeløp begrenset til det nødvendige minimum, ses på som en del av nødvendighetsvilkåret. Dette er også lagt til grunn i en rekke andre avgjørelser.³³⁸

I regelverk og vedtak i etterkant av reforminitiativet SAM 2012 har Kommisjonen valgt å hovedsakelig benytte begrepet «proportionality» om dette kravet. Dette kan skape en viss forvirring. Det gjelder særlig om man tar utgangspunkt i et grunnleggende krav om forholdsmessighet som vilkår for forenlighet. På norsk kan man teknisk konstruere et skille mellom begrepene «forholdsmessighet» og «proporsjonalitet». Siden begrepene i utgangspunktet er synonymer, er det likevel lett å misforstå om man bruker begrepet «proporsjonalitet» om et ledd i forholdsmessighetsvurderingen. For å unngå begrepsforvirring velger jeg derfor å benytte begrepet «minimumsprinsippet» om kravet om beløpsmessig nødvendighet. Dette er mer dekkende for vilkårets innhold. Begrepet «minimum» er også det

³³⁶ Denne delen av nødvendighetskravet fremheves hos Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015 se side 211.

³³⁷ Sak T-162/06 (ECLI:EU:T:2009:2) *Kronoply GmbH mot Kommisjonen* avsnitt 66.

³³⁸ Minimumsprinsippet som del av nødvendighetskravet ble også lagt til grunn i sak T-349/03 (ECLI:EU:T:2005:221) *Corsica Ferries France SAS mot Kommisjonen* jf. avsnitt 307. Tilsvarende i sak T-671/14 (ECLI:EU:T:2017:599) *BMW mot Kommisjonen* avsnitt 110 som bygger på uttalelsen i *Kronoply*.

Kommisjonen selv konsekvent bruker for å forklare hva som ligger i kravet om «proportionality».³³⁹

3.3.4.6. Fravær av adekvate og mindre inngripende tiltak som vilkår?

Et spørsmål er om kravet om nødvendighet innebærer at man må vurdere om andre og mindre inngripende tiltak kan realisere den aktuelle målsetningen. Dette er i så fall et annet spørsmål enn vurderingen av generell nødvendighet. Generell nødvendighet innebærer at fellesinteressen ikke ivaretas etter markeds situasjonen som foreligger, eller den markedsutvikling som kan forventes. Spørsmålet er om det i tillegg er et vilkår for forenlighet at andre og mindre inngripende tiltak ikke kan realisere målsetningen.

Dersom man tar utgangspunkt i det alminnelige forholdsmessighetskravet for inngrep i de fire friheter, er kjernen i nødvendighetskravet nettopp det at tiltaket må være det minst restriktive alternativet for å oppnå den aktuelle målsetningen.³⁴⁰ I litteraturen har Hancher og Nicolaidis anført at det samme kreves for at statsstøttetiltak skal være forenlig med det indre marked.³⁴¹ Spørsmålet har vært oppe for domstolene i to ulike sakskomplekser.

Den første saken gjaldt tysk statsstøtte for overgang til digital teknologi for kringkasting (DVB-T). Kommisjonen hadde avslått vedtaket. En av begrunnelsene for avslaget var at målsetningen kunne oppnås med andre tiltak enn statsstøtte.³⁴² I drøftelsen av denne anførselen viste førsteinstansen til at Tyskland ikke hadde påvist at de alternative tiltakene ikke kunne fungere.³⁴³ Førsteinstansen ga imidlertid ikke uttrykk for at Kommisjonen var pålagt å avslå støttetiltak hvor målsetningen kunne oppnås med andre og mindre inngripende

³³⁹ Jf. blant annet RAG 2014 avsnitt 26: «(e) proportionality of the aid (*aid to the minimum*): *the aid amount must be limited to the minimum needed to induce the additional investment or activity in the area concerned (...)*» (min kursivering).

³⁴⁰ Damian Chalmers m.fl., *European Union Law*, 3. utgave, Cambridge 2014 side 914.

³⁴¹ Leigh Hancher og Phedon Nicolaidis «Compatibility of Aid – General Introduction» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer, 2016 side 198. Det samme synes også forutsett hos Jarleth M. Burke «The General Court Endorses the Balancing Approach to Compatibility Assessment by the Commission for Czech Funding of Sports Facilities», *European State Aid Law Quarterly* 2016 side 446 – 451, se særlig side 449 – 450.

³⁴² Kommisjonsvedtak 79/743/EEC av 27. juli 1979 om proposed Netherlands Government assistance to increase the production capacity of a cigarette manufacturer (OJ L 217, 25. august 1979 side 17-19) se særlig avsnitt 107

³⁴³ Sak T-21/06 (ECLI:EU:T:2009:387) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 68.

virkemidler. Men den forutsatte i det minste at Kommisjonen hadde *adgang* til å vurdere og å peke på alternative tiltak.

Tyskland anket avgjørelsen, og anførte blant annet at Kommisjonen ikke hadde hjemmel for en slik vurdering av alternative tiltak i forenlighetsvurderingen.³⁴⁴ EU-domstolen tok ikke direkte stilling til anførselen. I stedet mente EU-domstolen at førsteinstansens uttalelse ikke kunne forstås som en tilslutning til at Kommisjonen kunne foreta en slik vurdering. Uttalelsen måtte i stedet forstås som en overflødig bemerkning. I stedet for å slutte seg til førsteinstansens syn, valgte EU-domstolen altså å tolke det bort. Det er nærliggende å forstå dette slik at EU-domstolen mente at Kommisjonen ikke kunne foreta en vurdering av alternative tiltak. Og dersom Kommisjonen innenfor forvaltningsskjønnet ikke *kan* foreta en vurdering av alternative tiltak, er det enda mindre grunn til å anse dette som et materielt vilkår som Kommisjonen *skal* vurdere. EU-domstolens avgjørelse i *DVB-T* tilsier derfor at det ikke gjelder noe vilkår om at andre og mindre inngripende tiltak ikke kan realisere den aktuelle målsetningen.

Det samme spørsmålet dukket også opp hos førsteinstansen i *Magic Mountain*. Et godkjenningsvedtak for tysk statsstøtte til en klatrehall ble krevd annullert blant annet fordi Kommisjonen ikke vurderte om mindre inngripende tiltak kunne oppnå fellesinteressen knyttet til fremme av idrett i befolkningen. Førsteinstansen mente imidlertid at selv om vurderingen av mindre inngripende tiltak kunne være relevant for å klarlegge nødvendigheten av statsstøtten, var det ikke noe krav etter unntakshjemmelen at en slik vurdering ble foretatt.³⁴⁵ Uttalelsen må forstås slik at Kommisjonen innenfor sitt forvaltningsskjønn har adgang til å vektlegge muligheten for andre og mindre inngripende tiltak.³⁴⁶ Etter førsteinstansens syn var imidlertid ikke dette et materielt vilkår som Kommisjonen var pliktig å anvende.

³⁴⁴ Se sak C-544/09 P (ECLI:EU:C:2011:584) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 55 og 56.

³⁴⁵ Sak T-162/13 (ECLI:EU:T:2016:341) *Magic Mountain Kletterhallen GmbH mot Kommisjonen* avsnitt 90 (upublisert avgjørelse).

³⁴⁶ Sml. bemerkningen forut for avgjørelsen i *Deutsche Alpenverein* hos Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 229 om at Kommisjonen ikke hadde dekning i rettspraksis for å vurdere dette. Etter avgjørelsen i *Deutsche Alpenverein* har Kommisjonen således et visst grunnlag for å foreta denne vurderingen innenfor forvaltningsskjønnet.

Det er således en viss forskjell på tilnærmingen i de to saksforholdene. EU-domstolens avgjørelse i *DVB-T* er mest nærliggende å forstå slik at Kommisjonen er *avskåret* fra å vurdere mindre inngripende tiltak. Førsteinstansens avgjørelse i *Deutsche Alpenverein* forutsetter på sin side at Kommisjonen har adgang til å foreta en slik vurdering. Ingen av avgjørelsene går imidlertid så langt som å oppstille fravær av mindre inngripende tiltak som noe materielt vilkår for forenlighet. Etter gjeldende rettspraksis er det derfor ikke påkrevd at Kommisjonen foretar noen vurdering av mindre inngripende tiltak, og domstolene kan derfor heller ikke underkjenne vedtak fordi en slik vurdering ikke er foretatt.

Dette standpunktet innebærer at forholdsmessighetskravet for statsstøtte på dette punktet er mindre strengt enn for andre restriksjoner i det indre marked. Det kan derfor være grunn til å spørre om et slikt avvik er godt begrunnet. Et forhold ved statsstøtte som kan begrunne et slikt avvik, er at statsstøtte i motsetning til andre restriksjoner er gjenstand for en forhåndskontroll. Et vilkår knyttet til at statsstøtte må være det minst inngripende tiltaket for å realisere den aktuelle målsetningen, vil således føre til at nasjonal politikk blir blokkert ut fra hypotetiske muligheter for å føre en annen politikk. Hvorvidt det kan dannes flertall for en slik politikk kan være usikkert.³⁴⁷ Siden statsstøtte uansett krever interesseovervekt i en fellesinteresse, er det på en rene at man i slike tilfeller da blokkerer det som fra EUs side må anses som «god politikk». Dette tilsier at Kommisjonen i det minste burde være svært varsom med å avvise statsstøttetiltak fordi målsetningen kan oppnås med andre nasjonale tiltak.³⁴⁸ Det tilsier også at dagens rettspraksis om ikke å anse dette som et materielt vilkår for forenlighet, har gode grunner for seg.

3.3.4.7. Oppsummering

Nødvendighet er en vesentlig forutsetning for at statsstøtte kan ansees forholdsmessig, og dermed kan godkjennes av Kommisjonen som forenlig med det indre marked. Innholdet i nødvendighetskravet for forenlighetsvurderinger skiller seg fra det alminnelige

³⁴⁷ Jf. Herwig C. H. Hofmann, «State Aid Review in a Multi-level System: Motivations for Aid, Why Control It, and the Evolution of State Aid Law in the EU» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 7 – 8.

³⁴⁸ De felles vurderingsprinsippenes krav om «appropriateness» formulerert slik at målsetningen ikke kan oppnås gjennom mindre restriktive tiltak enn statsstøtte, se blant annet ESA RAG 2014 avsnitt 47 og Retningslinjene om støtte til miljøvern og energi («Guidelines on State aid for environmental protection and energy» 2014-2020 2014/C 200/01) avsnitt 40. I de fleste saker synes ikke kriteriet å praktiseres særlig strengt.

forholdsmessighetskravet. Det gjelder ikke et krav om at statsstøtte må være den minst restriktive måten å oppnå målsetningen på. Derimot gjelder det krav om at målsetningen ikke kan realiseres av markedsutviklingen alene, og et krav om konkret nødvendighet, og beløpsmessig nødvendighet. Disse tre sider av nødvendighetskravet fungerer som selvstendige vilkår, selv om de kan henge tett sammen.

Nødvendighetskravet har vært sentral i en rekke saker knyttet til retningslinjer, og behandles nærmere for retningslinjers vedkommende under punkt 3.4.3. Intensiteten i domstolsprøvingen blir da analysert.

3.3.5. Egnethetskrav

Det kan spørres om egnethet er en del av forholdsmessighetskravet for forenlighetsvedtak. I motsetning til formålskravet og nødvendighet, foreligger det ikke rettspraksis fra EU-domstolen som bruker et vilkår om egnethet for å prøve Kommisjonens forenlighetsvurderinger. Derfor er det generelt sett heller ikke noen oppfatning i litteraturen om at egnethet utgjør et vilkår for forenlighet.³⁴⁹

Etter det alminnelige forholdsmessighetskravet er det et krav om egnethet.³⁵⁰ Som fastslått vedrørende vilkåret om mindre inngripende tiltak, har ikke forholdsmessighetskravet alltid samme innhold for forenlighetsvurderingen som ellers. Men ved å ta utgangspunkt i det generelle kravet om forholdsmessighet, er det i hvert fall en viss støtte for et krav om egnethet. Med mindre det er gode grunner for ikke å anvende et krav om egnethet, burde det legges til grunn som vilkår for forenlighet også for statsstøttetiltak.

³⁴⁹ Jf. blant annet Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 229 som kun peker på nødvendighet og minimumsprinsippet. Dette er også tilnærmingen i andre fremstillinger – egnethet blir ikke uttrykkelig avvist som vilkår for forenlighet. Det blir imidlertid ikke nevnt. Et unntak er Hancher og Nicolaides (se note 341), som nevner egnethet, men da som kriterium knyttet til vurderingen av andre og mindre inngripende tiltak. Dette ble behandlet under punkt 3.3.4 da det etter tradisjonell begrepsbruk om forholdsmessighet hører under nødvendighetskravet.

³⁵⁰ Se eksempelvis sak C-125/16 (ECLI:EU:C:2017:707) *Malta Dental Technologists Association* avsnitt 56 med videre henvisninger.

Dersom man ser på innholdet i kravet om egnethet etter det alminnelige forholdsmessighetskravet, er dette at tiltaket må være effektivt eller tjenlig.³⁵¹ Vilkåret er generelt sett ikke særlig strengt.³⁵² Spørsmålet er ikke om andre mulige tiltak er mer effektive, eller hvor godt egnet tiltaket er. Spørsmålet er bare om tiltaket er egnet.³⁵³ Siden egnethetstesten som utgangspunkt ikke er særlig inngripende, er det mindre betenkelig å gi den anvendelse på forenlighetsvedtak. Fordi prøvingsintensiteten i utgangspunktet ikke er streng, og uansett kan avpasses omstendighetene, går en egnethetstest ikke på tvers av det generelle behovet for et visst forvaltningsskjønn.

I *Spania mot Kommisjonen* fremmet EU-domstolen en argumentasjon som prinsipielt sett kan tas til inntekt for at det må gjelde et egnethetskrav. Saken gjaldt vurderingen av støttens negative effekter etter unntakshjemmel i bokstav a. EU-domstolen uttalte i den forbindelse følgende:

« (...) the Commission is bound not only to *verify that the measures are such as to contribute effectively to the economic development of the regions concerned*, but also to evaluate the impact of the aid on trade between Member States (...)» (min kursivering).³⁵⁴

Tilsynelatende gir uttalelsen god dekning for at Kommisjonen må forsikre seg om tiltakets tjenlige virkning. Siden det omtvistede i saken var vurderingen av de negative effektene, kan det være grunn til en viss varsomhet med en slik slutning. Avgjørelsen gir likevel en viss dekning for å legge til grunn et egnethetskrav for forenlighetsvedtak.

Førsteinstansen har i to senere saker anvendt EU-domstolens uttalelse fra *Spania mot Kommisjonen* nettopp for å skjerpe vurderingen av de positive effektene. I *Smurfit Kappa* vurderte førsteinstansen om Kommisjonen hadde foretatt en for snever vurdering av de positive effektene i godkjenningen av regionalstøtte. Sentralt i saken var i hvilken grad Kommisjonen kunne begrense seg til kriteriene i de gjeldende retningslinjene. Dommen

³⁵¹ Jf. blant annet Damian Chalmers m.fl., *European Union Law*, 3. utgave, Cambridge 2014 side 906.

³⁵² Se eksempelvis Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 4. utgave, Oxford 2013 side 534.

³⁵³ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2014 side 119.

³⁵⁴ Sak C-113/00 (ECLI:EU:C:2002:507) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 67.

omtales derfor nærmere under punkt 3.4.4. om vilkåret om interesseovervekt knyttet til retningslinjer. Sentralt i vår sammenheng er imidlertid at førsteinstansen konkluderte med at vurderingen av støttens positive virkning var for snever. Kommisjonen hadde ikke vurdert om fordelene knyttet til regional utvikling veide opp for ulempene. Førsteinstansen viste til *Spania mot Kommisjonen*, og at betydningen av prosjektet for regional utvikling ikke var blitt vurdert. Konklusjonen var dermed at Kommisjonen ikke hadde tatt hensyn til kriteriene som var påkrevd i forenlighetsvurderingen.³⁵⁵

Selv om førsteinstansen ikke konkret uttalte seg om noe egnethetskrav, gir de generelle uttalelsene en viss støtte for et egnethetskrav. For det første underbygger dommen at den generelle uttalelsen i *Spania mot Kommisjonen* om å sikre at statsstøtte har effektiv virkning kan anvendes for å oppstille krav til forenlighetsvurderingen. For det andre oppstilte førsteinstansen en vurdering av støttens betydning for regional utvikling som kriterium for forenlighet. Dette er tilsynelatende en enda mer vidtrekkende forpliktelse enn en vurdering av støttens egnethet. Dommen tilsier derfor at det egnethet under enhver omstendighet må være et minstekrav for forenlighet.

I den senere avgjørelsen *BMW*, kom imidlertid førsteinstansen med uttalelser som i prinsippet avviser et særskilt egnethetskrav for statsstøtte. *BMW* angrep et negativt vedtak med at støtten skulle vært godkjent.³⁵⁶ I denne forbindelse anførte bilprodusenten blant annet at Kommisjonen hadde foretatt en åpenbar feil i vurderingen ved å blande sammen egnethetsvurderingen med vurderingen av incentiveffekt. I vurderingen av denne anførselen uttalte domstolen at det eneste relevante kriteriet i vurderingen av egnetheten av et støttetiltak er om støtten var nødvendig for at prosjektet ble gjennomført i den støtteberettigede regionen.³⁵⁷ Tilsynelatende avviste førsteinstansen dermed et egnethetskrav med selvstendig innhold. Det sentrale i saken var imidlertid ikke eksistensen av egnethetskravet eller rekkevidden av dette, men Kommisjonens vurdering av

³⁵⁵ Sak T-304/08 (ECLI:EU:T:2012:351) *Smurfit Kappa Group mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 82 flg.

³⁵⁶ Vedtaket var riktignok kun delvis negativt: Kommisjonen hadde godkjent støtte på € 17 millioner som nødvendig, og avvist de resterende notifikerte € 32 millionene fordi de ikke var nødvendig, jf. kommisjonsvedtak 2016/632/EC av 9. juli 2014 om the State aid No SA.32009 (11/C) (ex 10/N) which Germany plans to grant to BMW AG for a large investment project in Leipzig (OJ L 113, 27 april 2016 side 1-31)

³⁵⁷ Sak T-671/14 (ECLI:EU:T:2017:599) *BMW mot Kommisjonen* avsnitt 105, se avsnitt 41 for utgangspunktet i uttalelsen fra *Spania mot Kommisjonen*.

nødvendigheten. Førsteinstansen stadfestet også vedtaket. Førsteinstansen kan derfor neppe ha ment å uttale seg prinsipielt om egnethetskravet, men heller slutte seg til den vurdering Kommisjonen hadde foretatt i saken. EU-domstolen opprettholdt førsteinstansens avgjørelse, men begrenset argumentasjonen til nettopp nødvendighetsvilkåret.³⁵⁸ På samme måte – men i motsatt retning – som den brede formulering i *Spania mot Kommisjonen*, gir likevel førsteinstansens generelle uttalelse i *BMW* en viss dekning for å avvise et egnethetskrav, dersom gode grunner skulle tale for det.

Som nevnt foran, passer egnethetskravet generelt på forenlighetsvurderinger. Samtidig er det mulig – som førsteinstansen så vidt er inne på i *BMW mot Kommisjonen* – å spørre om vurderingen av egnethet er tilstrekkelig ivaretatt av nødvendighetskravet. Nødvendighetskravet klargjør både at det må være et generelt *behov* for statsstøtte, og at statsstøtten har *effekt* i form av at den utløser økonomisk aktivitet som ikke ville inntruffet uten støtte. Dette vil imidlertid i mange tilfeller ikke gi en særlig god forståelse av statsstøttens positive effekter. De positive effektene kan bero på mange ulike forhold. For målsetningen om regional utvikling kan dette eksempelvis gjelde hvor stor sysselsetting en aktivitet skaper, hvor fremtidsrettet den aktuelle aktiviteten er, og i hvilken grad aktiviteten har andre positive effekter på utviklingen av en region. For å kunne foreta en forsvarlig avveining av de positive og negative effekter fremstår det derfor avgjørende at også egnetheten av et støttetiltak vurderes utover generell og konkret nødvendighet.

De beste grunner taler derfor for at forholdsmessighetskravet for forenlighetsvedtak også omfatter et krav om egnethet. Fordi denne vurderingen ofte vil bero på komplekse forhold, må utgangspunktet samtidig være at domstolene er tilbakeholdne med å prøve kontrollorganenes konkrete vurdering av egnetheten. Generelt sett er vurderingen av et tiltaks tjenlige virkning godt innarbeidet i praksis hos Kommisjonen og ESA.³⁵⁹

³⁵⁸ Sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot Kommisjonen*.

³⁵⁹ Egnethetskravet er til dels ivaretatt i *formålskravet* etter de alminnelige vurderingsprinsippene. Disse vurderer ikke bare om et tiltak er rettet mot en fellesinteresse, men også i hvilken grad de rent faktisk bidrar til en fellesinteresse, jf. pkt. 4.2.1.

3.3.6. Interesseovervekt

Jeg bemerker innledningsvis at for EU-rettens forholdsmessighetskrav er det en viss diskusjon om det alltid stilles krav om interesseovervekt for interessen inngrepet skal ivareta overfor den den vernede interessen. For statsstøtte har det på sin side lenge vært på det rene at interesseovervekt er et vilkår for forenlighet med det indre marked. Kravet fremgår et stykke på vei allerede av avgjørelsen i *Phillip Morris Holland BV*, hvor EU-domstolen fastslo at forenlighet måtte avgjøres i en fellesskapskontekst. Som nevnt foran opprettholdt EU-domstolen Kommisjonens negative vedtak, som bygde på det såkalte prinsippet om «compensatory justification». Dette inneholdt både et krav om begrunnelse i en fellesinteresse, og at de positive virkningene oversteg de negative virkningene på konkurransen og samhandelen.

Kravet om interesseovervekt har også forankring i ordlyden i unntaksbestemmelsen i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav c. Ordlyden oppstiller et grunnvilkår om at statsstøtten ikke må forstyrre samhandelen i et omfang som er uforenlig med fellesinteressen. Hvor store forstyrrelser på samhandelen som kan ansees som uforenlig med fellesinteressen, er nærliggende å se i sammenheng med hvor store positive effekter statsstøtten medfører.³⁶⁰ Dersom de positive effektene ikke overstiger de negative, må da forstyrrelsene ansees å være uforenlig med fellesinteressen.

Kravet fremgår enda tydeligere av rettspraksis etter *Phillip Morris Holland BV*. I *Italia mot Kommisjonen* uttalte EU-domstolen at Kommisjonen måtte «weigh the beneficial effects of the aid against its adverse effect on trading conditions and on the maintenance of undistorted competition» når den vurderte om statsstøtte kunne tillates.³⁶¹ I *Propapier* uttalte førsteinstansen at unntaksbestemmelsen forutsatte at fordelene ved tiltaket veide tyngre enn

³⁶⁰ Dette ble uttrykt av Kommisjonen tilsynelatende for første gang i Kommisjonens «14th Report on Competition Policy» av 18. mars 1990 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3c93e6fa-934b-4fb9-b927-dc9fed71ccfe/language-en>, sist sjekket 1. oktober 2019) side 130 (punkt 202). Generaladvokat Flynn var av motsatt oppfatning i opinion i sak C-84/82 (ECLI:EU:C:1984:28) *Tyskland mot Kommisjonen*, se side 1506. Flynn mente at vilkåret ikke krevde noen interesseovervekt, og begrunnet dette med uttalelser i sak C-47/69 (ECLI:EU:C:1970:60) *Frankrike mot Kommisjonen*. Spørsmålet om interesseovervekt var imidlertid ikke satt på spissen i den saken. Flynns standpunkt kan i alle tilfeller ikke lengre ansees å være korrekt, jf. senere rettspraksis under.

³⁶¹ Sak C-372/97 (ECLI:EU:C:2004:234) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 82.

ulempene.³⁶² Samme synspunkt fremgår også av *Magic Mountain*.³⁶³ Førsteinstansen uttalte i denne avgjørelsen at Kommisjonens konklusjon om at de negative virkningene ikke var uforenlig med fellesinteressen impliserte at de positive effektene oversteg de negative.³⁶⁴ I tillegg kommer den allerede gjennomgåtte avgjørelsen *Øresund*, hvor førsteinstansen uttrykkelig knyttet vilkåret om interesseovervekt til forholdsmessighetskravet.³⁶⁵

Det er således på det rene at interesseovervekt er et vilkår for forenlighet. Det mer problematiske er i hvilken grad EU-domstolen prøver Kommisjonens vurdering av vilkåret.

For statsstøtte begrunnet i fordelings- og rettferdighetsbetraktninger – slik regionalstøtte er begrunnet – går det ikke an å foreta noen kvantitativ sammenligning av de positive virkningene på samholdighet, med de negative virkningene på konkurransen og samhandelen. Det er altså tale om inkommensurable størrelser. Av denne grunn kan det ha en viss betydning at målsetningen om territoriell samholdighet både har en forholdsvis klart angitt nedre og øvre grense, jf. punkt 2.3.1. Fordi disse grensene er forholdsvis klare, er det imidlertid neppe en praktisk problemstilling at Kommisjonen skal utfordre dem. Det er videre tale om en komplisert avveining av både sosiale og økonomiske hensyn som må foretas under hensyn til virkningen i EU/EØS-området som helhet. Vurderingen er dermed i kjernen av begrunnelsen for det vide skjønnet. Det er derfor grunn til stor tilbakeholdenhet med domstolsprøving utelukkende basert på en annen oppfatning av verdien av regional likhet, eller verdien av uforstyrret konkurranse og samhandel. Dette er også fremhevet av EU-domstolen. I *Wallonia* uttalte domstolen at det er:

« (...) in particular, for the Commission [og ikke domstolene] to determine whether trading conditions between the member states are affected by the aid 'to an extent contrary to the common interest' ».³⁶⁶

³⁶² Sak T-304/08 (ECLI:EU:T:2012:351) *Smurfit Kappa Group plc mot Kommisjonen* avsnitt 96.

³⁶³ Jf. sak T-162/13 (ECLI:EU:T:2016:341) *Magic Mountain Kletterhalle* avsnitt 110, hvor førsteinstansen uttalte at Kommisjonens vurdering av at samhandelen ikke ble påvirket i en utstrekning uforenlig med fellesinteressen, forutsatte at de positive virkningene veide tyngre enn de negative.

³⁶⁴ Sak T-162/13 (ECLI:EU:T:2016:341) *Magic Mountain Kletterhalle* avsnitt 110.

³⁶⁵ Sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries I/S m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 211.

³⁶⁶ C-62/87 (ECLI:EU:C:1988:132) *Wallonia mot Kommisjonen* avsnitt 34.

Domstolsprøving utelukkende basert på at avveiningen av positive og negative virkninger av statsstøttetiltak er uriktig, har heller ikke forekommet i praksis.

Derimot er det mer nærliggende at vilkåret om interesseovervekt kan medføre annullering av forenlighetsvedtak ut fra at vesentlige positive eller negative virkninger er utelatt fra vurderingen. For å kunne foreta en forsvarlig interesseavveining – og for å kunne konstatere interesseovervekt – er det nødvendig at de vesentlige forhold er tatt i betraktning.³⁶⁷ Dette har størst betydning for identifikasjon av de negative sider ved vedtaket. De positive sider vil langt på vei allerede være tilstrekkelig identifisert gjennom nødvendighets- og egnethetsvilkårene.

Det er flere saker hvor førsteinstansen annullerer vedtak fordi vurderingen ikke tar hensyn til vesentlige negative eller positive virkninger av støtten. Dette gjaldt blant annet i *Glunz*, hvor Kommisjonen ikke hadde tatt hensyn til at det aktuelle markedet var i nedgang. Førsteinstansen la til grunn at godkjenningen var i strid med den aktuelle unntakshjemmelen (bokstav a) fordi den innebar «serious risk of distorting competition, which is plainly contrary to the objective of undistorted competition pursued by Article 87 EC.»³⁶⁸ Det forelå dermed brudd på unntakshjemmelen.³⁶⁹ Førsteinstansen forklarte ikke konkret hva slags brudd på unntakshjemmelen dette var tale om, men resonnementet ligger tett opp mot svikt i selve interesseavveiningen. Dette skyldtes altså at en vesentlig negativ side ved støtten ikke var tatt i betraktning. Avgjørelsen i *Propapier* er også et uttrykk for dette. Som nevnt under punkt egnethetsvilkåret ovenfor, hadde ikke Kommisjonen foretatt noen nærmere vurdering av støttens positive effekter, og godkjenningsvedtaket ble annullert. Disse sakene omtales nærmere under punkt 3.4.4.

Vilkåret om interesseovervekt får dermed størst betydning fordi det innebærer at alle vesentlige omstendigheter for å klarlegge de positive og negative effekter ved statsstøtten må tas med i vurderingen.³⁷⁰

³⁶⁷ Jf. også Fredrik Sejersted m.fl., «EØS-rett» (3. utgave, Oslo 2011) på side 592.

³⁶⁸ Sak T-27/02 (ECLU:EU:T:2004:348) *Kronofrance SA mot Kommisjonen* avsnitt 99.

³⁶⁹ Sak T-27/02 (ECLU:EU:T:2004:348) *Kronofrance SA mot Kommisjonen* avsnitt 103.

³⁷⁰ Noe tilsvarende hos Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 526, som nevner «omission of legally relevant matter» som særskilt rettsanvendelsesfeil i forenlighetsvurderingen.

3.3.7. Oppsummering

Drøftelsen viser at forholdsmessighetsprinsippet innebærer flere konkrete vilkår for at statsstøtte skal være forenlig med det indre marked. Statsstøttetiltaket må for det første tjene en fellesinteresse. For det andre må tiltaket være generelt nødvendig, og ha incentiveffekt i det konkrete tilfellet. Statsstøtten må beløpsmessig være begrenset til det nødvendige minimum. I tillegg er det krav om interesseovervekt for fellesinteressen, sammenlignet med skaden på konkurranse og samhandelen. Drøftelsen viser også at det trolig må gjelde et krav om egnethet. Hvorvidt det gjelder et krav om egnethet, er imidlertid foreløpig ikke avklart i rettspraksis.

Drøftelsen har ikke gått nærmere inn i intensiteten i domstolsprøvingen her. Som nevnt er det generelle utgangspunktet at det må foreligge «manifest error» i vurderingen av de materielle vilkår. Intensiteten i domstolsprøvingen – herunder hvor strengt testen om tydelige feil anvendes – gjennomgås for forenlighetsvurderinger knyttet til retningslinjer. Det er imidlertid grunn til å merke seg at utviklingen av en rekke presise vilkår knyttet til forenlighet i seg selv legger opp til en mer intensiv domstolsprøving enn ellers. Jo mer presist et vurderingstema er, jo enklere er det som regel å slå fast om det foreligger en tydelig feil.

I motsatt retning er det grunn til å være varsom med å la oppdelingen av forholdsmessighetskravet føre til en tilbakeholden kontroll av kumulative feil. Svakheter i et ledd av forholdsmessighetsvurderingen som ikke er tilstrekkelig til å betegnes som «tydelig», må antakelig medføre at terskelen for å konstatere «tydelig» svikt senkes i øvrige ledd av forholdsmessighetsprøvingen. Dette kan prinsipielt forankres i det overordnede kravet om interesseovervekt i en fellesskapskontekst: Summen av mindre svakheter i enkeltledd kan tilsi at det må legges til grunn tydelig svikt i vurderingen av interesseovervekt.

Forholdsmessighetsprinsippet på forenlighetsområdet har mange fellestrekk med det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet, men også noen forskjeller. For det første gjelder det et strengere formålskrav sammenlignet med medlemsstaters restriksjoner i det indre marked. Det er kun fellesinteressen som kan begrunne statsstøtte, ikke rent nasjonale hensyn. For det andre stilles det ikke krav om at statsstøttetiltaket må være det minst restriktive tiltaket for å oppnå den anførte formålet. For det tredje er det ingen tvil om at

interesseovervekt («forholdsmessighet i snever forstand») er et vilkår for forenlighet, mens det for det alminnelige forholdsmessighetskravet er en viss diskusjon knyttet til dette.

3.4. Forholdsmessighetsprøving av forenlighetsvedtak som bygger på retningslinjer

3.4.1. Innledning

Problemstillingen i denne delen er hvordan domstolsprøvingen av forholdsmessigheten foretas når forenlighetsvedtak er styrt av retningslinjer. I tilfeller hvor kontrollorganene har utarbeidet retningslinjer for forenlighetsvurderingen, er det nærliggende at dette kan påvirke intensiteten i forholdsmessighetsprøvingen. Siden RDA-godkjenningen også bygger på retningslinjer, er det nettopp denne form for domstolsprøving som danner utgangspunktet for vurderingen av RDA-godkjenningen i kapittel fire. Det er dermed avgjørende å analysere grensene for denne domstolsprøvingen.

Domstolsprøving av vedtak som bygger på retningslinjer er generelt den mest praktiske form for domstolsprøving i statsstøtteretten i dag. Retningslinjer for forenlighetsvurderingen har vært i bruk over lang tid. Alle godkjenningsvedtak av RDA-ordningen (i 1998, i 2007 og i 2013) har bygget på retningslinjer for forenlighetsvurderingen. Det samme gjaldt også kravet om avvikling av RDA-ordningen i 2003.

Det er flere grunner til at prøvingsintensiteten av forholdsmessigheten kan tenkes å være mindre inngripende når forenlighetsvurderingen er styrt av retningslinjer. Aller først er det nødvendig å være oppmerksom på at problemstillingen kun kommer på spissen i tilfeller hvor retningslinjene står i et problematisk forhold til det spesifikke forholdsmessighetskravet på statsstøtteområdet. Spørsmålet blir i slike tilfeller om vedtaket likevel – av hensyn til at det er i samsvar med kontrollorganenes vedtatte retningslinjer – skal opprettholdes.

For det første kan retningslinjer påvirke forholdsmessighetsprøvingen fordi de skaper forventninger om hvilken støtte som skal (eller ikke skal) tillates. Fra medlemsstatenes ståsted tilsier det EU-rettslige prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger («legitimate

expectations») at berørte aktører skal kunne stole på at retningslinjer legges til grunn.³⁷¹ Økt forutberegnelighet er nettopp et av formålene med å gi retningslinjer.³⁷² Fra kontrollorganenes ståsted skal retningslinjer sørge for enklere og mer effektiv saksbehandling.³⁷³ Både hensynene til forutberegnelighet og effektivisering svekkes dersom domstolsprøvingen medfører at vedtak settes til side på grunn av konkrete svakheter, uten å ta hensyn til at de er forankret i vedtatte retningslinjer.

Generelt er det altså grunner for en noe mindre intensiv forholdsmessighetsprøving fra domstolens side. En mildere forholdsmessighetsprøving er imidlertid ikke uproblematisk, og terskelen må analyseres gjennom de konkrete saker som de europeiske domstolene har tatt stilling til.

Det er også grunn til å understreke at problemstillingen ikke bare er relevant for vurderingen av om det innværende godkjenningsvedtaket tilfredsstillende forholdsmessighetskravet. Problemstillingen er også relevant fordi det klargjør kontrollorganenes handlingsrom ved fastsettelsen av nye retningslinjer. Jo mer bruk av retningslinjer begrenser forholdsmessighetsprøvingen, desto mer handlingsrom har kontrollorganene i fastsettelsen av fremtidige retningslinjer.

3.4.2. Fastsettelseskompetanse og bindende virkning

Grunnen til at forholdsmessighetsprøvingen kan være annerledes i godkjenningsvedtak styrt av retningslinjer, knytter seg til at domstolsprøvingen da må ta hensyn til at det foreligger regler som skal ha generell anvendelse. I forlengelsen av dette oppstår spørsmålet om hva som er det rettslige grunnlaget for at kontrollorganene har kompetanse til å fastsette generelle regler. I tillegg er det grunn til å drøfte om retningslinjer må anses som *regler* – altså i hvilken grad de er bindende. Før forholdsmessighetsprøvingen analyseres, må disse spørsmålene besvares.

³⁷¹ Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 630 – 632.

³⁷² Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 103.

³⁷³ Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 50 – 51.

Det første spørsmålet er i hvilken utstrekning Kommisjonen er gitt kompetanse til å fastsette generelle regler for forenlighetsvurderingene. EU-traktatene inneholder ikke noen uttrykkelig hjemmel for det. Rettspraksis legger derimot til grunn at en slik kompetanse følger av Kommisjonens skjønnsmyndighet. Dette ble lagt til grunn av EU-domstolen i blant annet *Jadekost*:

« (...) it should be borne in mind that the Commission may adopt a policy as to how it will exercise its discretion in the form of measures such as the Guidelines, in so far as those measures contain rules indicating the approach which the institution is to take and they do not depart from the rules of the Treaty. »³⁷⁴

Samtidig som EU-domstolen aksepterer at kontrollorganene utarbeider egne retningslinjer, ligger det en begrensning om at retningslinjene ikke fraviker reglene i traktaten. Denne begrensningen omfatter også forholdsmessighetsprinsippet. Uttalelsen peker i tillegg at retningslinjene spiller en noe begrenset rolle. Det forutsettes at disse kun *indikerer tilnærmingen* til kontrollorganet. Som det vil fremgå av den påfølgende drøftelsen av retningslinjers bindende virkning, er ikke dette en treffende beskrivelse. På tross av dette er det ikke omstridt at kontrollorganenes diskresjonære myndighet gir kontrollorganene hjemmel til å utarbeide retningslinjer.

Spørsmålet er deretter hvilken rettslig virkning retningslinjene har. Begrepet «retningslinjer» (normalt «guidelines» på engelsk³⁷⁵) kan skape et inntrykk av at de nettopp ikke er bindende. Også på dette området har det vært en gradvis utvikling i rettspraksis som både har klargjort og forsterket den bindende virkningen til retningslinjene.³⁷⁶ Den generelle rettsstilstanden i dag er godt oppsummert i EU-domstolens avgjørelse *ELGA* fra 2016:

³⁷⁴ Sak C-288/96 (ECLI:EU:C:2000:537) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 62. Til en viss grad kan kontrollorganene anses *forpliktet* til å utarbeide retningslinjer etter prinsippet om «legal certainty». Dagens praksis bygger på en såpass utførlig bruk av retningslinjer at det neppe er noen praktisk problemstilling at en slik plikt utfordres.

³⁷⁵ Begrepet er ikke avgjørende. Tidvis omtales retningslinjene som eksempelvis «framework» i stedet for «guidelines», se blant annet Framework for State aid for research and development and innovation, 2014/C 198/01 (OJ C 198, 27. juni 2014 side 1-29).

³⁷⁶ For en nærmere gjennomgang av rettsutviklingen, se blant annet Oana Stefan, *Soft Law in Court – Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Wolters Kluwer 2012 på side 157 flg. Se også

« (...) in the specific area of State aid, the Commission is bound by the guidelines that it issues, to the extent that they do not depart from the rules in the TFEU, including, in particular, Article 107(3)(b) TFEU (see, to that effect, judgment in *Holland Malt v Commission*, C-464/09 P, EU:C:2010:733, paragraph 47), and to the extent that their application is not in breach of general principles of law, such as equal treatment, in particular where exceptional circumstances, different from those envisaged in those guidelines, distinguish a given sector of the economy of a Member State. »³⁷⁷

EU-domstolen slo således fast i *ELGA* at Kommisjonen var bundet av retningslinjene. Forutsetningen var at retningslinjene ikke fravek reglene i traktaten. Uttalelsen fremhever også at den aktuelle unntaksregel (i *ELGA* bokstav b) også må overholdes. Tilsvarende var slått fast tidligere også, blant annet *Spania mot Kommisjonen* fra 2002.³⁷⁸ En forskjell var imidlertid at tidligere rettspraksis ikke uttrykkelig pekte på unntakshjemplene som materiell skranke for retningslinjene. Dette har sannsynligvis sammenheng med at innfortolkning av materielle krav til forholdsmessighet i unntakshjemplene først er kommet klart frem i nyere rettspraksis.

Det er verd å merke seg at uttalelsen i *ELGA* klargjør også at denne virkningen av retningslinjene er særegen for statsstøtteområdet, jf. frasen «in the *specific area of State aid*» (min kursivering). EU-domstolen hadde i enkelte tidligere saker vist til avgjørelser til om den bindende virkning av retningslinjer fra konkurranseretten. For retningslinjer innenfor konkurranseretten bygger rettspraksis på et annerledes og noe mildere synspunkt på den bindende virkningen. Retningslinjene fremstilles ikke i seg selv som bindende på samme måte som i *ELGA*. I konkurranseretten har EU-domstolen i stedet uttalt at å fravike retningslinjene etter omstendighetene kan innebære brudd på prinsippet om likebehandling eller beskyttelse

generaladvokat Wahls opinion i sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:102) *Kotnik m.fl. mot Slovenia* avsnitt 32 – 45, hvor Wahl argumenterte for en oppmykning av oppfatningen av retningslinjene som bindende. Wahls innstilling ble imidlertid ikke fulgt opp av EU-domstolen, som bekreftet rettstilstanden fra *ELGA* (omtalt i påfølgende setning i brødteksten), se sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570) *Kotnik m.fl. mot Slovenia* avsnitt 41.

³⁷⁷ Sak C-431/14 P (ECLI:EU:C:2016:145) *Hellas mot Kommisjonen* avsnitt 70.

³⁷⁸ Jf. sak C-409/00 (ECLI:EU:C:2003:92) *Spania mot Kommisjonen* avsnitt 95. En tilsvarende formulering ble også uttalt av EFTA-domstolen i sak E-9/12 *Island mot ESA*, se avsnitt 57. Denne gjaldt imidlertid retningslinjene for anvendelsen av markedsinvestorprinsippet, mao. anvendelsen av statsstøttebegrepet i EØS-avtalen artikkel 61(1).

av berettigede forventninger.³⁷⁹ Et slikt standpunkt åpner i større grad for å fravike retningslinjene i enkeltsaker.

Før *ELGA* kunne det i en viss utstrekning diskuteres om det samme gjaldt på statsstøtteområdet.³⁸⁰ Etter *ELGA* må det anses avklart at den bindende virkningen for retningslinjer i statsstøttepraksis er sterkere, og at det er tale om et særtrekk på statsstøtterettens område. På denne bakgrunn er retningslinjene bindende.³⁸¹

EU-domstolen indikerer samtidig et forbehold i *Kotnik* som må drøftes nærmere. Den presiserte at dersom en medlemsstat notifiserer støtte som tilfredsstillende kravene i retningslinjene, må Kommisjonen kun som hovedregel («as a general rule») godkjenne tiltaket. Medlemsstatene beholder imidlertid også retten til å notifisere støtte som *ikke* tilfredsstillende kravene i retningslinjene. Kommisjonen kan imidlertid kun godta slik støtte i «exceptional circumstances».³⁸² I *ELGA* understreket EU-domstolen at slike usedvanlige omstendigheter kunne foreligge dersom forholdene i en medlemsstat var annerledes enn det retningslinjene tok høyde for.³⁸³

Forbeholdene åpner altså for å fravike retningslinjene i tilfeller hvor forholdsmessighetsprinsippet gjør det påkrevd: Dersom retningslinjene viser seg å åpne for

³⁷⁹ Forente saker 189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 til C-208/02 P og C-213/02 P (ECLI:EU:C:2005:408) *Dansk Rørdindustri m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 211.

³⁸⁰ Se blant annet *Kronofrance*, hvor EU-domstolen viste til *Dansk Rørdindustri*, jf. forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance SA* avsnitt 60. Det etterfølgende avsnitt 61 er ikke like tydelig som *ELGA* på at retningslinjene for statsstøtte i større grad utstrekning binder Kommisjonen, selv om det etter min mening er mest nærliggende å tolke avgjørelsen slik. Se også Sak C-464/09 P (ECLI:EU:C:2010:733) *Holland Malt BV mot Kommisjonen* avsnitt 47 som gjentar standpunktet fra *Kronofrance*. Den materielle drøftelsen synes også å forutsette at retningslinjene fullt ut forpliktet Kommisjonen, se avsnitt 54. Derimot er de mildere formuleringene fra *Dansk Rørdindustri* lagt til grunn i et par avgjørelser fra førsteinstansen, men da uten noen henvisning til dommen, se førsteinstansens avgjørelser i sak T-375/03 (ECLI:EU:T:2007:293) *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie e. V. mot Kommisjonen* (se særlig avsnitt 141) og sak T-357/02 (ECLI:EU:T:2011:376) *Freistaat Sachsen mot Kommisjonen* (se særlig avsnitt 44). Se også Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 438, som er utgitt forut for *ELGA* og *Kotnik*, og legger til grunn samme norm for statsstøtteretten som fra *Dansk Rørdindustri* og konkurranseretten.

³⁸¹ Jf. også Antonios Bouchagiari, *The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission's Soft Law?*, Journal of European Competition Law & Practice, volume 8, issue 3, 2017, side 157-166 på side

³⁸² Sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570) *Kotnik m.fl. mot Slovenia* avsnitt 43.

³⁸³ Sak C-431/14 P (ECLI:EU:C:2016:145) *Hellas mot Kommisjonen* avsnitt 70. Som det fremgår av avsnittet, ble adgangen til et slikt unntak forankret i kravet til likebehandling (underforstått da likebehandlingsprinsippet sine negative side om at ulike saker må behandles ulikt).

uforholdsmessige statsstøttetiltak, kan Kommisjonen etter omstendighetene likevel avvise tiltaket. Dersom retningslinjene på sin side viser å sperre for forholdsmessige statsstøttetiltak, kan dette etter omstendighetene likevel godtas. Selv om EU-domstolen ikke uttrykkelig har presisert omfanget av forbeholdene, er det etter min mening gode grunner for å knytte de til forholdsmessighetskravet.

Forholdsmessighetsprinsippets formålsskrav, nødvendighetskrav, egnethetskrav, og krav om interesseovervekt, gjelder altså i tilfeller hvor det er utarbeidet retningslinjer.³⁸⁴ Det problematiske er i hvilken grad utarbeidelsen av retningslinjer påvirker intensiteten i forholdsmessighetsprøvingen. I tillegg til hensyn for og mot prøving av skjønn nevnt under punkt 3.2.2., kommer formålene bak å utarbeide generelle regler inn i vurderingen. Jo mer retningslinjene må settes til side på grunn av kravet til forholdsmessighet, desto mindre oppnås disse hensyn. Forholdsmessighetsprøvingen må derfor bero på en avveining av behovet for – og nytten av – generelle regler, og hensynet til riktige resultater i alle enkelttilfeller. En slik avveining innebærer at man i prinsippet godtar at retningslinjer for forenlighetsvurderingen i en viss utstrekning fører til at «god» støtte blokkeres, eller at «dårlig» støtte tillates.

I tilfeller hvor retningslinjene tilsynelatende er i konflikt med forholdsmessighetskravet, kan det i prinsippet reises spørsmål om tilsidesettelse eller annullering av retningslinjene.³⁸⁵ Et generelt tolkningsprinsipp i EU-retten er imidlertid at rettsakter så langt som mulig skal tolkes slik at gyldigheten ikke trekkes i tvil.³⁸⁶ Dette er også tilnærmingen som vi finner i rettspraksis knyttet til retningslinjer for forenlighetsvurderingen. EU-domstolen krever at retningslinjer tolkes og anvendes slik at forholdsmessighetskravet overholdes. Intensiteten i

³⁸⁴ Jf. Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 225, hvor Rusche påpeker dette konkret knyttet til krav om incentiveeffekt og beløpsmessig minimum. Rusche stiller seg samtidig skeptisk til et par tilfeller i rettspraksis som stiller krav til avveiningen utover retningslinjene, se side 226. Som jeg kommer nærmere tilbake til under punkt 3.4.4., kan et slikt krav forankres i vilkåret om interesseovervekt.

³⁸⁵ Dette reiser også spørsmålet om hva som er en «rettsakt» og gjenstand for domstolsprøving, men med den spesifikke bindende virkning anerkjent for statsstøtteområdet, er antakelig dette oppfylt for retningslinjenes del.

³⁸⁶ Jf. forente saker C-402/07 og 432/07 (ECLI:EU:C:2007:619) *Sturgeon* avsnitt 47 med videre henvisninger til eldre rettspraksis.

domstolsprøvingen blir dermed klarlagt ved å analysere rettspraksis knyttet til tolkning og anvendelse av retningslinjene.

Fordi retningslinjene er bindende, kan også domstolene prøve om Kommisjonen har overholdt sine egne retningslinjer.³⁸⁷ Samtidig er det lagt til grunn i rettspraksis at Kommisjonen må ha en skjønnsmargin i tolkingen av egne retningslinjer.³⁸⁸ Dette er på samme måte som det rommelige skjønn for øvrig begrunnet i de komplekse vurderinger som må foretas.³⁸⁹ Førsteinstansen synes også å legge til grunn at terskelen for å sette Kommisjonens tolkning av retningslinjene til side er at det må foreligge en åpenbar feil («manifest error of assessment»)³⁹⁰ Tilsynelatende er domstolsprøvingen den samme som for forenlighetsvedtak som treffes uavhengig av retningslinjer. I begge tilfeller er utgangspunktet at Kommisjonen har et rommelig skjønn. Det kan i forlengelsen av dette spørres om domstolsprøvingen av hvorvidt Kommisjonen overholder egne retningslinjer har noen praktisk betydning utover forholdsmessighetsprøving. Etter gjennomgangen av rettspraksis knyttet til forholdsmessighetsprøving, vil det være grunnlag for å kommentere domstolsprøvingen av om Kommisjonen overholder egne retningslinjer noe nærmere.

3.4.3. Prøving av nødvendighetsvilkåret

3.4.3.1. Innledning

Forholdsmessighetsprøvingen av retningslinjer i rettspraksis kan i hovedsak knyttes til nødvendighetskravet, og til kravet om interesseovervekt. Analysen starter med tilfeller hvor rettspraksis har vurdert anførsler om at Kommisjonens nødvendighetsvurdering – slik den var

³⁸⁷ Forente saker T-115/09 og T-116/09 (ECLI:EU:T:2012:76) *Electrolux AB mot Kommisjonen* avsnitt 41. Se og blant annet sak T-380/94 (ECLI:EU:T:1996:195) *AIUFFASS mot Kommisjonen* avsnitt 57, sak T-349/03 (ECLI:EU:T:2005:211) *Corsica Ferries France SAS mot Kommisjonen* avsnitt 141, forente saker T-267/08 og T-279/08 (ECLI:EU:T:2011:209) *Region Nord-Pas-de-Calais mot Kommisjonen* avsnitt 131 og sak T-319/11 (ECLI:EU:T:2014:186) *ABN Amro Group NV* avsnitt 29.

³⁸⁸ Jf. blant annet sak T-319/11 (ECLI:EU:T:2014:186) *ABN Amro Group NV mot Kommisjonen* avsnitt 31.

³⁸⁹ Se sak T-171/02 (ECLI:EU:T:2005:219) *Regione autonoma della Sardegna mot Kommisjonen* avsnitt 96 og forente saker T-267/08 og T-279/08 (ECLI:EU:T:2011:209) *Region Nord-Pas-de-Calais mot Kommisjonen* avsnitt 132.

³⁹⁰ Jf. sak T-171/02 (ECLI:EU:T:2005:219) *Regione autonoma della Sardegna mot Kommisjonen* avsnitt 97 og sak og T-279/08 (ECLI:EU:T:2011:209) *Region Nord-Pas-de-Calais mot Kommisjonen* avsnitt 132.

forankret i retningslinjene – var mangelfull. Sakene gjelder enten kravet om konkret nødvendighet (incentiveeffekt), eller kravet om beløpsmessig minimum.

Som gjennomgått under punkt 3.3.2. er ikke rettspraksis konsekvent med å forankre domstolsprøvingen i forholdsmessighetsprinsippet. Dommene som gjennomgås, bruker derfor ikke forholdsmessighetsprinsippet som overordnet prøvingsgrunnlag. Hovedsakelig benytter rettspraksis som gjennomgås nødvendighetsvilkåret isolert, uten å knytte dette til forholdsmessighetsprinsippet.

3.4.3.2. Sak T-126/99 – Graphischer Maschinenbau

Saken *Graphischer Maschinenbau* gjaldt Kommisjonens vurdering av incentiveeffekt for statsstøtte til restrukturering. De daværende retningslinjene for restruktureringsstøtte oppstilte ikke noe særskilt krav til incentiveeffekten, men uttrykte generelt at støtten måtte begrenses til det strengt nødvendige for å tillate restruktureringen.³⁹¹ I dette lå det implisitt et krav om incentiveeffekt. Kommisjonens vedtak la dermed til grunn at store deler av restruktureringsstøtten knyttet seg til kostnader som var påløpt før støttetiltaket var notifisert. Støtte til dekning av disse kostnadene ble derfor ikke godkjent fordi Kommisjonen mente det var utelukket at det kunne foreligge incentiveeffekt.³⁹²

Støttemottakeren angrep den negative delen av godkjenningsvedtaket, og anførte blant annet at det var begått en tydelig feil i vurderingen av incentiveeffekt. Førsteinstansen vurderte nærmere om de kronologiske forholdene tilsa at kravet til incentiveeffekt ikke var oppfylt. Kommisjonen pekte på at nesten halvparten av de aktuelle kostnadene var påløpt før støtten ble notifisert, og at notifikasjonen kom først over ett år etter at investeringen var påbegynt. Kommisjonen mente dette var tilstrekkelig til å utelukke at støtten hadde incentiveeffekt. Førsteinstansen viste på sin side til faktorer som tilsa at kronologien ikke kunne være avgjørende. Dette gjaldt både at foretaket hadde fått løfter fra de lokale myndighetene, og videre at effektiv restrukturering hadde forutsatt rask iverksettelse. På den andre side var det

³⁹¹ Jf. Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, 97/C 283/02 (OJ C 283, 19. September 1997 side 2-12) side 7

³⁹² Jf. Kommisjonsvedtak 1999/690/EC av 3. februar 1999 om State aid which Germany is planning to introduce for Graphischer Maschinenbau GmbH, Berlin (OJ L 272, 22 oktober 1999 side 16-25) punkt 4.3.

ikke slik at notifikasjon i seg selv var noen garanti for at støtten ble godkjent av Kommisjonen. Under slike omstendigheter kunne ikke tidspunktet for notifikasjon være avgjørende for vurderingen av incentiveeffekt. Førsteininstansen annullerte derfor vedtaket.³⁹³

Avgjørelsen viser en forholdsvis inngående prøving av Kommisjonens vurdering av incentiveeffekten. Siden vilkåret om incentiveeffekt ikke var uttrykkelig regulert i retningslinjene, sier likevel ikke nødvendigvis dommen så mye om hvordan *generelle regler* om incentiveeffekten kunne ha påvirket forholdsmessighetsprøvingen. Dette spørsmålet kom imidlertid mer på spissen i senere avgjørelser.

3.4.3.3. Sak C-630/11 P – Sardinia

Saken *Sardinia* gjaldt vurderingen av incentiveeffekt for regionalstøtte. I motsetning til *Graphischer Maschinenbau*, var forholdet nettopp at retningslinjene oppstilte formalkrav til incentiveeffekt.

Bakgrunnen var saken var at Kommisjonen i 1999 hadde godkjent en regionalstøtteordning i Italia. Støtteordningen inneholdt et krav om at søknader om støtte måtte være sendt inn før arbeidet med prosjektet startet. Dette var i samsvar med de daværende retningslinjene, hvor det fremkom at «aid schemes must lay down that an application for aid must be submitted before work is started on the projects».³⁹⁴ Da italienske myndigheter skulle implementere den godkjente ordningen, tilføyde de en «overgangsordning», hvor individuell støtte unntaksvis kunne godkjennes selv om søknadskravet ikke var overholdt. Kommisjonen ble først kjent med denne overgangsordningen gjennom en klage. Kommisjonen fattet deretter vedtak som fant støtten under denne unntaksregelen uforenlig med det indre marked.³⁹⁵ Dette vedtaket ble angrepet av de regionale myndighetene. Et sentralt spørsmål i saken ble om søknadskravet

³⁹³ Sak T-126/99 (ECLI:EU:T:2002:116) *Graphischer Maschinenbau GmbH mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 32 – 48. Kommisjonen godtok støttetiltaket i etterkant av annulleringen, se kommisjonsvedtak 2004/313/EC av 23. juli 2003 om State aid granted by Germany to Graphischer Maschinenbau GmbH (OJ L 100, 6. april 2004 side 35-39)

³⁹⁴ Commission communication on the method for the application of Article 92(3)(a) and (c) to regional aid, OJ C 212 av 12. august 1988, punkt 4.2.

³⁹⁵ Kommisjonsvedtak 2008/854/EC av 2. juli 2008 om a State aid scheme: Misuse of aid measure N 272/98, Regional Act No 9 of 1998 (OJ L 302, 13 november 2008 side 9-18)

måtte forstås som et nødvendig vilkår, eller om Kommisjonen var pliktig å foreta en nærmere vurdering. Saken ble prøvd for begge instanser.

Førsteinstansen la til grunn at Kommisjonen måtte foreta en konkret vurdering av incentiveeffekten.³⁹⁶ Formalkravet kunne danne en presumsjon, men det kunne altså ikke anvendes ubetinget. Kommisjonens vedtak ble likevel opprettholdt, fordi spørsmålet om incentiveeffekt ikke kom på spissen.³⁹⁷ I anken til EU-domstolen tok Generaladvokat Bot opp spørsmålet om formalkravet måtte gjelde generelt, eller om det måtte suppleres med konkrete vurderinger. Bot mente at Kommisjonen måtte ha adgang til å oppstille et objektivt vilkår, og at førsteinstansen begikk en rettslig feil ved ikke å anta at formalkravet måtte suppleres av konkrete vurderinger. Selv om utfallet i saken var riktig, mente Bot denne feilen fra førsteinstansen burde rettes opp av hensyn til fremtidige saker.³⁹⁸ EU-domstolen lot seg imidlertid ikke overbevise av generaladvokat Bot, og sluttet seg til førsteinstansens vurderinger.³⁹⁹

EU-domstolen aksepterte altså ikke at formalkrav kan brukes for å utelukke incentiveeffekt. Tilnærmingen må sies å være streng. I det store flertallet av tilfeller hvor en investering foretas før det er notifisert søknad om statsstøtte, er det antakelig riktig at støtten ikke har en incentiveeffekt. Et formalkrav gir vesentlig lettere saksbehandling. Samtidig vil det antakelig neppe være ofte at et formalkrav fører til at man avslår statsstøtte som reelt sett hadde incentiveeffekt. At EU-domstolen likevel ikke valgte å godta det, tilsier at hensynet til generelle regler og forenkling tillegges liten vekt. Forholdsmessighetsprinsippet får på sin side sterkt gjennomslag overfor retningslinjer.

³⁹⁶ Forente saker T-394/08, T-408/08, T-453/08 og T-454/08 (ECLI:EU:T:2011:493) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 226.

³⁹⁷ Forente saker T-394/08, T-408/08, T-453/08 og T-454/08 (ECLI:EU:T:2011:493) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 227.

³⁹⁸ Opinion i forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:194) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 53 – 66.

³⁹⁹ Forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:387) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen* se særlig avsnitt 108 – 110.

3.4.3.4. Sak T-162/06 – Kronoply

Kronoply gjaldt tysk regionalstøtte til OSB-plater. Støtten ble notifisert og godkjent. Kommisjonen godkjente imidlertid en noe lavere støtteintensitet på grunn av konkurranseforholdene i sektoren.⁴⁰⁰ Etter at investeringen var gjennomført, mente Tyskland å kunne dokumentere at konkurranseforholdene likevel tillot høyere støtteintensitet. De notifiserte derfor et tillegg til støtten. Siden støttetiltaket opprinnelig var notifisert, oppfylte det retningslinjenes formalkrav til incentiveeffekt. Kommisjonen pekte likevel på at siden investeringen allerede var gjennomført, ville ikke tilleggsstøtten påvirke atferden til foretaket. Notifikasjonen om tilleggsstøtte ble derfor avslått.⁴⁰¹ Tyskland angrep dette avvisningsvedtaket. Førsteinstansen opprettholdt imidlertid avvisningsvedtaket. Hovedbegrunnelsen var at støtten ikke var nødvendig for å realisere det aktuelle prosjektet. Førsteinstansen presiserte at saksøkernes argument i realiteten innebar at «the objective and substantive condition of the necessity of aid must be made in the light of a purely formal ciretrion. That cannot be accepted».⁴⁰² Dermed fikk Kommisjonen aksept for en konkret vurdering av nødvendigheten, selv om ikke dette var klart forankret i retningslinjene.

3.4.3.5. Oppsummering

Rettspraksis synes generelt å kreve at statsstøtte må ha reell incentiveeffekt. I den grad retningslinjene oppstiller formalkrav, kan ikke slike formalkrav anvendes uttømmende. Manglende oppfyllelse av formalkrav kan ikke utelukke incentiveeffekt, og oppfyllelse av formalkrav kan på sin side ikke alene brukes til å konstatere incentiveeffekt. Med tanke på intensiteten i forholdsmessighetsprøvingen, synes denne i liten grad å påvirkes av at Kommisjonen har vedtatt retningslinjer. Hensynet til generelle regler og forenkling tillegges lite vekt. Det avgjørende er at retningslinjer tolkes og anvendes slik at incentiveeffekten vurderes konkret for hvert enkelt støttetiltak.

⁴⁰⁰ Konkret gjaldt vurderingen hvorvidt sektoren var i nedgang eller ikke.

⁴⁰¹ Kommisjonsvedtak 2006/262/EC av 21. september 2005 om State aid which Germany is planning to implement for *Kronoply* (OJ L 94, 1. april 2006 side 50-55)

⁴⁰² Jf. Sak T-162/06 (ECLI:EU:T:2009:2) *Kronoply GmbH & Co. KG mot Kommisjonen* avsnitt 83.

3.4.4. Prøving av vilkåret om interesseovervekt

3.4.4.1. Innledning

Det er allerede slått fast at interesseovervekt er et materielt vilkår for at statsstøtte skal anses forenlig med det indre marked. Selve interesseavveiningen – altså hvorvidt summen av positive virkninger for samholdigheten er større enn summen av negative virkninger for samhandelen og konkurransen – er det grunn til at EU-domstolen er særdeles tilbakeholden med å prøve. Slike tilfeller finnes heller ikke i rettspraksis. Derimot forutsetter en forsvarlig avveining at de vesentlige positive og negative virkninger er identifisert. I tilfeller hvor Kommisjonen godkjenner eller underkjenner støttetiltak uten å ta hensyn til vesentlige virkninger, er det en risiko for at kravet om interesseovervekt ikke er anvendt riktig. Slike tilfeller er det flere av i rettspraksis. Som jeg kommer tilbake til, er det ikke nødvendigvis slik at rettspraksis selv omtaler dette som forholdsmessighetsprøving, eller som prøving av vilkåret om interesseovervekt. Hva som utgjør selve prøvingsgrunnlagene i disse sakene kan være uklart, og er tidvis problematisert i teorien. Dette tas opp knyttet til de saker det gjelder.

3.4.4.2. Sak C-75/05 *Glunz*

Saken *Glunz* gjaldt tysk regionalstøtte til etableringen av trefordeling, og ble berørt under punkt 3.3.6 om interesseovervekt. Tolkningen av retningslinjenes krav til identifikasjon av støttens negative virkninger var det sentrale punkt i saken. Støtten til *Glunz* var godkjent på bakgrunn av retningslinjene for regionalstøtte til store investeringsprosjekter fra 1998. Retningslinjene innebar etter ordlyden at det ikke skulle tas hensyn til at markedet for det aktuelle prosjektet var i nedgang. Kommisjonen hadde godkjent støtten i tråd med dette.⁴⁰³ En fransk konkurrent angrep vedtaket, og anførte blant annet at de skadelige virkningene på konkurransen av denne grunn ikke var tilstrekkelig identifisert.

Førsteinstansen konkluderte med at Kommisjonen hadde anvendt retningslinjene feil. Kommisjonens tolkning innebar alvorlig risiko for at konkurransen ble vridd.⁴⁰⁴ Retningslinjene

⁴⁰³ Kommisjonsvedtak av 25 juli 2001 om Authorisation for State aid pursuant to Articles 87 and 88 of the EC Treaty — Cases where the Commission raises no objections, Aid No: N 517/2000, Aid in favour of *Glunz AG* (OJ C 333, 28. november 2001 side 6-8)

⁴⁰⁴ Sak T-27/02 (ECLI:EU:T:2004:348) *Kronofrance SA mot Kommisjonen* avsnitt 99.

måtte i stedet anvendes slik at man også tok hensyn til at det aktuelle markedet var i nedgang. Førsteinstansens løsning innebar således at retningslinjene måtte fravikes.⁴⁰⁵ EU-domstolen opprettholdt førsteinstansens avgjørelse.⁴⁰⁶

Resultatet i dommen tilsier at negative virkninger av et visst omfang ikke kan utelates fra forenlighetsvurderingen. EU-domstolens egen argumentasjon viser ikke uttrykkelig til vilkåret om interesseovervekt. Men avgjørelsen gir mest mening om den sees på som uttrykk for forholdsmessighetsprøving knyttet til dette vilkåret. Begrunnelsen for å tilsidesette Kommisjonens tolkning av retningslinjene var at retningslinjene måtte tolkes «in the light of Article 87 EC and of the principle of incompatibility of public aid set out therein, in order to attain the objective sought by that provision, namely undistorted competition in the common market».⁴⁰⁷ Uttalelsen holder det åpent når et slikt tolkningssynspunkt basert på uforstyrret konkurranse skal slå inn. Det er heller ikke dekkende å si at formålet bak TEUV artikkel 107 i sin helhet utelukkende er å sikre uforstyrret konkurranse. I så fall ville ikke unntakshjemplene eksistert. Argumentasjonen for å tilsidesette retningslinjene er derfor ikke fullstendig. Uttalelsen gir på sin side både god mening – og god veiledning – om den forstås som uttrykk for forholdsmessighetsprøving knyttet til vilkåret om interesseovervekt. Med andre ord at retningslinjene må tolkes slik at man unngår uforholdsmessige forstyrrelser på konkurransen.

Spørsmålet er deretter om avgjørelsen gir noen indikasjon for terskelen for å tilsidesette retningslinjer og forenlighetsvedtak på grunn av manglende identifikasjon av negative virkninger. Bemerkningen om at Kommisjonens tolkning innebar en «serious risk» for å forstyrre konkurransen, tilsier at det må være tale om negative virkninger av en viss betydning.

Den generelle regel som kan utledes fra dommen er således at vesentlige negative virkninger av statsstøtte må tas hensyn til i forenlighetsvurderingen. Dette er igjen i samsvar med det generelle kravet til forholdsmessighet for at statsstøtte skal kunne være forenlig med det indre marked. Det er ikke mulig å ta forsvarlig stilling til hvorvidt det foreligger

⁴⁰⁵ Førsteinstansen foretok riktignok en anstrengt argumentasjon for å underbygge at resultatet også kunne forankres i retningslinjene. Som generaladvokat Bot også la til grunn i sin etterfølgende utredning, er det imidlertid mer riktig å si at løsningen gikk på tvers av ordlyden, se generaladvokat Bots opinion i forente saker C-75/05 P og C-80/05 P *Tyskland mot Kronofrance* avsnitt 139.

⁴⁰⁶ Forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance SA*

⁴⁰⁷ Forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance SA* avsnitt 66

interesseovervekt dersom vesentlige negative eller positive virkninger er utelatt fra vurderingen. Det gir således mest mening å forstå *Glunz* som et tilfelle hvor domstolene slo fast at retningslinjene måtte tolkes i samsvar med det generelle kravet til forholdsmessighet. Dommen kan derfor tas til inntekt for at retningslinjer som utelater vesentlige positive eller negative virkninger fra forenlighetsvurderingen, strider med forholdsmessighetskravet, og må derfor bortfortolkes.

3.4.4.3. Sak T-304/08 *Smurfit Kappa*

Saken *Smurfit Kappa* gjaldt tysk regionalstøtte til en papirfabrikk. Støttebeløp var forholdsvis stort (€ 82,5 millioner). I denne saken stod også retningslinjene i et problematisk forhold til kravet om interesseovervekt. Retningslinjene var utformet slik at de skilte mellom foretak basert på hvor stor markedsandel de hadde. Dersom markedsandelene oversteg visse grenser, ville Kommisjonen «approve regional investment aid only after a detailed verification» etter åpning av en full behandling etter TEUV artikkel 108 (2).⁴⁰⁸ Støttemottakeren Propapier lå under de fastsatte grensene. I tillegg var alle øvrige krav oppfylt, herunder krav til geografisk beliggenhet, maksimalt støttenivå, og at søknaden om støtte var sendt inn før investeringen ble foretatt. Støtten ble derfor godkjent av Kommisjonen etter den forenklede prosedyren. Vedtaket ble deretter angrepet av konkurrenten *Smurfit Kappa*.

Førsteinstansen annullerte godkjenningen, og konkluderte med at Kommisjonen tolket retningslinjene feil. Den omtvistede formuleringen – at regionalstøtte måtte undergis en grundig gjennomgang når støttemottakeren var over visse grenser – kunne ikke anvendes antitetisk. Førsteinstansen oppsummerte dette på følgende vis:

« Accordingly, the applicant is justified in submitting that the assessments made in the contested decision could not alone enable the Commission to eliminate all doubts as to the compatibility of the aid in question with the common market in the light of the derogation provided for in Article 87(3)(a) EC. As was stated in paragraph 91 above, the application of that derogation presupposes that the benefits of the measure at issue outweigh its disadvantages, however limited the latter might be (...)

⁴⁰⁸ RAG 2007 avsnitt 68.

It follows from the foregoing that, by inferring from the fact that the aid in question complied with the Guidelines, without assessing the importance of the subsidised project in terms of regional development, that that aid was compatible with the common market and that it was required not to initiate the formal investigation procedure, the Commission not only misconstrued the scope of the Guidelines, but also failed to exercise its discretion. »⁴⁰⁹

Kommisjonens egen tolkning av retningslinjene ble således satt til side. Som det fremgår av det siterte, baserte førsteinstansen seg på at det var et vilkår om interesseovervekt for å kunne anvende unntakshjemmelen. Ut fra det konkluderte førsteinstansen med at Kommisjonen feiltolket retningslinjene ved ikke å foreta noen vurdering av prosjektets betydning for den regionale utviklingen. Det sentrale grunnlaget for å sette til side Kommisjonens tolkning av retningslinjene, synes å være at tolkningen innebar at det ikke ble foretatt en forsvarlig interesseavveining.

Smurfit Kappa viser således at det stilles minstekrav til interesseavveiningen som ikke kan fravikes gjennom retningslinjer.⁴¹⁰ *Rusche* uttaler at *Smurfit Kappa* vanskelig lar seg forene med standpunktet om at retningslinjer er rettslig bindende.⁴¹¹ Førsteinstansens tilnærming er imidlertid konsistent med synspunktet på retningslinjer som bindende dersom den sees på som et uttrykk for forholdsmessighetsprøving. På samme måte som *Glunz* bør etter min mening også *Smurfit Kappa* sees på som et uttrykk for at retningslinjene må tolkes i samsvar med forholdsmessighetsprinsippet. En forsvarlig avveining av støttens positive og negative virkninger krever at alle vesentlige virkninger tas hensyn til. Og så langt som å ikke vurdere

⁴⁰⁹ Sak T-304/08 (ECLU:EU:T:2012:351) *Smurfit Kappa Group plc mot Kommisjonen* avsnitt 96 – 97. Kommisjonens tolkning på sin side innebar at man kun sikret at de negative effektene ved tiltaket var begrenset.

⁴¹⁰ Jf. Hans W. Friederiszick og Massimo Merola «Chapter 10 – regional aid» i *EU State Aid Control – Law and Economics*, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) Wolters Kluwer 2016 side 317 – 373 som forstår dommen slik at forenlighet forutsetter «a broader balancing of positive and negative effects of the aid», se side 356. Se også Vincent Verouden, «Chapter 20 – Smurfit Kappa» i *Milestones in State Aid Case Law – EstAL’s First 15 Years in Perspective*, Caroline Buts og José Luis Buendía Sierra (red.), (Berlin 2017) side 465 – 478, som tolker dommen slik at kontrollorganene ikke kan basere seg på enkle kriterier når disse «risk being at odds with the principles and objectives of the Treaty», se side 476

⁴¹¹ Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 226.

den positive virkningen overhodet – slik tilfellet var i *Propapier* – kan man altså i hvert fall ikke gå.

Det neste spørsmål er om *Smurfit Kappa* gir nærmere føringer på hvor tydelig de positive virkningene av støttene må identifiseres. I sin argumentasjon viste førsteinstansen til at Kommisjonen opprinnelig hadde ment å supplere retningslinjene med føringer for vurderingen av incentiveeffekt, og for selve interesseavveiningen.⁴¹² Uttalelsen kan forstås slik at det var særlig disse forhold som førsteinstansen mente at Kommisjonen var pliktig å vurdere nærmere. Det er imidlertid ikke mulig å lese ut av dommen hvor begrenset vurdering retningslinjene eventuelt kunne lagt opp til.

3.4.4.4. Sak C-91/01 – *Pollmeier Malchow*

Spørsmålet i *Pollmeier Malchow* gjaldt retningslinjenes definisjon på små- og mellomstore bedrifter («SMB»). De aktuelle retningslinjene tillot høyere støttenivå til SMB-er. Kommisjonen la til grunn at støttemottakeren ikke var en SMB, og godkjente derfor kun støtte med et lavere støttenivå. Formelt oppfylte riktignok støttemottakeren retningslinjenes vilkår for å anses som en SMB. Dette gjaldt blant annet et uavhengighetsvilkår om at mindre enn 25% var eid av et større foretak. Kommisjonen mente imidlertid at det var tale om et omgåelsestilfelle, og at det avgjørende måtte være om foretaket reelt sett var uavhengig. Overholdelse av de formelle kriteriene for å anses som SMB var derfor ikke tilstrekkelig.⁴¹³

Italia angrep vedtaket, og mente det kunne gis et støttenivå basert på at støttemottakeren var en SMB. EU-domstolen foretok en grundig gjennomgang av Kommisjonens begrunnelse for å fravike retningslinjene, og slo fast at Kommisjonens tolkning var berettiget.⁴¹⁴ Domstolen understreket at tolkningen sikret at støtte ikke ble gitt i tilfeller med mer alvorlige konkurranseforstyrrelser i et omfang som var uforenlig med fellesinteressen.⁴¹⁵ EU-domstolen godtok altså at retningslinjene ble fraveket fordi dette var nødvendig for å ivareta kravet om interesseovervekt. EU-domstolen la på sin side ikke vekt på Kommisjonens skjønnsfrihet i

⁴¹² Sak T-304/08 (ECLU:EU:T:2012:351) *Smurfit Kappa Group plc mot Kommisjonen* avsnitt 95.

⁴¹³ Kommisjonsvedtak 2001/779/EC av 15. november 2000 om the State aid which Italy is planning to grant to Solar Tech srl (OJ L 292, 9. november 2001 side 45-57), se særlig avsnitt 36 og 44.

⁴¹⁴ Sak C-91/01 (ECLI:EU:C:2004:244) *Italia mot Kommisjonen*, se avsnitt 43 – 57.

⁴¹⁵ Sak C-91/01 (ECLI:EU:C:2004:244) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 54.

selve tolkningsspørsmålet. Den grundige gjennomgangen av om tolkningen var berettiget gir inntrykk av en forholdsvis inngående domstolsprøving.

3.4.4.5. Oppsummering

Generelt gir rettspraksis et inntrykk av at retningslinjene må tolkes og anvendes slik at alle vesentlige negative og positive virkninger av støtten tas med i vurderingen. Dette innebærer at retningslinjene også må fravikes hvor dette er påkrevd. Dommene i *Glunz og Propapier* viser imidlertid begge to at retningslinjer som Kommisjonen anvender etter sin ordlyd kan settes til side av EU-domstolen. *Pollmeier Malchow* viser på sin side at EU-domstolen opprettholder vedtak hvor Kommisjonen selv fravek retningslinjenes ordlyd. Forutsetningen er at fravikelse er nødvendig for å ivareta forholdsmessighetskravet. Hensynet til generelle regler og forenkling blir ikke trukket frem av EU-domstolen. Men alle avgjørelsene etterlater et inntrykk av at det kreves svikt i vurderingen av positive eller negative virkninger av et visst omfang før retningslinjer skal fravikes.

3.4.5. Strengere forholdsmessighetsprøving av driftsstøttetiltak?

Tolkningen av driftsstøtteunntak i retningslinjer har flere ganger vært vurdert i rettspraksis. Fordi RDA-ordningen utgjør driftsstøtte, og selv bygger på et slikt driftsstøtteunntak, er disse av særlig betydning for vurderingen av det inneværende godkjenningsvedtaket. Det er også ikke umiddelbart klart hvordan rettspraksis bør plasseres sammenholdt med øvrig rettspraksis om forholdsmessighetskravet og retningslinjer. Det er derfor nødvendig med en egen analyse av rettspraksis om tolkningen av driftsstøtteunntak.

Som berørt tidligere under punkt 3.3.4.4., har den generelle tilnærmingen til driftsstøtte i EU-domstolen vært streng. Det gjelder enten det er tale om vedtak uavhengig av retningslinjer, eller vedtak som er styrt av retningslinjer. I avgjørelsen *Italia mot Kommisjonen* fra 1990 opprettholdt domstolen et avslag på driftsstøtte til vinproduksjon. EU-domstolen viste til at det var tale om driftsstøtte, og at dens karakter av driftsstøtte medførte at den påvirket samhandelen i en utstrekning som var uforenlig med fellesinteressen.⁴¹⁶ Slik domstolen

⁴¹⁶ Sak C-86/89 (ECLI:EU:C:1990:373) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 18.

resonnerte, var det altså tilstrekkelig at det var tale om driftsstøtte, for at støtten var uforenlig med det indre marked.

EU-domstolen og førsteinstansen har i en rekke etterfølgende saker uttalt at driftsstøtte «in principle» ikke er omfattet av unntaksbestemmelsene.⁴¹⁷ Formuleringen «in principle» er nærliggende å forstå slik at unntak ikke er utelukket, men at det i så fall må kreve en særlig begrunnelse. I *Alzetta mot Kommisjonen* gikk derimot førsteinstansen så langt som å kategorisk avvise at unntakshjemmelen i bokstav c kunne hjemle driftsstøtte.⁴¹⁸ *Alzetta mot Kommisjonen* ble avsagt i 2000. På dette tidspunktet var driftsstøtte i form av transportstøtte etter bokstav c allerede akseptert i Kommisjonens retningslinjer.⁴¹⁹ Hvorvidt førsteinstansen mente at disse retningslinjene manglet hjemmel, eller hvorvidt de brede formuleringene skyldtes at førsteinstansen overså praksis utenfor det saken gjaldt, er uklart.

Bildet er uansett blitt noe nyansert i nyere rettspraksis. I *CELF* annullerte førsteinstansen et Kommisjonsvedtak som godtok driftsstøtte etter kulturunntaket i TEUV artikkel 107(3)(d). Annulleringen skjedde imidlertid på bakgrunn av en inngående vurdering av hvorvidt ordningen overkompenserte for de aktuelle merkostnadene.⁴²⁰ Underforstått var det forhold at saken gjaldt driftsstøtte, i seg selv ikke tilstrekkelig grunnlag for å annullere godkjenningsvedtaket. *Hinkley Point C* er et ytterligere tilfelle hvor førsteinstansen stadfestet Kommisjonens godkjennelse av driftsstøtte.⁴²¹ Begrunnelsen var noe atypisk: Driftsstøtten ble ansett å utløse investeringen i det aktuelle atomkraftverket. Støtten kunne derfor sammenlignes med investeringsstøtte.

⁴¹⁷ Sak C-288/96 (ECLI:EU:C:2000:537) *Tyskland mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 89 – 91, sak T-459/93 (ECLI:EU:T:1995:100) *Siemens SA mot Kommisjonen* avsnitt 48 (EU-domstolen opprettholdt førsteinstansens avgjørelse uten å gå nærmere inn i spørsmålet, jf. sak C-278/95 P (ECLI:EU:C:1997:240) *Siemens SA mot Kommisjonen*), sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 99 og sak T-190/00 (ECLI:EU:T:2003:316) *Regione Siciliana mot Kommisjonen* avsnitt 130. Se også T-379/09 (ECLI:EU:T:2012:422) *Italia mot Kommisjonen* avsnitt 89.

⁴¹⁸ Se Forente saker T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-600/98 til T-607/97, T-1/98, T-3/98 til T-6/98 og T-23/98 (ECLI:EU:T:2000:151) *Alzetta m.fl. mot Kommisjonen*: « the aid in dispute (...) was operating aid, to which the derogation set out in Article 92(3)(c) of the Treaty does not apply», se avsnitt 133.

⁴¹⁹ Information from the Commission – Guidelines on national regional aid (OJ C 74, 10. mars 1998 side 9 – 18), se punkt 4.16.

⁴²⁰ Sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen* avsnitt 96 – 137.

⁴²¹ Sak T-356/15 (ECLI:EU:T:2018:439) *Østerrike og Luxembourg mot Kommisjonen* avsnitt 577 – 586, se særlig avsnitt 582. Se også omtalen av driftsstøttevurderingen hos Phedon Nicolaides i «The Compatibility of State Aid with the Internal Market», *European State Aid Law Quarterly 2018* (vol 4) side 534 – 545 på punkt 11.

EU-domstolens og førsteinstansens tilnærming er derfor generelt sett streng, men åpner samtidig for driftsstøtte i spesielle tilfeller. Med dette som bakteppe er det grunn til å se nærmere på avgjørelser knyttet til tolkningen av driftsstøtteunntak i retningslinjer. Så langt jeg kan se, foreligger det ikke tilfeller i EU-pilaren hvor forenlighetsvurderinger forankret i retningslinjer som godkjenner driftsstøtte er angrepet ved domstolene. Rettspraksis begrenser seg derfor til tilfeller hvor Kommisjonens avslag på driftsstøtte er angrepet ved domstolene. Selve tolkningen av retningslinjene har heller ikke kommet på spissen i sakene hvor Kommisjonens avslag er vurdert, da saksforholdene har vært godt utenfor det retningslinjene etter ordlyden har åpnet for. EU-domstolens omtale av driftsstøtteunntakene i disse sakene kan likevel underbygge et generelt syn om en streng tolkning av driftsstøtteunntak.

I *Tyskland mot Kommisjonen* ble et avslag på skattelette rettet mot mindre bedrifter krevd annullert. EU-domstolen uttalte i denne forbindelse følgende:

« As regards the exercise of the Commission's discretion, it is clear from paragraph 6 of the 1988 communication, the meaning of which has not been challenged by the German Government, that operating aid may only exceptionally be granted in areas assisted pursuant to Article 92(3)(a) of the Treaty, that is to say, where the aid is likely to promote a durable and balanced development of economic activity. »⁴²²

Uttalelsen fremstår som en gjengivelse av retningslinjene, men ved nærmere ettersyn ser man at det i realiteten er tale om en viss innsnevring av dem. Retningslinjene selv brukte ikke begrepet «exceptionally» om driftsstøtte, men snarere at dette var noe som kunne tillates «under certain conditions». Begrepet «exceptionally» behøver riktignok ikke nødvendigvis å forstås svært strengt.⁴²³ Omformuleringen kan imidlertid i hvert fall leses som en viss

⁴²² Sak C-156/98 (ECLI:EU:C:2000:467) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 68.

⁴²³ Begrepet «exceptional circumstances» har neppe en presis norsk oversettelse, men kan generelt sies å sikte til usedvanlige tilfeller, eller til unntakstilfeller. I danske oversettelser av EU-domstolens praksis blir «exceptional» enten oversatt til «usedvanlig», jf. blant annet Forente saker T-254/00, T-270/00, T-277/00 (ECLI:EU:T:2008:537) *Hotel Cipriani SpA m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 286, som taler om «driftsstøttes usædvanlige karakter», eller til «særlig», jf. blant annet sak C-156/98 (ECLI:EU:C:2000:467) *Tyskland mot Kommisjonen* avsnitt 68. Nyanser finnes også i øvrige språkdrakter. ODA protokoll 3 artikkel 1 – hvor EFTA-komiteens unntakshjemmel (se pkt. 3.6 og pkt 3.8) ved «exceptional circumstances» er hjemlet – er på sin side

innsnevring. Viktigere er imidlertid at retningslinjene var formulert slik at støtten måtte være «designed to promote» en varig og balansert utvikling.⁴²⁴ EU-domstolens brukte i stedet frasen «likely to promote» en varig og balansert utvikling. Omformuleringen er i tråd med den generelt strenge tilnærmingen til driftsstøtte. Dommen indikerer for det første at driftsstøtte skal begrenses til unntakstilfeller, jf. formuleringen «exceptionally». For det andre tilsier den at det må sannsynliggjøres at driftsstøtte vil fremme en varig og balansert utvikling. Siden dommen gjaldt tolkningen av bokstav a, må dette gjelde enda mer for bokstav c.⁴²⁵

Førsteinstansen ga i *Hotel Cipriani* uttrykk for en tilsvarende streng fortolkning av driftsstøtteunntak knyttet til retningslinjene fra 1988:

« (...) the exceptional nature of operating aid are clear from the Communication of 12 August 1988. Moreover, such an interpretation of that communication is essential inasmuch as it is fully in accordance with the objective underlying the regional derogations provided for in Article 87(3)(c) EC, which is to facilitate the development of certain economic areas, without adversely affecting trading conditions to an extent contrary to the common interest. »⁴²⁶

EU-domstolen opprettholdt dommen, og sluttet seg uttrykkelig til synspunktet om at driftsstøtte kun kunne anses forenlig med det indre marked i «exceptional circumstances».⁴²⁷ Dette var den samme omformulering av retningslinjene som i *Tyskland mot Kommisjonen*. Det er også verdt å merke seg at førsteinstansen presiserte at en slik tolkning av retningslinjene var nødvendig for å ivareta formålet bak unntakshjemmelen i bokstav c. Det er nærliggende å

oversatt med «usedvanlige omstendigheter». I teksten videre velger jeg stort sett å bruke «usedvanlig» som oversettelse for «exceptional».

⁴²⁴ Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10) punkt I.6

⁴²⁵ Jf. at Kommisjonen generelt har større adgang til å godkjenne regionalstøtte etter bokstav a enn bokstav c. Dette ble særskilt understreket i sak T-380/94 (ECLI:EU:T:1996:195) *AIUFFASS mot Kommisjonen* avsnitt 55.

⁴²⁶ Forente saker T-254/00, T-270/00, T-277/00 (ECLI:EU:T:2008:537) *Hotel Cipriani SpA m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 286.

⁴²⁷ Forente saker C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P (ECLI:EU:C:2011:368) *Comitato 'Venezia vuole vivere' m.fl. mot Kommisjonen*, se særlig avsnitt 168.

forstå formuleringen slik at unntakshjemmelen ikke kan anses å tillate støtte utover ved «exceptional circumstances».

I *Øresund* fra 2018 la førsteinstansen til grunn at det kunne utledes en presumsjon fra rettspraksis for at driftsstøtte var uforenlig med det indre marked. Førsteinstansen mente derfor at driftsstøtte som hovedregel («as a general rule») ikke kunne hjemles i unntaksbestemmelsene.⁴²⁸ Dette er i grove trekk i overensstemmelse med en streng tilnærming, uten at det klargjøres konkret hva denne mer strenge tilnærming består av. Spørsmålet er imidlertid om den mer strengere tilnærming – eller hovedregelen om at driftsstøtte er uforenlig – kan formuleres mer presist.

En nærliggende tilnærming til hva en strengere forenlighetsvurdering består i er å kreve at forholdsmessighetskravet må gjelde for driftsstøtte som sådan. Det betyr særlig at det stilles et spesifikt krav om at *driftsstøtte* må være både nødvendig og egnet for å realisere en fellesinteresse. Dette er for det første i tråd med presumsjonen om uforenlighet som legges til grunn i *Øresund*: Det er først når driftsstøtte kan sannsynliggjøres som nødvendig og egnet, at presumsjonen kan anses snudd. For det andre er det i tråd med det grunnleggende synspunktet i *Tyskland om Kommisjonen* vedrørende regionalstøtte, nemlig at den må være sannsynlig at driftsstøtte fører til en varig og balansert utvikling. Også dette kan sies først å være tilfelle om man kan påvise at driftsstøtte er nødvendig og egnet til å fremme regional utvikling.

For det tredje har et spesifikt forholdsmessighetskrav for driftsstøtte også en viss støtte i førsteinstansens etterfølgende argumentasjon i *Øresund*. Kommisjonen hadde vurdert støtte som forenlig med det indre marked, uten å vurdere nærmere om den utgjorde driftsstøtte. Førsteinstansen påpekte at det trolig var tale om driftsstøtte, og viste videre til at støtte til denne delen av tiltaket ikke var «subject of a particular compatibility analysis».⁴²⁹ Kommisjonens forenlighetsvurdering var av denne grunn utilstrekkelig. Førsteinstansen kan forstås slik at det var i denne konkrete saken det var nødvendig med en særlig

⁴²⁸ Sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 104.

⁴²⁹ Sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries m.fl. mot Kommisjonen* avsnitt 108.

forenlighetsvurdering for driftsstøtteelementet. Den kan imidlertid også forstås slik at driftsstøtte generelt må være gjenstand for en særlig forenlighetsvurdering.

For det fjerde er et spesifikt forholdsmessighetskrav for driftsstøtte enklere å forstå og anvende, enn et krav om at driftsstøtte generelt skal vurderes «strengt», og forbeholdes usedvanlige tilfeller. Et spesifikt krav om forholdsmessighet er derfor en praktisk måte å oppnå en streng tilnærming, forbeholdt de ekstraordinære tilfellene.

På denne bakgrunn taler de beste grunner for at forholdsmessighetskravet må anvendes spesifikt på driftsstøtte, og dermed også at anvendelsen av retningslinjer må være i tråd med et krav til at driftsstøtten tilfredsstillende forholdsmessighetskravet.

Siden det er rom for en annen forståelse av rettspraksis, peker jeg avslutningsvis på at den materielle betydningen av hvorvidt det skal gjelde et spesifikt forholdsmessighetskrav for driftsstøtte ikke nødvendigvis er stor. Dette fordi det uansett er på det rene at driftsstøtte skal vurderes strengt.

3.4.6. Oppsummering

Spørsmålet i kapitlet var hvordan domstolsprøvingen av forholdsmessighet foretas når forenlighetsvedtak er styrt av retningslinjer. Bildet i rettspraksis er generelt at retningslinjer må tilsidesettes når de medfører en tydelig eller vesentlig svikt i forholdsmessigheten ved tiltaket. Det er få spor hos førsteinstansen eller EU-domstolen av at svakheter i forholdsmessigheten forsvares ut i fra hensynet til generelle regler og forenkling. I *Sardinia mot Kommisjonen* fulgte ikke EU-domstolen generaladvokat Bot's formaning om å akseptere formalkrav for å effektivisere saksbehandlingen. Retningslinjer synes derfor i utgangspunktet å ha begrenset påvirkning på domstolenes forholdsmessighetsprøving.

Dette innebærer at både for den inneværende RDA-godkjenningen – og for fremtidige forenlighetsvedtak – spiller ikke nødvendigvis retningslinjene noen avgjørende rolle. Det mest vesentlige er normalt hvorvidt tiltaket kan begrunnes som forholdsmessig, og i mindre grad hvorvidt det tilfredsstillende kriterier i retningslinjer. Fordi formålet med retningslinjer nettopp er å sørge for forholdsmessige statsstøttetiltak, er det imidlertid bare unntaksvis at det blir

tale om noen motsetning. Innholdet i retningslinjer vil normalt utpense forholdsmessighetsprøvingen på god måte. Det normale er dermed at vedtak forankret i retningslinjer underbygger forholdsmessigheten bedre enn ellers.

Når det gjelder prøvingsintensiteten, er denne vanskelig å lese ut fra rettspraksis. Hovedinntrykket er at det kreves en tydelig svikt i forholdsmessigheten, men heller ikke mer. Intensiteten i domstolsprøvingen synes derfor å være i stor grad lik for forholdsmessighetsprøving av forenlighetsvedtak forankret i retningslinjer, og forenlighetsvedtak som ikke er forankret i retningslinjer. Paul Craig beskriver som nevnt domstolsprøvingen på statsstøtteområdet som «medium intensity review».⁴³⁰ Dette synes grovt sett å være dekkende når vedtak er forankret i retningslinjer. Jeg mener en dekkende formulering er at *tydelig svikt* i forholdsmessigheten ikke tillates.

EU-domstolens strenge tilnærming til driftsstøtte generelt tilsier samtidig at prøvingen er mer intens for godkjenninger av driftsstøtte. Sannsynligvis må rettspraksis forstås slik at driftsstøtte er underlagt et spesifikt forholdsmessighetskrav. I alle tilfeller skal det mindre til for å annullere godkjenninger av driftsstøtte, enn godkjenninger av investeringsstøtte.

EU-domstolens forholdsmessighetsprøving av retningslinjer kan også illustrere hvorfor denne form for prøving er mer aktuell enn en prosessuell prøving av plikten til grundig saksbehandling gjennomgått under punkt 3.2.4.. Siden retningslinjer anerkjennes som bindende, vil det være problematisk å fravike retningslinjer basert på en slik prosessuell plikt. Forholdsmessighetsprøving gjør det på sin side mulig å fravike retningslinjer når tungtveiende grunner taler for det, uten at man rokker ved synspunktet om at retningslinjer er bindende.

Et siste spørsmål som kan berøres, er om prøving av hvorvidt Kommisjonen overholder egne retningslinjer har noen praktisk betydning ved siden av forholdsmessighetsprøvingen. Den rettspraksis som er gjennomgått her knytter seg til tilfeller hvor retningslinjer står i et problematisk forhold til forholdsmessighetskravet. I slike tilfeller har retningslinjer forholdsvis begrenset betydning, fordi EU-domstolen både aksepterer og ofte også krever at retningslinjer tolkes og fravikes for å sikre en best mulig forholdsmessighetsvurdering. Motsatt situasjon kan

⁴³⁰ Jf. Paul Craig, *EU Administrative Law*, 3. utgave, Oxford 2019 på side 465.

imidlertid også foreligge, nemlig at retningslinjene er uttrykk for en god forholdsmessighetsvurdering. I slike tilfeller vil domstolsprøvingen av om retningslinjene er overholdt få større praktisk betydning. For å fravike egne retningslinjer, må Kommisjonen antakelig ha en overbevisende argumentasjon om at dette er nødvendig for å overholde forholdsmessighetsprinsippet.⁴³¹

3.5. Forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak

3.5.1. Innledning

Slik regelverket i dag er utformet, er det nærliggende at gruppeunntaksforordningen kan bli sentral for RDA-ordningen fremover. Som redegjort for under punkt 1.3.2. ble det i 2017 innført et gruppeunntak som kan romme RDA-ordningen, og som per dags dato er tatt i bruk for sektorene energi og transport. Gruppeunntak skiller seg også vesentlig fra retningslinjer i deres rolle, hvordan de skal tolkes, og hvordan eventuelt forholdsmessigheten av gruppeunntak prøves. Det er derfor nødvendig med en særskilt behandling av dette.

Det å regulere forenlighet gjennom gruppeunntak er et forholdsvis nytt fenomen. Det ble første gang benyttet for små- og mellomstore bedrifter i 2001.⁴³² Omfanget av gruppeunntak har økt betydelig de senere år. Dette gjelder særlig ved vedtakelsen av den generelle gruppeunntaksforordningen av 2008, som igjen ble erstattet av en ny gruppeunntaksforordning av 2014.⁴³³ Det er foreløpig begrenset med rettspraksis knyttet til gruppeunntak. Dette skyldes både at det er tale om en ny form for regulering. I tillegg er det flere trekk ved reguleringen av gruppeunntak som medfører at disse i mindre grad blir gjenstand for tvister for de europeiske domstolene.

Det vesentlige skillet mellom gruppeunntak og retningslinjer, er at gruppeunntak ikke bare oppstiller nærmere vilkår for forenlighet, men at gruppeunntak også fritar statsstøtte fra

⁴³¹ Sak C-313/90 (ECLI:EU:C:1993:111) *CIRFS mot Kommisjonen* kan støtte en slik forståelse.

⁴³² Kommisjonsforordning 70/2001 av 12. januar 2001 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 87 og 88 på statsstøtte til små og mellomstore virksomheter, OJ L 010, 31. januar 2001 side 33-42.

⁴³³ Kommisjonsforordning 800/2008 av 6. august 2008 om visse former for støttekategoriers forenlighet med det felles markedet i henhold til traktatens artikkel 87 og 88, OJ L 214, 09. august 2008 side 3-47 (heretter «GBER 2008») og Kommisjonsforordning 651/2014 av 17. juni 2014 om visse støttekategoriers forenlighet med det indre marked i henhold til traktatens artikkel 107 og 108, OJ L 187, 26. juni 2014 side 1-78 (heretter «GBER 2014»)

notifikasjonsplikt. Gruppeunntaksforordningen hjemler således støtte som kan gjennomføres uten noen videre notifikasjon eller godkjenningsvedtak. Det stiller også strengere krav til utformingen av gruppeunntak. Mens retningslinjer på sin side kan overlate problematiske sider av forenlighetsvurderingen til den senere saksbehandlingen i forlengelsen av en notifikasjon, må gruppeunntak uttømmende regulere betingelsene for forenlighet.

Formålet med å vedta gruppeunntak i stedet for retningslinjer fra Kommissjonens side er at det gir en vesentlig enklere saksbehandling, og større forutberegnelighet. Dermed frigjør gruppeunntak administrative ressurser, som da kan konsentreres om de mer problematiske sakene.⁴³⁴ Det at støtte gjennomføres uten notifikasjon og godkjenning, stiller også krav til at reglene må være klare og uttømmende. Av denne grunn bidrar derfor gruppeunntaksforordningen til større forutberegnelighet for medlemsstater og foretak.

For at gruppeunntak skal føre til at Kommissjonen får frigjort administrative ressurser, er det en forutsetning at medlemsstatene velger å bruke gruppeunntakene. Medlemsstatene kan velge å notifisere støtten om de av forsiktighetshensyn ønsker et godkjenningsvedtak. Dersom gruppeunntakene ikke oppleves som forutberegnelige, vil medlemsstatene trolig være mer tilbøyelig til å notifisere støtten. Kommissjonen har imidlertid oppnådd høy bruk av gruppeunntak: 80% av statsstøttetiltak rapportert i 2016 benyttet seg av disse. For nye tiltak var andelen 97%.⁴³⁵

Gjennomgangen av retningslinjene viser at spørsmålet om forholdsmessighet ofte kan løses gjennom skjønn og fleksibilitet i tolkningen og anvendelsen av retningslinjer. Rommet for skjønn og fleksibilitet er imidlertid vesensforskjellig for gruppeunntak, enn for retningslinjer. Før jeg vurderer forholdsmessighetsprøvingen nærmere, skal jeg derfor redegjøre for de sentrale prinsipper for tolkningen av gruppeunntak. Spørsmålene kapitlet drøfter, har både betydning for den rettsdogmatiske gjennomgangen av dagens gruppeunntak i kapittel fem, og for den rettspolitiske vurderingen i kapittel seks. Før jeg drøfter tolkning og

⁴³⁴ GBER 2014 fortalens avsnitt 3.

⁴³⁵ Jf. Kommissjonens Competition DG, «State Aid Scoreboard 2017: Results, trends and observation regarding EU28 State Aid expenditure reports for 2016», Brussel 2017 (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_%202017.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019) på side 14.

forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak, vil jeg imidlertid redegjøre kort for kompetansen til å vedta gruppeunntak gjennom forordninger.

3.5.2. Kompetansen til å vedta gruppeunntak i forordnings form

Hjemmelen for å vedta gruppeunntak er forankret i TEUV artikkel 109. Etter TEUV artikkel 109 kan Rådet vedta:

« (...) any appropriate regulations for the application of Articles 107 and 108, and may in particular determine the conditions in which Article 108(3) shall apply and the categories of aid exempted from this procedure. »

Bestemmelsen gir en generell hjemmel til å regulere anvendelsen av traktatens bestemmelse om statsstøtte. Deretter peker den særlig på notifikasjonskravet i artikkel 108 (3), og at forordningen kan frita støttekategorier fra dette kravet. Bestemmelsen gir imidlertid Rådet kompetansen til å vedta slike forordninger. Rådet har på sin side delegert denne kompetansen videre til Kommisjonen gjennom bemyndigelsesforordningen (den såkalte «enabling regulation»). I bemyndigelsesforordningen artikkel 1 er følgende nedfelt:

« The Commission may, by means of regulations adopted in accordance with the procedure laid down in Article 8 of this Regulation and in accordance with Article 107 TFEU, declare that the following categories of aid are compatible with the internal market and are not subject to the notification requirements of Article 108(3) TFEU: (...) »⁴³⁶

Bemyndigelsesforordningen gir således Kommisjonen kompetanse både til å frita grupper av støtte fra notifikasjonskravet, og for å erklære støtten forenlig med det indre marked. Gruppeunntaksforordningen gjør begge deler.⁴³⁷ Gruppeunntak regulerer derfor hvilken

⁴³⁶ Rådsforordning 2015/1588 av 13. juli 2015 om anvendelse av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte på visse former for horisontal statsstøtte, OJ L 248, 24. september 2015, side 9-29, artikkel 1. Bemyndigelsesforordningen av 2015 avløste den tidligere bemyndigelsesforordningen av 1998, se Rådsforordning 994/98 av 7. mai 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid.

⁴³⁷ Jf. GBER 2014 artikkel 3.

statsstøtte som er forenlig med det indre marked.⁴³⁸ I dette ligger det også at gruppeunntak de ikke kan anvendes antitetisk. Gruppeunntak regulerer altså ikke hvilke tiltak som ikke er forenlig med det indre marked. Dersom et støttetiltak er utenfor gruppeunntakene, kan medlemsstatene notisere tiltaket, og har krav på å få tiltaket vurdert etter en alminnelig prosess.⁴³⁹

Det er ikke oppstilt noen nærmere vilkår for når Kommisjonen kan vedta gruppeunntak. Dette vil dermed i utgangspunktet være opp til Kommisjonen å avgjøre. Men bemyndigelsesforordningen bygger på en forutsetning om at gruppeunntak skal anvendes på områder hvor Kommisjonen har «sufficient experience to define general compatability criteria».⁴⁴⁰

EU-domstolen har i tillegg understreket at gruppeunntak skal benyttes for å styrke kontrollen med statsstøttetiltak, og at de ikke skal svekke Kommisjonens kontroll på området. Dette ble første gang formulert i *Dilly's Wellnesshotel*:

« While the Commission is authorised to adopt such regulations, with a view to ensuring efficient supervision of the competition rules concerning State aid and simplifying administration, without weakening Commission monitoring in that area, the aim of such regulations is also to increase transparency and legal certainty. »⁴⁴¹

I den senere avgjørelsen *BMW mot Kommisjonen*, føyde EU-domstolen til at Kommisjonens kontroll ikke på noen måte skulle svekkes gjennom gruppeunntak.⁴⁴² EU-domstolens understreking av behovet for effektiv statsstøttekontroll, og forutsetningen om at gruppeunntak skal bygge på tilstrekkelig erfaring, er begge relevante når man skal vurdere tolkning og forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak.

⁴³⁸ Dette er også presisert av EU-domstolen i sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot Kommisjonen* avsnitt 147.

⁴³⁹ Jf. blant annet Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 103 og side 162 og Phillip Werner og Vincent Verouden, *EU State Aid Control – Law and Economics*, Wolters Kluwer 2016 side 357

⁴⁴⁰ GBER 2014 fortalens fjerde avsnitt.

⁴⁴¹ Sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:577) *Dilly's Wellnesshotel GmbH mot Finanzamt Linz* avsnitt 38. Standpunktet ble gjentatt i Sak C-349/17 (ECLI:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus* avsnitt 60.

⁴⁴² sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot Kommisjonen* avsnitt 141.

3.5.3. Tolkningen av gruppeunntak

Det er en rekke særlige hensyn ved tolkningen av gruppeunntak som skiller gruppeunntak fra retningslinjer. For det første kan det pekes på at gruppeunntak uttømmende regulerer vilkårene for forenlighet. Vanskelige spørsmål kan ikke løses gjennom en påfølgende skjønnsutøvelse. For det andre er det et grunnleggende formål bak gruppeunntakene at de skal gi forenkling og forutberegnelighet. Også dette tilsier at man ikke kan ta like mye hensyn til rimelige resultater i enkelttilfeller som ved retningslinjer. Disse synspunktene bekreftes også av rettspraksis.

De særlige hensyn ved tolkningen av gruppeunntak kommer godt frem i dommen *Eesti Pagar*. Dommen gjaldt gruppeunntaksforordningen fra 2008 sitt krav til incentiveeffekt. Saken gjaldt forordningens krav til incentiveeffekt. Kravet til incentiveeffekt var utformet som et formalkrav slik tilfellet ofte også er i retningslinjer – søknaden måtte være sendt før arbeidet startet. Spørsmålet var om incentiveeffekt kunne godtgjøres på andre måter dersom formalkravet ikke var oppfylt. Med andre ord var problemstillingen identisk med den i *Sardinia* knyttet til retningslinjene (omtalt i punkt 3.4.4.2. foran). EU-domstolen kom imidlertid til motsatt standpunkt når det gjaldt gruppeunntak. For disse måtte formalkravet om incentiveeffekt forstås som uttømmende.

Domstolen fremholdt i den forbindelse at som grunnlag for unntak fra notifikasjonsplikten, måtte forordningen tolkes strengt.⁴⁴³ Videre viste den til at formålene om effektiv overvåking av statsstøttereglene, forenkling av byråkrati, gjennomsiktighet, forutberegnelighet, og lik anvendelse av gruppeunntak gjennom hele EU, tilsa at kriteriene for anvendelsen av unntak måtte være «clear and easily enforceable by the national authorities».⁴⁴⁴ Det var ingenting i forordningen som tilsa at de nasjonale myndighetene kunne konstatere incentiveeffekt på annet grunnlag.⁴⁴⁵ Dersom formalkravet ikke var oppfylt, kunne det altså ikke dokumenteres på andre måter etter gruppeunntaksforordninger.

⁴⁴³ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtluse Arendamise Sihtasutu* avsnitt 60.

⁴⁴⁴ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtluse Arendamise Sihtasutu* avsnitt 61.

⁴⁴⁵ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtluse Arendamise Sihtasutu* avsnitt 67.

Hensynet til en streng tolkning og enkelt anvendelige regler underbygges også av den andre problemstillingen i *Eesti Pagar*. Denne problemstillingen gjaldt spørsmålet på hvilket tidspunkt arbeid med prosjektet måtte ansees som påbegynt. Forordningen definerte ikke dette noe utover frasen «...work on the project or activity has started». EU-domstolen viste til at etter de parallelle retningslinjene var tilsvarende krav presisert til enten starten på entreprisarbeider, eller «the first firm commitment to order equipment, excluding preliminary feasibility studies». Domstolen slo fast at en slik definisjon var tydelig og lett å håndheve av nasjonale myndigheter. Denne måtte derfor anvendes for forordningen. Den nasjonale domstol måtte således ta stilling til om det var inngått en bindende kontrakt om utstyr for prosjektet. Derimot kunne den nasjonale domstol ikke vektlegge om det var mulig å trekke seg fra kontrakten uten store kostnader. Dersom uforbeholden og bindende kontrakt var inngått, måtte prosjektet således anses som påbegynt.⁴⁴⁶ EU-domstolen viste uttrykkelig til at standpunktet var annerledes enn i *Sardinia*, nettopp fordi gruppeunntakene skulle anvendes direkte av nasjonale myndigheter, og ikke var gjenstand for skjønnsutøvelse fra Kommisjonen.⁴⁴⁷

En streng tolkning i samsvar med ordlyden underbygges også av EU-domstolens avgjørelse i *Dilly's Wellnesshotel*. Forholdet her var at en Østerriksk støtteordning var innført gjennom et lovvedtak. Dette nasjonale lovvedtaket viste imidlertid ikke uttrykkelig til gruppeunntaksforordningen slik det var påkrevd etter GBER 2008 artikkel 3(1). Spørsmålet var hvilken betydning denne feilen skulle ha. På andre rettsområder kunne EU-domstolen vært mer tilbøyelig til å anse en slik feil til å være av prosessuell art, og ikke ha betydning for lovligheten. EU-domstolen fastholdt imidlertid i dette tilfellet at bestemmelsen måtte forstås som et absolutt krav. Dette ble begrunnet med at formålet var å «increase transparency and legal certainty». Kravet om en konkret henvisning til forordningen var blant annet nødvendig for at eventuelle tredjeparter kunne forstå grunnlaget for ordningen, og eventuelt imøtegå den.⁴⁴⁸ Støtteordningen var derfor ikke hjemlet i gruppeunntaket.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtlike Arendamise Sihtasutu* avsnitt 71–82.

⁴⁴⁷ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtlike Arendamise Sihtasutu* avsnitt 78–79.

⁴⁴⁸ Jf. sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:577) *Dilly's Wellnesshotel GmbH* avsnitt 50.

⁴⁴⁹ Kravet om uttrykkelig henvisning til den aktuelle gruppeunntaksbestemmelsen ble for øvrig fjernet i GBER av 2014, se Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid*, 3. utgave, Oxford 2017 side 155.

Samme mer formalistiske tilnærming finner man i saken *Neera*. Spørsmålet gjaldt GBER 2008's definisjon av «undertaking in difficulty». Definisjonen etter GBER for små- og mellomstore bedrifter var at det måtte tilfredsstillte kriteriene etter nasjonal rett for å underlegges kollektiv insolvensbehandling. EU-domstolen fastslo at GBER måtte forstås etter ordlyden – det kunne ikke oppstilles noe ytterligere krav til at medlemsstatene vurderte konkret hvorvidt hvert enkelt selskap var i vanskeligheter.⁴⁵⁰

Tolkningen av gruppeunntak er således vesensforskjell fra tolkningen av retningslinjene. For gruppeunntakene legger EU-domstolen for dagen en streng forståelse av ordlyden. Innenfor rammen av ordlyden søker EU-domstolen tolkninger som er tydelige og enkle å håndheve for nasjonale myndigheter. Dette er i tråd med formålene bak gruppeunntakene.

Dette innebærer at synspunkter knyttet til hva som er god eller dårlig støtte i utgangspunktet ikke får nevneverdig betydning i tolkningen av unntaket. Tolkningen i seg selv bidrar derfor i mindre grad til å sørge for at gruppeunntakene kun tillater forholdsmessig støtte. I forlengelsen av dette er det nødvendig å drøfte to spørsmål. Det første er hvor strengt forholdsmessighetskrav som gjelder for gruppeunntak. Det andre er *hvordan* forholdsmessighetsprøvingen av gruppeunntak skal skje. Det er to tenkelige hovedspor: det ene er at man må foreta innskrenkende fortolkninger når det er nødvendig for å ivareta forholdsmessigheten. Det andre er at gruppeunntak må annulleres dersom de tillater uforholdsmessige statsstøttetiltak. Jeg behandler først spørsmålet om hvor inngripende forholdsmessighetskrav som må legges til grunn for gruppeunntak.

3.5.4. Hvor strengt forholdsmessighetskrav gjelder for gruppeunntak?

Siden gruppeunntak generelt tolkes strengt og i samsvar med ordlyden, vil svakheter i forholdsmessigheten i utgangspunktet ikke avbøtes gjennom tolkning. Samtidig er det ikke tvilsomt at forholdsmessighetskravet utgjør en skranke også for gruppeunntak. Det kan imidlertid reises spørsmål ved om forholdsmessighetsprøvingen av gruppeunntak er like

⁴⁵⁰ Sak C-245/16 (ECLI:EU:C:2017:521) *Neera SpA mot Regione Marche* avsnitt 30-39. Formålet om forenkling av reglene var fremhevet i fortalen konkret når det gjaldt definisjonen av foretak i økonomiske vanskeligheter.

intensiv som prøvingen av retningslinjer. Rettspraksis har ikke tatt stilling til slike tilfeller direkte, og problemstillingen må derfor i hovedsak drøftes på prinsipielt grunnlag.

På samme måte som for retningslinjene, må rekkevidden av forholdsmessighetskravet bero på en avveining mellom hensynet til å unngå skadelig støtte, og hensynet til generelle regler og forutberegnelighet. Det er naturlig å ta utgangspunkt i den terskel som gjelder for å gi forholdsmessighetskravet gjennomslag overfor retningslinjer og vedtak, nemlig at det er forbeholdt tydelig svikt i forholdsmessigheten. Et argument for en mindre inngripende prøving av gyldigheten til gruppeunntak, er at slik prøving vil svekke tilliten til gruppeunntak generelt. Medlemsstatene kan da tenkes å gjøre mindre bruk av gruppeunntak, og i stedet velge å notisere støtteordninger. I så fall undergraver man målsetningen om å frigjøre administrative ressurser. Dette hensynet er på sin side av mindre betydning i tilfeller hvor domstolen baserer seg på svakheter som knytter seg isolert til det aktuelle gruppeunntaket.

På den annen side har EU-domstolen uttrykkelig presisert at gruppeunntak skal sikre en mer effektiv statsstøttekontroll, og ikke på noen måte svekke Kommisjonens overvåking av medlemsstatenes statsstøtte. En mindre inngripende forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak vil gå på tvers av dette. Snarere er det i tillegg enkelte hensyn som taler for at forholdsmessighetsprøvingen bør være strengere for gruppeunntak. Gruppeunntak fraviker traktatens system med forhåndskontroll. I tillegg innebærer de at statsstøttetiltak kan gjennomføres direkte – uten noen nærmere konkret vurdering fra Kommisjonens side. Dette kan tilsa at gruppeunntak bør forbeholdes de *tydelig forholdsmessige* statsstøttetiltak. I så fall vil terskelen for å tilsidesette gruppeunntak være merkbart lavere, enn terskelen for å tilsidesette retningslinjer.

På denne bakgrunn kan det trolig utelukkes at EU-domstolen vil legge til grunn en mindre inngripende forholdsmessighetsprøving for gruppeunntak. Det er derimot mer tvilsomt om man vil legge til grunn en tilsvarende prøving, eller eventuelt en noe strengere prøving. En strengere forholdsmessighetsprøving kan imidlertid være vanskelig å forene med Kommisjonens utstrakte bruk av gruppeunntak. Det er derfor mest sannsynlig at EU-domstolen som utgangspunkt vil legge til grunn en forholdsmessighetsprøving for gruppeunntak som tilsvarer prøvingen av retningslinjer.

Det er imidlertid vært å være oppmerksom på at spørsmålet om forholdsmessighet av gruppeunntak kan oppstå på ulike måter, og at dette i seg selv kan påvirke intensiteten i forholdsmessighetsprøvingen.

For det første kan det oppstå spørsmål om retningslinjene og godkjenningsvedtakene som gruppeunntaket bygger på, er uttrykk for en holdbar anvendelse av forholdsmessighetskravet. Det kan særlig være aktuelt i tilfeller hvor den aktuelle praksis i liten grad har vært prøvd ved domstolene før gruppeunntaket innføres. For det andre kan det oppstå spørsmål om forholdsmessigheten av gruppeunntak i tilfeller hvor Kommisjonen innfører fritak som i vesentlig grad avviker fra den praksis fritaket bygger på. Begge disse typetilfeller forekomme når det gjelder RDA-ordningen.

Den første situasjonen – hvor forholdsmessigheten ved gruppeunntak problematiseres ut fra svakheter ved den bakenforliggende praksis – har ikke forekommet i rettspraksis. I den grad man skal prøve forholdsmessigheten ved gruppeunntak, er det imidlertid vanskelig å komme utenom å se hen til den bakenforliggende praksis. Fordi avveiningen i gruppeunntak ikke blir begrunnet, er det vanskeligere å identifisere mangler ved forholdsmessigheten. Det vil derfor normalt være nødvendig å analysere den praksis som gruppeunntaket bygger på, for å identifisere slike svakheter.

Det andre tilfellet – hvor gruppeunntaket går vesentlig lengre enn den bakenforliggende praksis – er på sin side *noe* berørt i rettspraksis. To avgjørelser trekker her i hver sin retning.

I *Belgia mot Kommisjonen* anførte Belgia at et gruppeunntak var ugyldig fordi det var strengere enn den etablerte Kommisjonspraksis. EU-domstolen viste til at bakgrunnen for gruppeunntak var Kommisjonens «considerable experience». I dette lå det implisitt at Kommisjonen burde ta hensyn til denne praksis når man fastsatte gruppeunntak. Likevel kunne ikke Kommisjonens kompetanse være begrenset til å kodifisere gjelde praksis. Kommisjonen måtte kunne bruke erfaringen «...to lay down new criteria, including even stricter than the existing ones».⁴⁵¹ Slik EU-domstolen formulerer seg, kan gruppeunntak både være strengere eller romsligere overfor statsstøttetiltak enn tidligere praksis. Det at gruppeunntaket er romsligere enn

⁴⁵¹ Sak C-110/03 (ECLI:EU:C:2005:223) *Belgia mot Kommisjonen* avsnitt 53.

tidligere praksis, vil tilsynelatende ikke i seg selv tilsi noen strengere prøving av forholdsmessigheten.

I utgangspunktet burde *strengere* gruppeunntak være minst problematisk: Medlemsstatene kan uansett notifisere tiltak gruppeunntaket ikke hjemler, og «rammes» derfor ikke av gruppeunntak som er strengere enn tidligere vedtakspraksis. Bemerkningen om at *til og med* en strengere regulering skal være mulig, er derfor vanskelig å forstå logikken bak. Dommen er imidlertid preget av at den verken tar hensyn til – eller nevner – muligheten for å få godkjent støtte utenom gruppeunntak gjennom notifikasjon og vedtak. Fordi dommen synes å overse dette forholdet, bør man være varsom med å trekke slutninger fra dommen når det gjelder spørsmålet om gruppeunntak som avviker fra tidligere praksis.

Den andre saken som drøfter betydningen av den bakenforliggende praksis gruppeunntak bygger på, er saken *Østerrike mot Kommisjonen*. Kommisjonen hadde avslått en notifisert ordning med støtte til fornybar energi. Østerrike anførte imidlertid også at tiltaket var forenlig med det indre marked etter gruppeunntaksforordningen 2008 artikkel 25. Førsteinstansen konkluderte med at tiltaket falt utenfor gruppeunntakets ordlyd. Den tidligere historikken ble imidlertid trukket frem som et støtteargument for tolkningen. I denne forbindelse fremhevet førsteinstansen praksis som utgangspunkt for gruppeunntaket. I forlengelsen av dette uttalte den at Kommisjonen:

« (...) was correct to emphasise at the hearing that that regulation must be interpreted narrowly, since it addressed only situations in relation to which the Commission had much experience and in relation to which it could thus adopt a general exemption.»⁴⁵²

Dommen gir derfor støtte for at gruppeunntak helst bør tolkes slik at de ikke omfatter statsstøttetiltak utover det tidligere praksis har funnet forenlig med det indre marked. Dermed åpner dommen for å prøve forholdsmessigheten ved å sammenholde gruppeunntak med tidligere praksis som gruppeunntak bygger på. Prinsipielt vil det være noe mindre betenkelig for EU-domstolen å tilsidesette gruppeunntak i slike tilfeller. For det første kan EU-domstolen støtte seg på forutsetningen i bemyndigelsesforordningen om at gruppeunntak

⁴⁵² Sak T-251/11 (ECLU:EU:T:2014:1060) *Østerrike mot Kommisjonen* avsnitt 205.

forutsetter tilstrekkelig erfaring. For det andre vil det være enklere å isolere en slik svikt slik at den ikke skaper tvil rundt gruppeunntak mer generelt: Gruppeunntak som er en videreføring av tidligere praksis, vil neppe oppfattes som upålitelige om EU-domstolen tilsidesetter et gruppeunntak som gikk lengre enn tidligere statsstøttepraksis. Akkurat hvor langt et slikt syn kan strekke seg, er tvilsomt. Men generelt vil antakelig EU-domstolen være noe mer tilbøyelig til å tilsidesette gruppeunntak som gir romsligere adgang til statsstøtte enn tidligere praksis etter retningslinjer og godkjenningsvedtak.

Forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak er imidlertid preget av lite rettspraksis, og rettstilstanden er generelt noe usikker.

3.5.5. Tolkning eller annullering for å sikre forholdsmessighet?

Dersom det foreligger kvalifisert svikt i forholdsmessigheten ved et gruppeunntak, reiser dette spørsmål om hvordan motstriden mellom forholdsmessighetskravet og gruppeunntaket skal løses. I prinsippet kan det løses på to måter. Enten kan gruppeunntaket tolkes innskrenkende, eller så kan det omtvistede gruppeunntaket annulleres på grunn av strid med forholdsmessighetskravet.

Som nevnt i tilknytning til retningslinjene, skal rettsakter så langt som mulig skal tolkes slik at gyldigheten ikke trekkes i tvil.⁴⁵³ Som utgangspunkt bør derfor forholdsmessigheten ivaretas gjennom en innskrenkende tolkning av gruppeunntaket. I saken *Østerrike mot Kommisjonen* gjennomgått foran, peker EU-domstolen i nettopp en slik retning når det gjelder gruppeunntak som er romsligere enn den tidligere praksis de bygger på. En slik tilnærming underbygges også av hensynet til tillit til gruppeunntak. Dersom gruppeunntak annulleres i tilfeller hvor de heller kunne vært tolket innskrenket, vil medlemsstater antakelig i vesentlig mindre grad velge å benytte seg av dem.

En innskrenkende fortolkning må imidlertid også ivareta kravet om at gruppeunntak skal være klare og enkle å håndheve for nasjonale myndigheter, slik det fremgikk av *Eesti Pagar*.⁴⁵⁴ Forutsetningen for å løse motstrid mellom gruppeunntak og forholdsmessighetskravet

⁴⁵³ Jf. forente saker C-402/07 og 432/07 (ECLI:EU:C:2007:619) *Sturgeon* avsnitt 47 med videre henvisninger til eldre rettspraksis.

⁴⁵⁴ Sak C-349/17 (ECLU:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus* avsnitt 61.

gjennom tolkning, er således at det er mulig for EU-domstolen å gi en tydelig innskrenkende fortolkning. Denne innskrenkende fortolkningen må både sørge for at gruppeunntaket ikke lenger åpner for uforholdsmessig støtte, samtidig som gruppeunntaket fremdeles må kunne tas i bruk av forholdsmessig støtte. Det er ikke gitt at det alltid vil være mulig å identifisere en slik innskrenkende fortolkning. I motsatt fall må gruppeunntaket antakelig annulleres.

Hvorvidt forholdsmessigheten ivaretas gjennom en innskrenkende tolkning eller annullering, har også betydning for hvordan homogenitet i EFTA-pilaren ivaretas. Dette drøftes nærmere under punkt 3.7.

3.6. Prosessregler som forutsetning for forholdsmessighetsprøving

3.6.1. Hvilke prosessregler påvirker domstolsprøvingen?

Det er enkelte prosessuelle spørsmål som har særlig betydning for en analyse av om RDA-godkjenningen overholder forholdsmessighetskravet. Godkjenningsvedtaket er for det første fattet etter den såkalte forenklete prosedyre. Dette innebærer et ytterligere prøvingsgrunnlag – nemlig om det var hjemmel for å fatte godkjenningsvedtaket etter denne prosedyren. Dette kapitlet skal for det første redegjøre for hvilken betydning dette har for drøftelsen av godkjenningsvedtaket.

Et annet prosessuelt spørsmål av betydning er i hvilken grad vedtak kan *delvis* annulleres. Som gjennomgått i kapittel 1, er det grunn til å tro at RDA-ordningens begrunnelse er svakere i visse geografiske områder. Dette medfører at spørsmålet om delvis geografisk annullering er særlig aktuelt. Dersom gyldigheten av RDA-vedtaket kan vurderes for et begrenset geografisk område, vil også spørsmålet om tydelig svikt i forholdsmessigheten kunne knyttes til et avgrenset geografisk område. I så fall er det mulig at godkjenningsvedtaket kan annulleres for visse kommuner, eller visse soner, uten at RDA-godkjenningen i sin helhet lider av noen vesentlig vurderingssvikt. Spørsmålet om delvis geografisk annullering henger også nært sammen med et annet spørsmål, nemlig hvilke rettssubjekter som kan angripe

godkjenningsvedtaket. I den grad lokale og regionale myndigheter og foretak kan anlegge annulleringssøksmål, vil spørsmål om delvis geografisk annullering lettere komme på spissen.

Betydningen av at godkjenningsvedtaket er fattet etter den forenklete prosedyre, adgangen til delvis geografisk annullering, og hvilke rettssubjekter som har søksmålsadgang, er således av interesse for den påfølgende drøftelsen av godkjenningsvedtakets materielle holdbarhet. I tillegg til dette kommer reglene om søksmålsfrist. Kapitlet skal derfor drøfte disse spørsmål. Øvrige prosessuelle spørsmål berøres ikke her. En rekke fremstillinger behandler disse generelt.⁴⁵⁵

3.6.2. Vedtak fattet etter forenklet prosedyre

I tillegg til ugyldighet som følge av materielle mangler kan vedtaket kjennes ugyldig på prosessuelt grunnlag. Prosessuelle mangler generelt behandles ikke i denne avhandlingen. Det som imidlertid særskilt må bemerkes, er at godkjenningsvedtaket er fattet basert på kun en foreløpig gransking.⁴⁵⁶ Godkjenningsvedtaket kan derfor annulleres på prosessuelt grunnlag dersom det objektivt sett var tvil om støttetiltaket var forenlig med EØS-avtalen.⁴⁵⁷ Denne prosessuelle mangelen er således nært knyttet til de materielle krav som stilles for at statsstøtte kan være forenlig med EØS-avtalen. Terskelen for annullering er noe lavere, da det er tilstrekkelig at det er tvil om forenligheten. Samtidig er annullering på dette grunnlag midlertidig. Såfremt det ikke er de materielle vilkår, men kun vilkåret om tvil som er problemet, kan ESA i prinsippet treffe et innholdsmessig identisk vedtak etter å ha gjennomført en formell undersøkelse. Det er derfor ikke hensiktsmessig å gjøre dette prosessuelle kravet til gjenstand for en løpende drøftelse i behandlingen av godkjenningsvedtaket. I hvilken grad det er tvil om forenligheten av RDA-ordningen vil fremkomme av drøftelsene.

⁴⁵⁵ Se blant annet Conor Quigley, *European State Aid Law and Policy*, 3. utgave, Oregon 2015, kapittel 19.

⁴⁵⁶ ODA protokoll 3 artikkel 4 nr. 3

⁴⁵⁷ Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 103 – 107.

3.6.3. Hvem kan angripe godkjenningsvedtak

Hvem som kan angripe godkjenningsvedtak er i EØS-avtalen regulert i ODA artikkel 36. Det følger av bestemmelsens første ledd at EFTA-statene har generell adgang til å angripe ESAs vedtak. Det er således ikke noe krav om at statene må godtgjøre en interesse i utfallet.⁴⁵⁸ Søksmålsadgangen etter første ledd er imidlertid forbeholdt EFTA-statene. Bestemmelsen gir ikke generell søksmålsadgang for EU-stater. Søksmålsadgang for EU-statene er ikke utelukket, men må eventuelt følge av annet ledd.⁴⁵⁹

ODA artikkel 36 annet ledd hjemler søksmålsadgang for parter vedtaket retter seg mot, og andre tilstrekkelig berørte parter. Godkjenningsvedtak for RDA-ordningen er rettet mot Norge. Spørsmålet i disse tilfellene hvilke andre parter som er tilstrekkelig berørt. Vilkåret etter ODA artikkel 36 annet ledd for disse er at vedtakene må angå vedkommende «direkte og personlig».⁴⁶⁰ EFTA-domstolen har lagt til grunn at bestemmelsen må tolkes på samme måte som tilsvarende bestemmelse i TEUV artikkel 230 fjerde ledd.⁴⁶¹

I anvendelsen av kravet om å være direkte og personlig berørt, har rettspraksis etablert et avgjørende skille mellom statsstøttesaker som er avgjort etter en foreløpig behandling, og saker som er avgjort etter en formell behandling.⁴⁶² Grunnen til dette er at en formell behandling sikrer at alle berørte parter («other interested parties») får anledning til å kommentere saken.⁴⁶³ Dersom vedtak fattes etter den forenklede prosedyren, mister disse dermed høringsretten. De med høringsrett i en formell prosedyre anses derfor som tilstrekkelig berørt av godkjenningsvedtak som fattes etter den forenklede prosedyren.⁴⁶⁴

⁴⁵⁸ Jf. også Per Christiansan, «Article 36 – Action for annulment», i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red.) Oslo 2018 side 1042.

⁴⁵⁹ Jf. blant annet Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 278 – 279 i petit.

⁴⁶⁰ Jf. ODA artikkel 36 annet avsnitt.

⁴⁶¹ Jf. blant annet sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 46 – 48 og sak E-2/94 *Scottish Salmon Growers Association Limited mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 11 – 13.

⁴⁶² Se nærmere hos Fernando Pastor Merchante, «On the Rules of Standing to Challenge State Aid Decisions Adopted at the End of the Preliminary Phase», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 2012, side 601 – 610.

⁴⁶³ Jf. ODA protokoll 3 del II artikkel 6 nr. 1.

⁴⁶⁴ Jf. blant annet sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 70 og sak E-1/13 *Mila ehf mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 53. Dette gjenspeiler reglene i EU-retten, se blant annet sak C-198/91 (ECLI:EU:C:1993:197) *William Cook plc mot Kommisjonen* avsnitt 23 og sak C-225/91 (ECLI:EU:C:1993:239) *Matra SA mot Kommisjonen* avsnitt 16 – 20.

Forutsetningen er imidlertid at søksmålet gjelder manglende hjemmel for å treffe vedtak etter en foreløpig undersøkelse – med andre ord at det forelå tvil om støttens forenlighet med EØS-avtalen. Noen nevneverdig praktisk forskjell fra å påberope materielle mangler ved forenlighetsvurderingen medfører det dog ikke.⁴⁶⁵

Rettspraksis viser at det ikke stilles strenge krav for å bli ansett for å være en berørt part. For foretak kreves det ikke et konkurranseforhold. Det er tilstrekkelig at foretaket sannsynliggjør at støtten vil ha en spesifikk virkning for dem.⁴⁶⁶ I saken *Kronoply og Kronotex* ble saksøkerne ansett berørt fordi innkjøpsprisen til en produksjonsfaktor (trevirke) ble påvirket av statsstøtten.⁴⁶⁷ Vilkåret for partstilknytning er det samme også for lokale og regionale myndigheter.⁴⁶⁸ Frem til i dag har ESA godkjent RDA-ordningen etter en foreløpig undersøkelse. Det innebærer at et svært stort antall foretak, offentlige myndigheter, og andre organisasjoner, i prinsippet gis søksmålsadgang.

Dersom vedtak derimot fattes etter en formell behandling, er de prosessuelle rettigheter til de berørte parter ivaretatt. Vurderingen av om saksøkere er individuelt berørt, skjer da etter den langt strengere standarden etablert i *Plaumann*. Så langt har ikke RDA-ordningen vært godkjent etter formell behandling, men problemstillingen kan oppstå i fremtiden. Kravet etablert i *Plaumann* er at vedtaket må «affects them by reason of certain attributes that are peculiar to them or if they are differentiated by circumstances from all other persons and those circumstances distinguish them individually just as the person addressed by the decision».⁴⁶⁹ Formuleringen antyder en forholdsvis høy terskel for å anees tilstrekkelig berørt. Den såkalte Plaumanntesten er imidlertid anvendt noe mer liberalt for statsstøtte- og konkurransesaker.⁴⁷⁰ EU-domstolen anser den oppfylt i tilfeller hvor foretak er vesentlig

⁴⁶⁵ Jf. ovenfor i punkt 4.2. Se også Per Christiansan, «Article 36 – Action for annulment», i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red), Oslo 2018 side 1045 som påpeker at forskjellen mellom anførsler om tilstrekkelig tvil, og anførsler om om vedtakets holdbarhet er «a subtle one». Se også sak E-1/13 *Mila ehf mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 61 hvor EFTA-domstolen presiserer at man i vurderingen av om det forelå tvil, må tas hensyn til argumenter om vedtakets holdbarhet for å avgjøre om anførselen om tvil kan føre frem.

⁴⁶⁶ Sak C-83/09 P (ECLU:EU:C:2011:341) *Kommisjonen mot Kronoply GmbH & Co. KG* avsnitt 65.

⁴⁶⁷ Sak C-83/09 P (ECLU:EU:C:2011:341) *Kommisjonen mot Kronoply GmbH & Co. KG* avsnitt 67 – 71.

⁴⁶⁸ Jf. Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot, *EU State Aids*, 5. utgave, London 2016 side 1132.

⁴⁶⁹ Jf. sak C-25/62 (ECLI:EU:C:1963:17) *Plaumann & Co mot Kommisjonen* og blant annet sak E-19/13 *Konkurrenten.no AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 94.

⁴⁷⁰ Paul Craig og Gráinne De Búrca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 6. utgave, Oxford 2015 på side 522.

påvirket («significantly affected») av støtten som saken gjelder.⁴⁷¹ Det er med andre ord ikke et krav at foretak må være minst like mye påvirket som støttemottakeren.

Rettspraksis knyttet til Plaumann-testen gjelder i all hovedsak tildelinger av individuell statsstøtte. Det er således saker hvor det er én støttemottaker, og et begrenset antall konkurrenter. Det er i liten grad avklart hvordan testen skal anvendes både for generelle støtteordninger, og enda mer for horisontale driftsstøtteordninger.

Et første spørsmål er om partstilknytning prinsipielt sett kan foreligge for generelle støtteordninger. I *Kahn Scheepvaart BV* fastslo førsteinstansen at en godkjenning av en generell støtteordning ikke ga tilstrekkelig partstilknytning. Grunnen for dette var at de mulige støttemottakerne kun var definert generelt og abstrakt. Først når individuell støtte ble gitt, kunne partstilknytning foreligge.⁴⁷² Tilnærmingen kan neppe overføres til godkjenninger av horisontale driftsstøtteordninger. Slike ordninger definerer riktignok generelt og «abstrakt» hvem som mottar støtte. Men reguleringen av mottakerne er samtidig endelig og uttømmende. Konkurrenter vil derfor ikke bare potensielt bli støttemottakere, slik tilfellet vil være med investeringsstøtteordninger som forutsetter etterfølgende enkelttildelinger.⁴⁷³ I prinsippet må det derfor være mulig å oppfylle kravet om partstilknytning for vedtak om horisontale driftsstøtteordninger.

Et neste spørsmål er imidlertid hvordan kravet til vesentlig påvirkning skal anvendes. Horisontale driftsstøtteordninger har typisk små støttebeløp til en svært stor krets av mottakere. Påvirkningen både på støttemottakere, og på konkurrerende foretak, er derfor vanligvis beskjeden. I senere rettspraksis er vurderingen av konkurransepåvirkning noe mer nyansert.⁴⁷⁴ Det må foretas en konkret og kvalitativ vurdering av den negative virkningen for foretaket. Det skal blant annet tas hensyn til for hvor lang tidsperioden støtten gis, og

⁴⁷¹ Sak C-250/05 P (ECLI:EU:C:2007:700) *Sniace SA mot Kommisjonen* avsnitt 54.

⁴⁷² Sak T-398/94 (ECLI:EU:T:1996:73) *Kahn Scheepvaart BV* avsnitt 49. Tilsvarende også for tilfeller når *potensielle støttemottakere* anlegger sak, se sak C-274/12 P (ECLI:EU:C:2013:852) *Telefónica SA mot Kommisjonen* avsnitt 48 – 49 med videre henvisninger til eldre rettspraksis.

⁴⁷³ Jf. også EFTA-domstolens tilnærming i E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan*, som riktignok gjaldt vurderingen av partstilknytning for vedtak truffet etter foreløpig undersøkelse, se avsnitt 77.

⁴⁷⁴ Jf. Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford 2016 side 425.

særtrekkene ved støttetiltaket.⁴⁷⁵ Både det forhold at det er tale om driftsstøtte, og at det er en seks års godkjenning, gjør at det må kreves mindre for å konstatere en vesentlig påvirkning. Det kan etter min vurdering derfor ikke utelukkes at enkelte konkurrerende foretak vil anses å være individuelt berørt av vedtaket. Men det vil nok i så fall i høyden være tale om en knippe av de foretak som tydeligst rammes av konkurransevirkningene fra RDA-ordningen. Det store bildet er således at dersom ESA fatter vedtak etter en formell behandling, vil det være ingen eller svært få foretak som kan anlegge sak.

Den høye terskelen innebærer også at regionale myndigheter sjelden vil ha tilstrekkelig tilknytning til saken. Førsteininstansen har lagt til grunn at påvirkningen på den økonomiske utviklingen og sysselsettingen i en region, ikke er tilstrekkelig for at regionen kan ansees individuelt berørt.⁴⁷⁶ Vurderingen kan bli annerledes om regionen utøver myndighet i gjennomføringen av støttetiltaket.⁴⁷⁷ For RDA-ordningen er imidlertid dette ikke aktuelt. Verken regioner som nyter godt av RDA-ordningen, eller regioner som kan rammes av konkurransevidningene, vil dermed være tilstrekkelig berørt. Derimot er det nærliggende at de nordiske naboland som grenser til støtteområdet, samlet sett vil vurderes som tilstrekkelig påvirket til å anses individuelt berørt.

Konsekvensen av dette er at valg av prosedyre fra ESAs side har stor betydning for adgangen til rettslig prøving. Dersom RDA-ordningen godkjennes etter en formell behandling, vil det i all hovedsak kun være EFTA-statene som kan anlegge sak. Ved godkjenning etter en foreløpig undersøkelse, kan derimot en svært stor krets av foretak og lokale og regionale myndigheter angripe godkjenningsvedtaket.

3.6.4. Adgang til delvis geografisk annullering?

Som utgangspunkt prøves gyldigheten av vedtak i sin helhet av EU- og EFTA-domstolen. Det kan imidlertid også være mulig at deler av et vedtak kjennes ugyldig, og dermed annulleres. Det mest praktiske spørsmålet er hvorvidt det er adgang til delvis geografisk annullering av godkjenningsvedtak for regionalstøtte. Spørsmålet har betydning i flere sammenhenger: for

⁴⁷⁵ Jf. blant annet sak T-284/15 (ECLI:EU:T:2018:950) *AlzChem AG mot Kommisjonen* avsnitt 42 og sak T-488/11 (ECLI:EU:T:2014:497) *Sarc mot Kommisjonen* avsnitt 37.

⁴⁷⁶ Sak T-238/97 (ECLI:EU:T:1998:126) *Comunidad Autónoma de Cantabria mot Kommisjonen* avsnitt 49 og 50.

⁴⁷⁷ Se forente saker T-132/96 og T-143/96 (ECLI:EU:T:1999:326) avsnitt 84 – 88.

det første vil adgangen til delvis geografisk annullering gjøre at flere aktører kan tenkes å ha en interesse i å angripe vedtaket. For det andre har en delvis annullering mindre vidtrekkende konsekvenser. Det kan tenkes at de europeiske domstolene vil være mindre tilbakeholden med en delvis annullering, enn med en fullstendig annullering.

Det generelle utgangspunktet er at godkjenningsvedtak prøves i sin helhet. Delvis annullering er kun mulig dersom delene som søkes annullert kan separeres fra resten av vedtaket. Kravet om separerbarhet anses ikke oppfylt dersom delvis annullering «would have the effect of altering its substance». ⁴⁷⁸ Hva som utgjør vedtakets «substance» ligger ikke i dagen. Strengt tatt vil en delvis annullering alltid påvirke et vedtaks substans fordi deler av vedtaket vil ikke lengre være gyldig. Skal vilkåret gi mening, må det derfor trolig sikte til et slags kjerneinnhold i vedtaket. En slik forståelse er i tråd med andre språkdrakter. Eksempelvis taler den svenske og tyske teksten henholdsvis om vedtakets «kärninnehåll» og «wesensgehalt». Dette kjerneinnholdet i vedtaket må i så fall ikke berøres av en delvis annullering.

Det er få saker hos EU-domstolen som operasjonaliserer vilkåret. ⁴⁷⁹ Det er derfor først og fremst EFTA-domstolens tilnærming i KIMEK-saken som kan gi nærmere føringer for adgangen til delvis annullering. EFTA-domstolen konstaterte i saken deretter at godkjenningsvedtaket ikke hadde noen konkret og spesifikk behandling av ambuleringsregelen. Ambuleringsregelen var imidlertid nevnt i notifikasjonen, og var derfor gjenstand for ESAs foreløpige undersøkelse. Domstolen la videre til at søksmålet kun gjaldt ambuleringsregelen slik den fremkom av stortingsvedtaket om avgifter til folketrygden § 1 fjerde ledd. På denne bakgrunn var delvis annullering mulig i den grad ESA burde ha truffet på «serious difficulties» i forenlighetsvurderingen. ⁴⁸⁰

I KIMEK-saken var det således ikke avgjørende om ambuleringsregelen lot seg skille ut i selve godkjenningsvedtaket. Det var tilstrekkelig at godkjenningsvedtaket saklig sett omfattet ambuleringsregelen. Det er også nærliggende å forstå resonnetet slik at det var

⁴⁷⁸ Sak C-224/12 P (ECLI:EU:C:2014:213) *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 57.

⁴⁷⁹ I sak C-224/12 P (ECLI:EU:C:2014:213) *Kommisjonen mot Nederland* var vurderingen av separerbarhet forholdsvis enkel – det omtvistede punktet i vedtaket lot seg ikke annullere fordi det ikke var mulig å presist angi støttebeløpet som skulle knytte seg til dette, se avsnitt 58 flg.

⁴⁸⁰ Sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 56 og 57.

avgjørende at man kunne identifisere en konkret regel som annullasjonen ville knytte seg til – i dette tilfelle et bestemt avsnitt i Stortingsvedtaket. Men det må trolig også ligge underforstått i resonnementet at EFTA-domstolen anså at RDA-godkjenningens kjerneinnhold ikke ble berørt av at godkjenningen knyttet til ambuleringsregelen ble annullert.

Geografisk er det også slik at det fremgår av notifikasjonen – og dermed også implisitt av godkjenningsvedtaket – hvilke kommuner godkjenningen gjelder for. På samme måte som man kunne eliminere ambuleringsregelen i vedtakets § 1 fjerde ledd, kan man eliminere kommuner fra oppstillingen for hver enkelt sone i vedtakets § 2 om soner for arbeidsgiveravgift. EFTA-domstolens argumentasjon knyttet til om enkeltelementer kan skilles ut i den nasjonale gjennomføringen, er således overførbart til hvilke kommuner ordningen gjelder i. Dette synes imidlertid først og fremst å ha betydning for hvor praktisk lett det er å gjennomføre en delvis annullering. Det er ikke særlig relevant for om kjerneinnholdet i vedtaket påvirkes av en delvis annullering.

Vurderingen av om kjerneinnholdet i RDA-ordningen påvirkes av en delvis geografisk annullering, må antakelig være avgjørende. I denne sammenheng er det en viss forskjell fra ambuleringsregelen som EFTA-domstolen fant lot seg skille ut: hovedregelen var at foretak måtte ha registrert adresse i støtteområdet. Ambuleringsregelen var et unntak fra denne regelen. Det er trolig mer nærliggende å anse kjerneinnholdet som uberørt i tilfeller hvor man kun annullerer en unntaksregel i en støtteordning.⁴⁸¹ Delvis geografisk annullering knytter seg på sin side ikke til noen unntaksregel. I stedet medfører det en viss innskrenking av en støtteordnings geografiske virkeområde. Det er derfor i det minste noe mer nærliggende at en slik delvis annullering anses å påvirke vedtakets kjerneinnhold.

Det er mulig å tenke seg i hvert fall to prinsipielle syn på hvorvidt delvis geografisk annullering griper inn i vedtakets kjerne. For det første kan det hevdes at det geografiske virkeområdet er

⁴⁸¹ Den norske notifikasjonen av ambuleringsregelen som etterfulgte den delvise annulleringen, anførte riktignok at ambuleringsregelen var uttrykk for den bærende tanke bak RDA-ordningen om å støtte *økonomisk aktivitet* i støtteområdet, se ESAs vedtak 094/17/COL av 31. mai 2017 om The exemption rule for ambulant services under the scheme on differentiated social security contributions 2014-2020 (OJ L 99, 19. april 2018 side 18) blant annet avsnitt 19 og 39. Denne argumentasjonen hadde imidlertid til hensikt å sikre godkjenning av ambuleringsregelen. Det er vanskelig å se spor av en slik bærende tanke i den opprinnelige notifikasjonen, og EFTA-domstolens vurdering av separerbarhet i *Kimek* kunne derfor ikke ta hensyn til dette.

et grunnleggende trekk ved regionale støtteordninger. Dette da slike støtteordninger kjennetegnes nettopp av sin geografiske karakter. I så fall er delvis geografisk annullering prinsipielt sett utelukket. Den andre tilnærming er å ta utgangspunkt i begrunnelsen for støtteordningen. Dersom begrunnelsen i liten grad gjør seg gjeldende i visse deler av støtteområdet, kan det anføres at en delvis geografisk annullering i disse områdene ikke berører kjerneinnholdet i vedtaket. Snarere medfører en delvis annullering at det geografiske virkeområdet begrenses til områder hvor ordningens begrunnelse er holdbar.

Dagens rettspraksis åpner for begge tilnærminger. Valg av tilnærming vil derfor trolig bero på en avveining av hensyn for og mot å tillate delvis geografiske annulleringer. Det vesentligste motargumentet vil trolig være at å åpne delvise geografisk annulleringer kan virke prosesskapende. I tillegg utgjør det et skritt i retning av enda mer inngripende domstolskontroll. På den annen side kan en adgang til delvis geografisk annullering begrense omfanget av dårlig statsstøtte. I tilfeller hvor svakheten i en støtteordning lar seg avgrense – enten geografisk, eller på annen måte – er det mindre forstyrrende med en delvis annullering. Dette illustreres av partsinnleggene i KIMEK-saken, hvor både norske myndigheter, Kommisjonen og ESA argumenterte for at en delvis annullering måtte være mulig.⁴⁸² Jo større risikoen for dårlig geografisk rettet regionalstøtte fremstår, jo sterkere grunner vil det være for generelt å tillate delvis geografisk annullering.

Det kan neppe gis et klart svar i dag på spørsmålet om adgangen til delvis geografisk annullering. De beste grunner taler etter min mening for at delvis geografisk annullering prinsipielt bør være mulig. Jeg ser likevel ikke grunnlag for å anta at adgang til delvis geografisk annullering nødvendigvis er det mest sannsynlige utfallet dersom spørsmålet kommer på spissen for EU- eller EFTA-domstolen. Utfallet kan til dels bero på hvor sterkt behovet for delvis geografisk annullering fremstår i den konkrete saken som eventuelt måtte behandles.

3.6.5. Skal den fraskilte delen av vedtaket prøves isolert?

Dersom det er adgang til delvis annullering, oppstår spørsmålet om den fraskilte delen av vedtaket skal prøves isolert i forlengelsen av dette. EFTA-domstolens tilnærming i *Kimek* var

⁴⁸² Jf. Report for the hearing in Case E-23/14 (tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/NLX6/eu/62014rh0023>, sist sjekket 1. oktober 2019) avsnitt 59 – 68.

nettopp å foreta en isolert vurdering av den fraskilte delen av vedtaket. Det avgjørende for EFTA-domstolen var om det forelå tvil eller alvorlige vanskeligheter om forenligheten av selve ambuleringsregelen.⁴⁸³ Spørsmålet EFTA-domstolen tok stilling til var med andre ord ikke om den manglende vurderingen av ambuleringsregelen medførte at det var tvil om forenligheten av RDA-ordningen i sin helhet.

EFTA-domstolens tilnærming går imidlertid på tvers av prosedyreforordningen, som kodifiserer rettspraksis om TEUV artikkel 108 nr. 2. Kontrollorganene plikter å starte en formell undersøkelse dersom de er i tvil om forenligheten av tiltaket som sådan. Konsekvensen av å prøve den fraskilte delen isolert, blir at domstolene i stedet prøver om det var tvil rund én isolert del av vedtaket. Det innebærer at domstolene ender opp med å prøve et forhold som kontrollorganene opprinnelig ikke tok stilling til. Domstolsprøvingen blir da både mer inngripende og uforutsigbar enn systemet med foreløpige undersøkelser legger opp til.

Løsningen må etter min mening også bli den samme for vedtak truffet etter en formell gransking. Også i slike tilfeller fører en isolert prøving av den fraskilte delen til en for inngripende og uforutsigbar domstolsprøving.

Jeg antar derfor at den fraskilte delen av vedtaket ikke skal prøves isolert. Dette gjelder både vilkåret om «tvil» knyttet til foreløpig undersøkelse, og også de materielle krav til forholdsmessighet. Annullering må prinsipielt begrunnes med «tvil» knyttet til vedtaket i sin helhet, eller at vedtaket i sin helhet bryter med forholdsmessighetsprinsippet. Men dersom man først har konstatert grunnlag for annullering, kan vedtaket delvis annulleres dersom feilen knytter seg til en del som lar seg skille ut fra resten av vedtaket.

3.6.6. Oppsummering

Gjennomgangen klarlegger de sentrale prosessuelle rammene for domstolsprøvingen. For det første er det en svært vid krets av foretak og regionale myndigheter som har adgang til å angripe godkjenningsvedtak som er fattet etter en foreløpig undersøkelse. Dersom ESA i stedet velger å fatte godkjenningsvedtak etter en formell behandling, er det på sin side svært få som kan anlegge sak. Rettslig prøving er i så fall først og fremst et tema for andre EØS-

⁴⁸³ Sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 118.

stater. Når det gjelder den materielle prøving av anvendelsen av forholdsmessighetskravet, vil terskelen være noe lavere for annullering for vedtak fattet etter en foreløpig undersøkelse. Dette fordi det er tilstrekkelig at det foreligger *tvil* om støttens forenlighet.

Det er uklart om det er adgang til en delvis geografisk annullering av vedtak. En slik mulighet er i hvert fall ikke utelukket ut fra foreliggende rettspraksis. Dette innebærer at svakheter i godkjenningsvedtaket som knytter seg til geografisk avgrensede områder, er av særlig interesse. På grunn av søksmålsfristen kan ikke dagens godkjenningsvedtak prøves ved EFTA-domstolen. Ved en forlengelse i slutten av 2020, vil det imidlertid løpe en ny søksmålsfrist. På denne bakgrunn er en gjennomgang av godkjenningsvedtaket både aktuell på grunn av ESAs ansvar for en løpende kontroll med statsstøttetiltak, og fordi godkjenningen kan angripes på ny ved en forlengelse.

3.7. EU/EØS-homogenitet i prøvingsspørsmålet

Som redegjort for under punkt 1.2.4. kan det legges til grunn full homogenitet mellom EU og EØS-retten på statsstøtteområdet. Dette må som utgangspunkt også gjelde forholdsmessighetsprøvingen av forenlighetsvedtak. I denne sammenheng har det ikke betydning om man ser på vilkårene om nødvendighet, egnethet og interesseovervekt som innfortolket i unntaksbestemmelsene, eller som uttrykk for forholdsmessighetsprinsippet. Selv om ikke forholdsmessighetsprinsippet er nedfelt i EØS-avtalen, har EFTA-domstolen likevel slått fast at det generelt gjelder for ESAs myndighetsutøvelse.⁴⁸⁴

For eventuell annullering av gruppeunntak er situasjonen mer komplisert. Etter TEUV artikkel 109 er det Kommisjonen som vedtar gruppeunntak i forordnings form. Dette er også en rettsakt som EU-domstolen kan prøve gyldigheten av etter TEUV artikkel 163. I EØS-avtalen er det derimot ikke ESA som vedtar gruppeunntakene.⁴⁸⁵ Gruppeunntakene innlemmes i EØS-avtalen av EØS-komiteen som sekundærlovgivning ellers. EFTA-domstolen har på sin side kun

⁴⁸⁴ Jf. blant annet forente saker E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil ASA og Finnfjord Smelteverk AS mot EFTAs overvåkningsorgan* avsnitt 174 – 181. Se også Carl Lebeck, «General Principles», i *The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration*, Carl Baudenbacher m.fl. (red.) Hart Publishing, 2014 side 253 – 262 på side 260.

⁴⁸⁵ Jf. sist for endringene i gruppeunntaksforordningen av 2014 se EØS-komiteens beslutning nr. 185/2017 av 22. september 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg XV (2019/EØS/52/36).

kompetanse til å prøve vedtak fattet av ESA etter ODA artikkel 36. EØS-komiteens beslutninger om å innlemme rettsakter i EØS-avtalen kan derfor verken prøves av EFTA-domstolen eller av EU-domstolen.⁴⁸⁶ Det er derfor ingen formell adgang til å kjenne gruppeunntak inntatt i EØS-avtalen ugyldig. Som gjennomgått under punkt 3.5.5., bør gruppeunntak om mulig tolkes innskrenkende slik at det overholder forholdsmessighetsprinsippet. Fraværet av en annulleringsadgang for gruppeunntak i EFTA-pilaren behøver således ikke komme på spissen.

Det kan derimot tenkes at det ikke er mulig å foreta en innskrenkende tolkning som viderefører et enkelt og håndhevbart gruppeunntak. I slike tilfeller må som nevnt EU-domstolen annullere gruppeunntaket i sin helhet. Siden EFTA-domstolen ikke kan annullere et vedtak fra EØS-komiteen, må homogenitet i så fall ivaretas på en annen måte. Trolig vil EFTA-domstolen i et slikt tilfelle tolke vekk den aktuelle bestemmelse i sin helhet.⁴⁸⁷ En slik løsning kan forankres både i homogenitetsprinsippet, og i forholdsmessighetsprinsippet.

Løsningen vil være mer uforutsigbar i tilfeller hvor EFTA-domstolen må ta stilling til ugyldighet før EU-domstolen har tatt standpunkt. Det kan tenkes at EFTA-domstolen vil være varsom med å forskuttere utfallet av en ugyldighetsvurdering hos EU-domstolen.⁴⁸⁸ Disse betraktningene gjelder imidlertid i liten grad i gruppeunntaket for RDA-ordningen. Gruppeunntaket berører i dag hovedsakelig kun Norge. Det er derfor vanskelig å se hva som skulle tilsi noen ekstra tilbakeholdenhet fra EFTA-domstolen.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 278 og Carl Baudenbacher, «The EFTA Court: Structure and Tasks» i *The Handbook of EEA Law*, Luxembourg 2016 side 139 – 178 på side 165.

⁴⁸⁷ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 211 og Carl Baudenbacher, «Between Homogeneity and Independence: The legal position of the EFTA Court in the European Economic Area», *Colombia Journal of European Law* (1997) side 169 – 227 på side på side 184. Baudenbacher gjentar også standpunktet i «The EFTA Court: Structure and Tasks» i *The Handbook of EEA Law*, Luxembourg 2016 side 139 – 178 på side 165 – 166.

Christian Koenig, «Where is State Aid Law heading to?» lederartikkel i *European State Aid Law Quarterly*, issue 4 (2014) side 611 – 613.

⁴⁸⁸ Jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 287.

⁴⁸⁹ For gruppeunntak som berører EU-pilaren, kan det derimot tenkes at EFTA-domstolen vil være noe mer tilbakeholden med å forskuttere utfallet av en ugyldighetsvurdering i EU-pilaren. I så måte er det ikke gitt at rettsbeskyttelsen er den samme i EFTA-pilaren som i EU, jf. Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 287 – 289.

Selv om EFTA-domstolen formelt ikke kan annullere gruppeunntak, vil altså homogenitet ivaretas gjennom at gruppeunntak som er annullert – eller må antas å ville blitt annullert - bortfortolkes av EFTA-domstolen.⁴⁹⁰

3.8. Oppsummering

Gjennomgangen viser at traktatens utgangspunkt om at forenlighet er tillagt Kommisjonens skjønns har vesentlige modifikasjoner. For at statsstøtte skal være forenlig med det indre marked er det et grunnleggende vilkår om at støttetiltaket må være et forholdsmessig inngrep i en uforstyrret konkurranse og samhandel. Dette forholdsmessighetskravet kommer til anvendelse både i enkeltsaker, i enkeltsaker som bygger på retningslinjer, i tolkningen og anvendelsen av retningslinjer, og for gruppeunntak både som et spørsmål om tolkning og gyldighet. Innholdet i forholdsmessighetskravet er det samme i alle tilfeller, men intensiteten i domstolsprøvingen kan variere.

RDA-ordningens forenlighet med det indre marked forutsetter derfor at ordningen utgjør et forholdsmessig inngrep i en uforstyrret konkurranse og samhandel. Som fremholdt under punkt 3.4.4. kan dette formuleres som et spørsmål om tydelig svikt i forholdsmessigheten. Terskelen for å tilsidesette ESAs forenlighetsvurdering er noe uklar. Dette innebærer at drøftelsen av hvorvidt godkjenningsvedtaket er i samsvar med forholdsmessighetskravet, ikke nødvendigvis kan gi sikre konklusjoner. Dagens godkjenningsvedtak behandles videre i kapittel fire.

Gjennomgangen viser også at forholdsmessighetskravet på gruppeunntak i svært liten grad er klargjort i rettspraksis. Generelt må det antas at domstolsprøvingen av gruppeunntaks forholdsmessighet er minst like streng som for retningslinjer og vedtak. RDA-ordningens gruppeunntak drøftes nærmere i kapittel fem.

⁴⁹⁰ Homogenitet ved ugyldighet i EU-pilaren kan også ivaretas av at EØS-komiteen opphever sin egen beslutning, slik tilfellet var med kommisjonsbeslutningen om Safe Harbour-avtalen, se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen 2017 side 211. Dette er imidlertid ikke et spørsmål om forholdsmessighetsprøving ved domstolene, og behandles ikke nærmere her.

Ett særtrekk som etter min mening er verdt å merke seg, er at både EU-domstolen og førsteinstansen har grunnleggende sett en pragmatisk og kasuistisk tilnærming til prøvingen av forenlighetsvedtak. I tilfeller hvor forenlighetsvedtak opprettholdes, understreker ofte EU-domstolene Kommisjonens vide skjønn og den begrensede domstolsprøvingen. I tilfeller hvor forenlighetsvedtak annulleres, bygger dette tidvis på svært grundige etterprøvinger av Kommisjonens vurderinger. Dette gjør det noe krevende både å tolke og å sammenfatte rettspraksis. Det er vanskelig å si særlig presist hvor inngripende domstolsprøvingen er. Noen forståelig pekepinn er først mulig å få ved en samlet lesing av rettspraksis. I tillegg er området under utvikling, hvor man i de senere år synes å ha gått i retning av en strengere domstolskontroll. Det hadde vært hensiktsmessig om EU-domstolen i større grad presiserte omfanget av domstolskontrollen. En tilnærming hvor man konsekvent tok utgangspunkt i det grunnleggende kravet om forholdsmessighet, hadde etter min mening vært å foretrekke.

4. RDA-GODKJENNINGEN 2014-2020

4.1. Innledning

4.1.1. Kapitlets problemstillinger og aktualitet

Avhandlingens første hovedproblemstilling er hvorvidt RDA-godkjenningen overholder forholdsmessighetsprinsippets krav for å anse statsstøtte forenlig med det indre marked. Gjennomgangen i kapittel to viser hvilke hensyn som må veies mot hverandre i en forenlighetsvurdering, mens gjennomgangen i kapittel tre viser hvordan avveiningen må tilfredsstillende forholdsmessighetsprinsippets krav til nødvendighet, egnethet, og interesseovervekt. Dette kapitlet vurderer hvorvidt dagens godkjenningsvedtak overholder forholdsmessighetskravet.

Drøftelsen må både vurdere hvorvidt det er svakheter i godkjenningsvedtakets vurdering av forholdsmessigheten, og dernest om svakhetene er tilstrekkelig kvalifiserte til å tjene som grunnlag for helt eller delvis annullering av godkjenningsvedtaket.

Som pekt på i kapittel tre er analysen av godkjenningsvedtaket er aktuell og relevant i flere sammenhenger. For det første er den direkte relevant for ESAs plikt til løpende overvåkning og kontroll av eksisterende støtte etter EØS-avtalen artikkel 62 nr. 1. For det andre er den også relevant ved en forlengelse av ordningen etter utløpet ved årsslutt 2020 som henviser til forenlighetsvurderingen i dagens vedtak. For det tredje kan analysen ha en viss interesse i den utstrekning en ny forenlighetsvurdering bygger på identiske eller svært like betraktninger.

Det er et iboende trekk ved problemstillingen som kapitlet skal drøfte, at det er vanskelig å trekke sikre konklusjoner. Etter min mening er dette en egenskap som gjør problemstillingen mer aktuell for en grundig rettsdogmatisk drøftelse. Særlig fordi forutberegnelighet er et viktig hensyn på dette rettsområdet.⁴⁹¹ Til en viss grad vil det være rom for delte meninger om hva som kan utgjøre en svakhet ved vedtaket. Og til en viss grad vil det være rom for delte

⁴⁹¹ Jf. punkt 2.3.6.

meninger om eventuelle svakheter kan ansees for tilstrekkelig vesentlige til å begrunne en annullering. I tilfeller hvor det kan påvises en svakhet – men det er uklart hvorvidt den kan ansees for å være vesentlig – vil det imidlertid normalt foreligge et handlingsrom for ESA til å utøve forvaltningsskjønnet annerledes. På grunn av dette kan drøftelsen av hvorvidt godkjenningsvedtaket er materielt sett gyldig, samtidig klarlegge handlingsrom – enten for å godkjenne en *annen* variant av RDA-ordningen, eller for å treffe et negativt vedtak. Dette vil i så fall ikke innebære at dagens godkjenningsvedtak bryter forholdsmessighetskravet. Men dersom ESA har et handlingsrom til å treffe et negativt vedtak, er RDA-ordningen samtidig i en utsatt rettslig posisjon. Tilsvarende vil ESAs mulighet til å godkjenne en annen innretning på RDA-ordningen, kunne synliggjøre et rom for norske myndigheter til å endre ordningen. En fjerde betydningen av kapitlet, er således at det tjener som et sentralt grunnlag for den rettspolitiske vurderingen av hvordan forvaltningsskjønnet *bør* utøves i kapittel seks.

Drøftelsen og analysen av godkjenningsvedtaket er i tillegg relevant for anvendelsen av hjemmelen til å gi regional driftsstøtte i gruppeunntaksforordningen. For det første er retningslinjenes regulering av støtteberettigede områder avgjørende for forordningen. For det andre – som gjennomgått foran under punkt 3.5.4. – forutsetter gyldigheten av gruppeunntaksforordningen at den enkelte unntakshjemmel er forholdsmessig. Gjennom å vurdere hvordan dagens godkjenningsvedtak overholder forholdsmessighetskravet, kan det klarlegges nærmere i hvilken grad gruppeunntaket tilfredsstillende dette kravet. Gruppeunntaket behandles isolert i kapittel fem.

4.1.2. Foreløpig bilde av mulige svakheter ved RDA-ordningen

Godkjenningsvedtaket er omfattende, og det er grunn til å innledningsvis peke på sider ved vedtaket som kan være problematiske. Avhandlingen har allerede utpenslet og analysert hensynene bak regionalstøtteunntaket, og drøftet omfanget av domstolenes forholdsmessighetsprøving. Denne gjennomgangen gir et godt grunnlag for et overordnet blikk på mulige problematiske sider ved RDA-godkjenningen. Den etterfølgende drøftelse av RDA-godkjenningen kan således rettes mot disse sidene ved vedtaket.

Etter gjennomgangen av RDA-ordningens EØS-rettslige historikk, pekte jeg for det første på det geografiske virkeområdet som et mulig problematisk rettsspørsmål. Bakgrunnen var både

variasjonen i ESAs praksis frem til i dag, og RDA-evalueringens forbehold knyttet til sone 1a og sone 2. Effektivitetshensyn gjennomgått i punkt 2.3.3. underbygger et slikt synspunkt. Det underbygges også av EU-domstolens strenge holdning til driftsstøtte. Statsstøttereformene SAAP 2005 og SAM 2012 var begge ment å skulle sikre mindre, og bedre rettet statsstøtte. RDA-ordningen har på sin side fått et stadig større geografisk område ved godkjenningene i 2007 og 2013.

Gjennomgangen underbygger også at soneinndelingen kan være et stykke unna optimal. Evalueringen pekte på at effekten av RDA-ordningen var særlig god i bysentra. RDA-ordningen er på sin side innrettet slik at de to største bysentra i Nord-Norge får merkbart mindre støtte enn omlandet rundt. Dette kan også være problematisk ut fra effektivitetshensyn. For det første gis det mindre støtte i nettopp i områder hvor den regionale virkningen av støtte er størst. For det andre er en nærliggende konsekvens av et lavere støttenivå i bysentra enn i omlandet, at ordningen bremser en alminnelig urbanisering av områdene. Dermed kan ordningen svekke nettopp den modernisering av bosetningsmønsteret som er ønskelig for å dempe betydningen av avstandsurempene.

4.1.3. Kapitlets struktur

Dette kapitlet er delt inn i en drøftelse av om godkjenningsvedtaket er i samsvar med de ulike delene av forholdsmessighetskravet – formålkravet, nødvendighetskravet, egnethetskravet, og interesseovervekt. Dette tilsvarer langt på vei hvordan godkjenningsvedtaket er bygd opp. Det er imidlertid noen forskjeller i rekkefølgen. Godkjenningsvedtaket behandler først det geografiske virkeområdet.⁴⁹² Jeg behandler imidlertid først ordningens formål. Det geografiske virkeområdet behandler jeg deretter under nødvendighetskravet. Videre behandler jeg hele nødvendighetskravet – inkludert minimumsprinsippet – før jeg behandler egnetheten. Det geografiske virkeområdet *bør* vurderes i lys av ordningens formål, slik at denne rekkefølgen er valgt for å gi en bedre drøftelse. For øvrig er rekkefølgen valgt ut fra hva som gir en skarpest fremstilling. Som jeg kommer nærmere tilbake til, er det for RDA-

⁴⁹² Jf. ESAs vedtak 225/14/COL av 18. juni 2014 Regionally differentiated social security contributions 2014-2020 (OJ C 344, 2. oktober 2014 side 14) (heretter i kapitlet henvist til som «godkjenningsvedtaket») punkt 3.2.

ordningen som for støtteordninger ellers slik at de ulike delene av forholdsmessighetskravet kan henge nært sammen, og til dels gli over i hverandre.

I gjennomgangen av de ulike delene av forholdsmessighetskravet, vil jeg først gjennomgå hvordan disse er utpenslet i de nåværende retningslinjene. Deretter vil jeg redegjøre for notifikasjonens hovedpunkter, og godkjenningsvedtakets begrunnelse for hvorfor vilkårene er oppfylt. På bakgrunn av dette vil jeg vurdere om anvendelsen av forholdsmessighetsvilkårene er holdbar, eller hvorvidt det foreligger tydelig svikt.

4.2. Formålskrav – bidrag til en fellesinteresse

4.2.1. Formålskravet i RAG 2014

Det overordnede kravet er at statsstøttetiltak må begrunnes i en fellesinteresse. Som gjennomgått under punkt 2.3, er det ikke tvilsomt at utvikling av svakerestilte regioner er en grunnleggende målsetning ved EU-samarbeidet. Dette innebærer det er liten grunn til at formålskravet skal være problematisk for regionalstøtte. Dette burde i utgangspunktet også gjelde RDA-ordningen. Hva slags formål en støtteordning har er samtidig avgjørende for vurderingen av nødvendighets- og egnethetskravet. Dette må vurderes med utgangspunkt i formålet som søkes oppnådd. Av denne grunn er det nødvendig å vite mest mulig presist hva slags formål en støtteordning er begrunnet med. I tillegg har RDA-ordningen til dels en atypisk demografisk begrunnelse som det er grunn til å drøfte nærmere.

I RAG 2014 er kravet om fellesinteresse nedfelt i det første av de seks hovedprinsippene for forenlighetsvurdering. Kravet er oppsummert på følgende måte:

« contribution to a well-defined objective of common interest: a State aid measure must aim at an objective of common interest in accordance with Article 61(3) EEA Agreement; (section 3.2) »⁴⁹³

⁴⁹³ ESA RAG 2014 avsnitt 26 bokstav a. Den samme formuleringen er benyttet i alle andre retningslinjer som ble vedtatt etter SAM 2012.

Innledningsvis slår også RAG fast at det primære formålet med regionalstøtte er å redusere ulikheter i utviklingen mellom de ulike regionene i EØS.⁴⁹⁴ Formuleringen ligger tett opp mot den overordnede formulering av samholdighetsmålsetningen i TEUV artikkel 174. For driftsstøtte er det utpenslet noen særlige krav knyttet til bidrag til fellesinteressen. Følgende er angitt for disse:

« Operating aid schemes will promote the development of disadvantaged areas only if the challenges facing these areas are clearly identified in advance. The obstacles to attracting or maintaining economic activity may be so severe or permanent that investment aid alone is not sufficient to allow the development of those areas.

As regards aid to reduce certain specific difficulties faced by SMEs in 'a' areas, the EFTA States concerned must demonstrate the existence and importance of those specific difficulties and must demonstrate that an operating aid scheme is needed as those specific difficulties cannot be overcome with investment aid.

As regards operating aid to prevent or reduce depopulation in very sparsely populated areas, the EFTA State concerned must demonstrate the risk of depopulation of the relevant area in the absence of the operating aid. »⁴⁹⁵

Disse tre avsnittene inneholder sentrale forutsetninger for vurderingen av formålkravet for driftsstøtteordninger. For det første fremgår det innledningsvis at det grunnleggende formålet med driftsstøtteordninger også er nettopp å fremme utviklingen i svakerestilte områder. Den etterfølgende utpenslingen av formålkravet må derfor forstås som en presisering av hvordan regional utvikling kan fremmes gjennom driftsstøtteordninger.

Deretter fastslår det første avsnittet at driftsstøtte kun kan fremme utviklingen dersom utfordringene som de aktuelle regionene er rammet av, er klart identifisert på forhånd. Allerede i dette ligger det en sammenblanding av formålkravet, og av nødvendighetskravet. Dette bekreftes også av de to påfølgende avsnitt, som setter som vilkår at *driftsstøtte er*

⁴⁹⁴ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 30.

⁴⁹⁵ ESA RAG 2014 avsnitt 41 – 43.

nødvendig for å avbøte de aktuelle problemene. Samtidig som dette er en sammenblanding av formålskravet og nødvendighetskravet, er dette i samsvar med et spesifikt forholdsmessighetskrav for driftsstøtte som drøftet under punkt 3.4.5: For driftsstøtte er det ikke tilstrekkelig at det må være nødvendig med *statsstøtte*, det må godtgjøres at det er nødvendig med *driftsstøtte*.

Grunnen til at formålskravet- og nødvendighetskravet er blandet sammen, er antakelig for å gi snevrest mulige rammer for driftsstøtteordninger. RAG 2014 understreker innledningsvis at det kun er i «certain very limited, well-identified» tilfeller at driftsstøtte kan tillates, nemlig når hindringene i å tiltrekke seg eller bevare økonomisk aktivitet er så alvorlige at investeringsstøtte ikke er tilstrekkelig til å sikre utviklingen av områdene.⁴⁹⁶ Gjennom å ha snevre regler under formålskravet, forebygger RAG 2014 at medlemsstater forsøker å notifikere driftsstøtteordninger med generelle målsetninger om regional utvikling. Valget av reguleringsteknikk kan derfor trolig forklares med at retningslinjene forsøker å unngå vide eller åpne hjemler for å tillate driftsstøtte.

Det som er nødvendig å merke seg i denne omgang, er at retningslinjene altså legger opp til en viss sammenblanding av formål og nødvendighet. Dette er det nødvendig å ta hensyn til i vurderingen av både notifikasjonen og godkjenningsvedtaket. Et annet spørsmål er hvordan avsnittet om driftsstøtte for å unngå befolkningsnedgang må tolkes for nettopp å bidra til regional utvikling. Dette er det imidlertid ikke hensiktsmessig å drøfte generelt. Jeg kommer tilbake til dette spørsmålet knyttet til RDA-ordningen etter å ha gjennomgått notifikasjonen og godkjenningens redegjørelse for hvordan formålskravet er oppfylt.

4.2.2. Formålskravet i notifikasjonen

Retningslinjene legger opp til at medlemsstatene særskilt begrunner hvorfor regionalstøtteordninger bidrar til en fellesinteresse. Den norske notifikasjonen inneholder også en slik redegjørelse. Redegjørelsen starter med å vise til det grunnleggende målet i norsk distrikts- og regionalpolitikk om å bevare «the distinctive features of our settlement

⁴⁹⁶ RAG 2014 avsnitt 6.

pattern».⁴⁹⁷ Dette er en noe upresis oversettelse av målsetningen om å bevare «hovedtrekkene» i bosetningsmønsteret, jf. blant annet Stortingsmeldingen som notifikasjonen henviser til.⁴⁹⁸

Notifikasjonen viser til at målsetningen om bevaring av bosetningsmønsteret har bred støtte i Stortinget. Deretter uttaler den at støtteordningen skal stimulere arbeidsmarkedet, og anfører at dette er i tråd med den felles målsetningen ved EUs regionalpolitikk. Det anføres at dette støtter nye arbeidsplasser, konkurransekraft, økonomisk vekst, livskvalitet, og bærekraftig utvikling.⁴⁹⁹ Tilsynelatende er altså det å bevare de distinkte trekk i bosetningsmønsteret formålet bak ordningen, og dette anføres å være i samsvar med fellesinteressen om regional utvikling.

Når det gjelder punktet i retningslinjene om å klart identifisere hindringene for å tiltrekke eller opprettholde økonomisk aktivitet, foretar ikke notifikasjonen noen egen vurdering av dette i redegjørelsen av formålkravet. I stedet forstår den retningslinjene slik at disse fastslår at befolkningsnedgang nettopp er denne hindringen, og at det således er retningslinjene som identifiserer disse.⁵⁰⁰

Notifikasjonen inneholder imidlertid en rekke andre indikasjoner om RDA-ordningens formål utover den særskilte redegjørelsen. Til dels er det på disse punkter flere avvik fra formålet som notifikasjonen i utgangspunktet fremhever.

Helt innledningsvis uttaler notifikasjonen at formålet er å «reduce or prevent depopulation in the least inhabited regions in Norway, by stimulating employment in these regions».⁵⁰¹ Dette formålet er, med noen mindre variasjoner, gjentatt også andre steder i notifikasjonen. Blant annet er det i redegjørelsen for støtteformen uttalt at ordningen tar sikte på å hindre befolkningsnedgang og å stimulere bosetning gjennom å fremme sysselsetting i spesifikke

⁴⁹⁷ 2014-notifikasjonen side 11.

⁴⁹⁸ Jf. Meld. St. 13 (2012–2013) «Ta heile Noreg i bruk», side 9.

⁴⁹⁹ 2014-notifikasjonen side 11.

⁵⁰⁰ Jf. 2014-notifikasjonen side 11: «Furthermore, we will reflect upon the main obstacles to attracting or maintaining economic activity referred to in paragraphs 41 and 43: the risk of depopulation in the absence of operating aid».

⁵⁰¹ 2014-notifikasjonen side 2.

regioner.⁵⁰² Tilsvarende er gjentatt under egnethet, men da med særskilt henvisning til at det er i regioner med lavere befolkningstetthet enn 8 innbyggere per km².⁵⁰³ Formålet om å hindre befolkningsnedgang i støtteområdet avviker noe fra formålet om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret. Dette fordi det førstnevnte formål i større grad åpner for å akseptere – eller sågar fremme – endringer av bosetningsmønsteret *innenfor* støtteområdet.

Videre er det også en rekke uttalelser i notifikasjonen som tilsier at ordningen ikke utelukkende er innrettet for å hindre befolkningsnedgang. En rekke punkter i notifikasjonen viser snarere at ordningen er innrettet for å kompensere foretak i støtteområdet for kostnader knyttet til geografiske og demografiske ulemper. På side 9 fremgår det at utgangspunktet for valg av støtteberettiget område er de ekstra kostnader knyttet til svært lav befolkningstetthet, og lange avstander til større markeder.⁵⁰⁴ Tilsvarende er det under punktet om proporsjonalitet uttalt at ulike regioner er gitt ulike støttenivåer, for at ordningen skal gjenspeile forskjeller i periferiutfordringer.⁵⁰⁵ Både valg av hvilke områder som skal støttes, og variasjonen innad mellom støttenivå i de ulike delene av støtteområdet, er uttrykk for hva slags formål støtteordningen har. Dersom formålet kun var å hindre befolkningsnedgang, ville det naturlige vært å la ordningen styres av befolkningsutviklingen. Dersom man tar utgangspunkt i begrunnelsen for valg av støtteområder, og for valg av støtteintensitet i de ulike delene av støtteområdet, synes det derfor som om RDA-ordningens formål er å kompensere for geografiske og demografiske handikap.⁵⁰⁶ I det minste må ordningen et stykke på vei anses for å være en blanding mellom et slikt formål, og et formål om å unngå befolkningsnedgang.

Den norske notifikasjonen er således alt i alt uklar på hva det grunnleggende formålet med ordningen er. Det fremstår som om ordningen har en sammensatt begrunnelse. Den kan sies å bygge på en blanding av formålene om å bevare bosetningsmønsteret, hindre

⁵⁰² 2014-notifikasjonen side 4.

⁵⁰³ 2014-notifikasjonen side 20.

⁵⁰⁴ 2014-notifikasjonen side 9.

⁵⁰⁵ 2014-notifikasjonen side 37.

⁵⁰⁶ Dette tilsvarer også hvordan målsetningen ved ordningen er formulert i blant annet Meld. St. 18 (2016-2017) *Bærekraftige byar og sterke distrikt* side 330, hvor det uttales at målet med RDA-ordningen er «er auka sysselsetjing og grunnlag for næringsverksemd i område med særskilde utfordringar» .

befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder, og å kompensere svakerestilte regioner for vesentlige regionale handikap.

4.2.3. ESAs godkjenning

I godkjenningsvedtaket fra 2014 gjenga ESA de sentrale punktene fra retningslinjene. ESA innledet deretter sin gjennomgang av norske myndigheters argumentasjon med å vise til det grunnleggende målet om å bevare de distinkte trekkene ved bosettingsmønsteret. Etter å ha redegjort noe nærmere for hovedtrekk i den norske argumentasjonen knyttet til befolkningsutvikling og flyttemønster, oppsummerte ESA følgende avslutningsvis.

« (...) in order to maintain a stable population in the designated areas, the Norwegian authorities argue that aid is still needed to stimulate employment opportunities in the designated areas. On this basis, the Norwegian authorities argue that the notified measure aims at an objective of common interest. »

Deretter la ESA umiddelbart til:

« On the basis of the material provided in the notification, the Authority concludes that the notified measure, by alleviating the cost of employment in disadvantaged areas, aims at a regional policy objective of common European interest. »⁵⁰⁷

ESAs konklusjon var således at formålkravet var oppfylt fordi ordningen reduserte kostnader knyttet til ansettelser i svakerestilte områder. Godkjenningsvedtaket tok således ikke utgangspunkt i formålet som fremkom av retningslinjene, og heller ikke det formålet som mest tydelig var uttrykt fra norsk side. Formuleringen i vedtaket er mest nærliggende å forstå slik at ESA aksepterte et formål om å kompensere for regionale ulemper.

Det hører imidlertid med til dette bildet at ESA i sine påfølgende vurderinger i vedtaket av om støtteordningen er nødvendig, egnet, og proporsjonal, foretok disse vurderingene ut fra at det å redusere eller hindre befolkningsnedgang var formålet med støtteordningen.⁵⁰⁸ Vedtaket i sin helhet er derfor mest nærliggende å forstå slik at formålet med RDA-ordningen ble vurdert

⁵⁰⁷ Godkjenningsvedtaket avsnitt 91.

⁵⁰⁸ Se godkjenningsvedtaket avsnitt 99, 107 og 117.

til å være nettopp dette. Vurderingen under formålkravet er på sin side uklar, og godkjenningen får ikke vurdert betydningen av RDA-ordningens sammensatte formål.

4.2.4. Foreligger det tydelig svikt i formålsvurderingen?

4.2.4.1. Innledning

Som nevnt innledningsvis er det på det rene at støtte til utvikling av svakerestilte regioner er i tråd med samholdningsmålsetningen. Det er derfor i utgangspunktet liten grunn til å forvente at regionalstøtte ikke tilfredsstillende formålkravet. Dette gjelder også RDA-ordningen. I tillegg er det som drøftet under punkt 3.3.3. heller ikke grunn til å forvente en streng domstolskontroll av formålkravet. Svakheter i angivelsen av formålet vil derfor neppe i seg selv være grunnlag for annullering på grunn av feil anvendelse av forholdsmessighetskravet.

Gjennomgangen viser imidlertid at RDA-ordningen har et blandet og til dels uklart formål. Den viser også at ESA i sin godkjenning legger til grunn en svært bred forståelse av formålet bak ordningen. I teorien kan dette åpne for å spørre om retningslinjenes krav til at formålet skal være tydelig definert («well-defined») er overholdt. Noen praktisk problemstilling er dette neppe. ESAs løsning om en bred angivelse av formålet, innebærer også en form for helgardering. Det er ikke tvilsomt at ordningen rent faktisk avhjelper kostnadene til foretak i områder som blir utpekt som svakere stilt. ESAs formålsvurdering bidrar i den forstand til å redusere mulighetene for at uklarhetene og mulige svakheter i notifikasjonens angivelse av formålet kommer på spissen. Så fremt RDA-ordningen tilfredsstillende nødvendighets- og egnethetskravet, kan støtten fremdeles sikre regional utvikling som overstiger de negative effektene på konkurransen- og samhandelen. På denne bakgrunn er det liten grunn til å tro at feil i vurderingen av formålkravet i seg selv kan utgjøre en tydelig svikt ved godkjenningsvedtaket.

Det er likevel grunn til å foreta en kritisk vurdering av de ulike formålene som anføres i notifikasjonen, og til dels gjengis av ESA i godkjenningsvedtaket. Annullering på grunn av vesentlige svakheter ved forholdsmessigheten vil til syvende og sist bero på en helhetsvurdering. I den grad støtteordningens formål avviker fra det grunnleggende formålet om utvikling av svakerestilte regioner, vil de positive virkningene ved ordningen være mindre

tungtveiende. Det er derfor grunn til å stille spørsmålet om i hvilken grad de blandede og uklare formål bak RDA-ordningen *åpner* for svakheter ved forholdsmessigheten i godkjenningen.

Jeg vil derfor foreta en vurdering av de tre ulike formål som fremkommer av notifikasjonen; formålet om å kompensere for regionale ulemper, formålet om å hindre eller redusere befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder, og formålet om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret. Spørsmålet er i hvilken grad det er risiko for at de ulike formålene kan fravike det grunnleggende formålet om å fremme regional utvikling i svakerestilte områder.

4.2.4.2. Formål om å avhjelpe regionale ulemper

Generelt har regionalstøtte som formål å *fremme utviklingen* i svakerestilte regioner. Et formål om å avhjelpe regionale ulemper ligger tett opp mot dette. I begge tilfeller anerkjenner man at man gir støtte til en region som er svakere stilt. Forskjellen er at man i det ene tilfellet fokuserer på å fremme utvikling, mens man i det andre tilfellet fokuserer på å kompensere for ulemper. Gitt at kompensasjon for regionale ulemper er en hensiktsmessig måte å fremme utvikling på, er det ikke noen risiko for motstrid mellom disse formål.

Det er imidlertid ikke gitt at det å kompensere for regionale ulemper, er en hensiktsmessig måte å fremme regional utvikling på. Som drøftet nærmere under punkt 2.3.4, er det av vesentlig betydning at regionalstøtte sikrer bærekraftig og konkurransedyktig næringsutvikling. Dette er også understreket i RAG 2014, som blant annet fremhever betydningen av en smart, inkluderende og bærekraftig vekst i et konkurransedyktig indre marked.⁵⁰⁹ Ved å fokusere på å kompensere for regionale ulemper, er det en fare for at man tilrettelegger for foretak som en region i utgangspunktet er mindre egnet til å huse.

Risikoen i en tilnærming om å kompensere regionale ulemper ble godt illustrert av den norske økonomen Jan Sercks Hansen. I hans kritikk over transportstøtte for bearbejdede varer i områder rammet av lange avstander, formulerte han et ironisk forslag om å kompensere Finnmark for sitt handicap knyttet til bananproduksjon, slik at det kunne bli like lønnsomt å

⁵⁰⁹ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 7 og avsnitt 30.

produsere bananer i Finnmark som på Jamaica.⁵¹⁰ Den spissformulerte kritikken får frem poenget om at kompensasjon for regionale ulemper bør skje på en måte som legger til rette for bærekraftig og fremtidsrettet næringsutvikling. I hvilken grad et formål om å kompensere for regionale ulemper bidrar til utvikling av svakerestilte regioner, er altså avhengig av om kompensasjonen er innrettet slik at den tilrettelegger for fremtidsrettet og bærekraftig økonomisk utvikling.

I denne sammenheng er det viktig å være oppmerksom på at utfordringen med å legge til rette for fremtidsrettet og bærekraftig virksomhet er langt større for driftsstøtte, enn for investeringsstøtte. Investeringsstøtte utløses først dersom betydelig privat kapital skytes inn i ny økonomisk aktivitet. Privat kapital vil på sin side i størst mulig grad rettes mot aktivitet med størst fremtidspotensiale. Fordi investeringsstøtte utløses av privat kapital, har slik støtte generelt svært mye lavere risiko for å gi støtte gis til virksomhet som ikke er fremtidsrettet. Horisontale driftsstøtteordninger gis på sin side til løpende virksomhet, og er ikke utløst av at privat kapital investeres. For driftsstøtte er det derfor av enda større betydning at man vurderer grundig om støtteordninger som tar sikte på å kompensere for regionale ulemper, er innrettet slik at den legger til rette for fremtidsrettet økonomisk utvikling. Slike betraktninger lå antakelig bak at EU-domstolen i *Tyskland mot Kommisjonen* trakk frem at det måtte sannsynliggjøres at driftsstøtte fremmet en «durable and balanced development» av økonomisk aktivitet.⁵¹¹

Et formål om å kompensere for regionale ulemper er altså i prinsippet akseptabelt, men kan åpne for svakheter i forholdsmessigheten i den grad kompensasjonen for regionale handikap innrettes slik at den ikke tilrettelegger for bærekraftig økonomisk utvikling.

4.2.4.3. Formål om å unngå befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder

Formålet om å unngå befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder, skiller seg ikke nødvendigvis særlig fra formålet om å kompensere for regionale handikap. Lav befolkningstetthet er ett av de regionale handikap som notifikasjonen anfører den skal

⁵¹⁰ Jf. Jan Serck-Hansen, «Om det teoretiske grunnlaget for distriktspolitikken», *Sosialøkonomien* nr. 5 10 – 16 (1982) på side 16. Serck-Hansen forsvarte på dette grunnlag 80-tallets spede variant av RDA-ordningen fordi den subsidierte mest mulig direkte det man hadde målsetning om, nemlig bosetning.

⁵¹¹ Dommen er nærmere omtalt under punkt 3.4.5.

kompensere for. Forskjellen er at dette formålet i stedet identifiserer ett av handikappene, og har som formål å unngå at handikappet forsterkes, eller i det minste redusere tempoet som handikappet forsterkes i. Formålet er imidlertid enda mer utpreget defensivt enn et formål om å kompensere for regionale ulemper.

Et første spørsmål er hvordan en målsetning om å stanse eller bremse et regionalt handikap i å forsterkes, kan sies å *fremme utviklingen* av et svakerestilt område. Først og fremst fremstår det som om formålet sørger for å bremse den verste negative utviklingen til svært tynt befolkede områder. Dermed er det nærliggende at en driftsstøtteordning med et slikt formål må kombineres med *andre* tiltak for å kunne fremme økonomisk utvikling i regionen.

Dette er imidlertid ikke nødvendigvis tilfelle. I tynt befolkede områder som ellers i verden skjer det en løpende urbaniseringsprosess. Urbanisering skjer ikke bare ved at tynt befolkede områder fraflyttes, men kan også skje innenfor tynt befolkede områder. Den generelle tendensen i de svært tynt befolkede områder i Norden at de største byene vokser, de mellomstore bo- og arbeidsmarkedsregionene har noenlunde stabile folketall, mens de mest spredtbygde områdene taper mest folketall.⁵¹² Som nevnt under punkt 1.3.4., påpekte OECDs rapport om de nordligst tynt befolkede områdene i 2017 at urbanisering innenfor tynt befolkede områder kan gjøre regionene i bedre stand til å håndtere periferiulemper.⁵¹³ En av de sentrale anbefalingene for nordområdene fra rapporten var således å styrke arbeidsmarkeder og tjenestetilbud gjennom å samle befolkningen og ressurser i et mindre antall bysentra.⁵¹⁴ Kombinert med urbanisering kan altså det å hindre befolkningsnedgangen i tynt befolkede områder alene være et godt tiltak for å fremme den økonomiske utviklingen. OECDs påpekning synes for øvrig ikke å være faglig kontroversiell. Den i tråd med et bredt konsensus. I produktivitetskommissjonens to utredninger fra 2015 og 2016 fremheves det at

⁵¹² Se blant annet for Norges vedkommende NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*, side 128. Se også Jonas Stein, «The Striking Similarities between Northern Norway and Northern Sweden», *Arctic Review on Law and Politics* vol. 10, 2019, s. 79 – 102, punkt 4.1, se også RDA-evalueringens påpekning om at de fleste moderne økonomier kjennetegnes av økende urbanisering, jf. evalueringen side 82.

⁵¹³ OECD (2017), *OECD Territorial Reviews: Northern Sparsely Populated Areas*, OECD Publishing, Paris. (tilgjengelig på <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268234-en.pdf?expires=1568884039&id=id&accname=ocid195681&checksum=A34C731A125D6CCA32B32B382EE6AE6A>, sist sjekket 1. oktober 2019) på side 175

⁵¹⁴ OECD *Territorial Reviews, Northern Sparsely Populated Areas* (2017), på side 16

urbanisering spiller en nøkkelrolle for utviklingen av produktivitet.⁵¹⁵ Urbanisering som grunnleggende positivt for den økonomiske utviklingen er også fremhevet i RDA-evalueringen fra 2018.⁵¹⁶

Demografiske handikap kan altså således til en viss grad overvinnes gjennom en naturlig modernisering av bosetningsmønsteret. Dette viser at det å unngå befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder, kombinert med den løpende prosessen med modernisering av bosetningsmønsteret *innenfor* slike områder, kan fremme den økonomiske utviklingen av området.

På samme måte som for formålet om regionalt handikap, blir det vesentlig at ordningens innretning er egnet til å tilrettelegge for en mest mulig bærekraftig utvikling. Det sentrale er da at støtteområdet og soneinndelingene er trukket opp slik at det legger til rette for urbanisering. Formålet i seg selv sikrer imidlertid ikke dette, slik at også denne delen av det anførte formålet bak RDA-ordningen åpner for svakheter i forholdsmessigheten.

4.2.4.4. Formål om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret

Gjennomgangen ovenfor viser at å kompensere for regionale handikap, i prinsippet kan være akseptabelt. Dette kan også omfatte et formål om å unngå eller redusere befolkningsnedgang i svært tynt befolkede områder. En sentral forutsetning for dette, er at man legger til rette for modernisering av bosetningsmønsteret innenfor de svakerestilte regioner.

Av denne grunn fremstår formålet om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret som mer problematisk. Formålet om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret tar ikke sikte på å kompensere for regionale handikap. Målsetningen er rent demografisk, og synes ikke å fokusere på nettopp den modernisering av bosetningsmønsteret som er nødvendig for å fremme utviklingen i områder med svært lav befolkningstetthet. Formålet er ikke direkte rettet mot å kompensere for regionale handikap, eller for å unngå at de forsterkes. Snarere kan det forstås å ta sikte på å *sementere* et handikap, nemlig den spredte bosetningen i tynt

⁵¹⁵ Jf. særlig NOU 2015: 1 *Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd*, kapittel 7 om «Urbanisering og produktivitet», og NOU 2016:3 *Ved et vendepunkt: Fra ressursøkonomi til kunnskapsøkonomi*, side 37.

⁵¹⁶ Jf. 2018-evalueringen, se blant annet punkt 5.2 på side 82 flg. For urbanisering generelt, se blant annet Simona Iammarino, Andrés Rodríguez-Pose og Michal Storper, «Regional inequality in Europe: evidence, theory and policy implications» i *Journal of Economic Geography* vol 19 (2019) side 273 – 298 på side 283.

befolkede områder. Formålet er mest nærliggende å forstå slik at det søker å stanse eller bremse en alminnelig modernisering av bosetningsmønsteret innenfor de tynt befolkede områdene. Det er vanskelig å hevde at et slikt formål er i samsvar med samhørighetsmålsetningen om å fremme utviklingen i svakerestilte områder.

Et annet grunnleggende og prinsipielt problem er at regionalstøtte kun kan rettes mot de svakerestilte områdene av medlemsstatene. Dette innebærer at formålet med ordningen bare kan forfølges innenfor støtteområdet. Resultatet blir da at man innenfor de svakerestilte områdene motarbeider modernisering av bosetningsmønsteret. De sterke regionene omfattes på sin side ikke av driftsstøtteordningen, og vil høste fordelene av denne prosessen. Støtteordninger som fryser uhensiktsmessige strukturer innad i svakerestilte regioner, er lite forenlig med den grunnleggende tanken bak samhørighetsmålsetningen. Slike støtteordninger advarte Kommisjonen mot i sin første samhørighetsrapport fra 1996.⁵¹⁷ På denne bakgrunn må et formål om å bevare de distinkte trekk i bosetningsmønsteret medføre en betydelig risiko for svakheter i forholdsmessigheten.

Mens de to øvrige formål – kompensasjon av ulemper, og det å unngå befolkningsnedgang – kan forstås på en måte som samsvarer med samhørighetsmålsetningen, stiller dette seg annerledes for formålet om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret. I den grad formålet legges til grunn, synes det uunngåelig at det vil medføre svakheter i forholdsmessigheten. Hvor store svakheter det er tale om, beror på forståelsen av hva som utgjør «hovedtrekkene» i bosetningsmønsteret. Desto mer «finmasket» tilnærming man tar til å bevare bosetningsmønsteret, desto mer motarbeider man en alminnelig modernisering av bosetningsmønsteret som fremmer den regionale utviklingen. Det er vanskelig å tenke seg en tolkning av formålet som er fullt ut forenlig med et formål om å fremme utvikling i svakerestilte områder.

Siden RDA-ordningens formål er både blandet og noe uklart, kan dette i seg selv likevel ikke være grunnlag for å konstatere tydelig svikt ved forholdsmessigheten. Men i den grad et formål om en nokså finmasket bevaring av bosetningsstrukturen kommer til uttrykk i RDA-

⁵¹⁷ Kommisjonens «1st Report on Cohesion Policy» 1996 side 14 (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/42144/1/1st_social_cohesion.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

ordningens virkninger, vil slike virkninger neppe kunne anses å bidra til formålet om regional utvikling.

4.2.5. Oppsummering

Svakheter i angivelsen av formålskravet er neppe i seg selv grunnlag for tydelig svikt ved forholdsmessigheten. Dette både fordi utvikling av svakerestilte regioner er en sikker fellesinteresse, og fordi det generelt må forventes lite inngripende domstolsprøving av denne delen av forholdsmessighetskravet. Den norske notifikasjonen er imidlertid klar på hva som er RDA-ordningens presise og grunnleggende formål. De tre varianter av begrunnelse medfører alle en risiko for at ordningen helt eller delvis går på tvers av samørighetsmålsetningen om å fremme utviklingen av svakerestilte regioner. Målsetningen om å bevare hovedtrekkene i bosetningsmønsteret er særlig vanskelig å forene med samørighetsmålsetningen om å fremme utviklingen i svakerestilte områder.

Hvorvidt svakhetene i angivelsen av formålet får betydning, er avhengig av ordningens nærmere innretning. Fordi formålene til RDA-ordningen ikke ligger tydelig innenfor samørighetsmålsetningen, er det vesentlig at ordningens nødvendighet og egnethet for regional utvikling er godt begrunnet. Verken notifikasjonen eller godkjenningen følger heller retningslinjenes sammenblanding av formål og nødvendighet. Godkjenningsvedtaket foretar ikke noen nærmere vurdering av om driftsstøtte er nødvendig under selve formålet. Dette er prinsipielt sett mest i samsvar med forholdsmessighetskravet, og tilnærmingen er ikke i seg selv kritikkverdigg. Men det er nødvendig å være oppmerksom på at godkjenningsvedtaket ikke har gjort den nærmere vurderingen av nødvendighet under formålkravet som både retningslinjene og det spesifikke forholdsmessighetskravet for driftsstøtte krever.

Svakheter i formålsangivelsen reiser også spørsmålet om det er mulig å regulere formålkravet bedre i retningslinjene. Dette spørsmålet diskuteres nærmere i kapittel syv.

4.3. Generell nødvendighet

4.3.1. Generell nødvendighet i RAG 2014

Det generelle nødvendighetskravet innebærer et krav om at markedet i seg selv ikke realiserer den aktuelle fellesinteressen.⁵¹⁸ I de alminnelige vurderingsprinsippene RAG 2014 bygger på, er dette formulert slik at støtte må rettes mot situasjonen hvor den kan gi en vesentlig forbedring som markedet selv ikke kan gi, hvor dette blant annet eksemplifiseres med samhörighetshensyn.⁵¹⁹ For regionalstøtte operasjonaliseres dette gjennom regler for fastsettelse av støttekart som identifiserer svakerestilte områder. I disse støtteberettigede områdene legger retningslinjene til grunn at markedet ikke realiserer samhörighetsmålsetningen, og at det dermed foreligger et behov for statsstøtte.⁵²⁰

Reglene om støttekart har bestemmelser som er tilpasset de nordiske land, og tillater at støttekart fastsettes basert på områder med lav befolkningstetthet. Retningslinjene legger ikke opp til noen ytterligere vurdering av nødvendighet for regionalstøtte enn dette. RDA-ordningen har et geografisk virkeområde som er innenfor – og snevrere – en Norges godkjente støttekart for perioden 2014 – 2020. I den forstand kan det anføres at det generelt er godtgjort at statsstøtte er nødvendig.

Som drøftet under punkt 3.4.5., må det alminnelige forholdsmessighetskravet sannsynligvis forstås slik at nødvendigheten av driftsstøtte må særskilt godtgjøres. Det sentrale spørsmålet blir da om godkjenningsvedtaket underbygger at det er nødvendig med driftsstøtte i RDA-ordningens virkeområde. Dette kommer også til uttrykk i RAG 2014, men da under formålskravet, jf. foran under punkt 5.2.1.

RAG 2014 inneholder egne regler om det geografiske virkeområde til driftsstøtteordninger. Mens det alminnelige støttekartet anerkjenner områder med *lav* befolkningstetthet som svakere stilt, kan driftsstøtte kun gis i områder med *svært lav* befolkningstetthet.⁵²¹ Dette kan

⁵¹⁸ Jf. punkt 3.3.4.2.

⁵¹⁹ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 26 bokstav b.

⁵²⁰ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 46.

⁵²¹ Retningslinjene definerer det slik at tynt befolkede områder er såkalte «nivå 3-regioner» (for Norges del fylker) med mindre enn 12,5 innbyggere per km², mens svært tynt befolkede områder er «nivå 2-regioner» (for Norges

sees på som en særskilt regulering av nødvendigheten for driftsstøtteordninger. I selve operasjonaliseringen av vilkåret om generell nødvendighet krever ikke RAG 2014 noen ytterligere vurdering av den generelle nødvendigheten til regionalstøtte, enn at den må være innenfor et godkjent støtteområde. Et slikt krav er som nevnt nedfelt under formålskravet, og til dels også under kravet om incentiveeffekt.⁵²² Både den norske notifikasjonen og ESAs godkjenning foretar en ytterligere vurdering av den generelle nødvendigheten.

Et sentralt spørsmål er hva som skal til for å godtgjøre at driftsstøtte er nødvendig. Generelt skal driftsstøtte forbeholdes «usedvanlige» tilfeller. Det er imidlertid uklart hvilke tilfeller dette kan dreie seg om. I regionalstøttepraksis har derimot utgangspunktet vært at driftsstøtte først og fremst er nødvendig hvor det foreligger permanente eller alvorlige regionale ulemper. Dette kommer også til uttrykk i RAG 2014 både under punkt 6, og punkt 3.2.3. som er sitert under formålskravet.⁵²³

Dette reiser igjen spørsmålet om hva som ligger i «permanente» eller «alvorlige» regionale ulemper. Kommisjonen trakk opp de første prinsipielle føringene i regionalstøttereigningslinjene i 1988. Det ble da uttalt at på grunn av de alvorlige utfordringene i bokstav a-regionene⁵²⁴, var ikke investeringsstøtte alltid egnet eller tilstrekkelig for å sikre økonomisk utvikling. Kommisjonen pekte på to typer tilfeller: For det første de regionene som var så lite utviklet at selv det å opprettholde dagens aktivitet var ekstremt vanskelig. Driftsstøtte kunne da være nødvendig for å opprettholde dagens aktivitet i en viss periode som forutsetning for å klare å skape ny aktivitet. For det andre pekte Kommisjonen på strukturelle ulemper knyttet til perifer beliggenhet. Slike regioner var rammet av en permanent kostnadsulempe.⁵²⁵ Den samme tankegangen er ført videre i senere

del en inndeling i 7 «landsdeler» med aggregerte fylker) med mindre enn 8 innbyggere per km². Nærmere om dette under punkt 5.3.2.X.

⁵²² Jf. punkt 5.4. nedenfor.

⁵²³ Se også Ramona Ianus og Massimo Francesco Orzan, «Aid Subject to a Discretionary Assessment under Article 107(3) TFEU» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 244 – 245.

⁵²⁴ Bokstav a-regionene sikter til regioner som omfattes av unntaket i TEUV artikkel 107 nr. 3 bokstav a, med andre ord regionene som er vesentlig svakere enn det gjennomsnittet i EU.

⁵²⁵ Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10) punkt I.6.

Kommisjonsvedtak 2003/442/EC av 11. desember 2002 om the part of the scheme adapting the national tax

retningslinjer. RAG 2014 presiserer som nevnt under formålkravet nettopp det at driftsstøtte er påtenkt tilfeller hvor hindringene for å tiltrekke eller bevare økonomisk aktivitet er «so severe or permanent» at investeringsstøtte alene ikke gir utvikling av områdene.⁵²⁶

I Norden er det noen særlige regionale utfordringer som gjør seg gjeldende. Da de nordiske landene gikk inn i EU og EØS-samarbeidet, ble retningslinjene endret for å ta hensyn til dette. Man la da til grunn at landene hadde særlige regionale utfordringer knyttet til periferi nordlig beliggenhet, vanskelige klimatiske forhold, svært lange avstander internt, og svært lav befolkningstetthet.⁵²⁷ Disse ulempene er dels permanente. I den grad de ikke er permanente, kan de også etter omstendighetene være å anse som alvorlige.

Et generelt svar på hva som skal til for å godtgjøre at driftsstøtte er nødvendig, er således at det må godtgjøres permanente eller alvorlige regionale ulemper. Fordi driftsstøtte skal forbeholdes usedvanlige tilfeller, må terskelen må i det minste være så høy at ulempene er markert verre enn vanlige regionale ulemper generelt i EU/EØS.

I denne delen vil jeg således gjennomgå både fastsettelsen av støtteområdet for RDA-ordningen, og den utfyllende vurderingen av støtteordningens nødvendighet i godkjenningsvedtaket. Spørsmålet er om disse enkeltvis eller samlet sannsynliggjør at det er nødvendig med driftsstøtte i støtteområdet. Jeg tar først for meg fastsettelsen av RDA-ordningens geografiske virkeområde.

4.3.2. Fastsettelse av støtteområde i notifikasjon og godkjenning

Reglene i retningslinjene om fastsettelse av støtteområdet er teknisk pregede vurderinger. Det er antakelig ikke mulig å komme unna teknisk preget vurderinger om man først ønsker felles regler for selve fastsettelsen av støtteområder på tvers av alle EØS-land. At vurderingene

⁵²⁶ Se også Kommisjonsvedtak 2000/394/EC av 25. november 1999 on aid to firms in Venice and Chioggia by way of relief from social security contributions under Laws Nos 30/1997 and 206/1995 (OJ L 150, 23. Juni 2000), hvor italiensk driftsstøtte i Venezia og Chioggia ble avslått direkte under bokstav c-unntaket fordi områdene ikke var rammet av «acute problems of economic and social cohesion», jf. avsnitt 74.

⁵²⁷ Jf. Commission communication on Changes to the method for the application of Article 92 (3) (c) of the EC Treaty to regional aid, 94/C 364/06 (OJ C 364, 20. desember 1994 side 8-10)

er teknisk pregede, begrenser et stykke på vei hvor godt selve fastsettelsen av støtteområdet kan identifisere de relevante regionale ulemper.

Reglene må blant annet ta utgangspunkt i en eller annen geografisk enhet som kan anvendes overfor alle stater. Statsstøtteregelverket har – på samme måte som en rekke annet regionalt rettet regelverk i EU – bygget på den felleseuropeiske standarden for inndeling av regioner for statistiske formål. Denne standarden er basert på en kombinasjon av administrative inndelinger og folketall. I tilfeller hvor de administrative inndelinger til medlemsland ikke passer overens med folketallet standarden krever, må man foreta en inndeling med «sammenslåtte» administrative områder.

Etter retningslinjene er svært tynt befolkede områder såkalte «NUTS 2-regioner» med en befolkningstetthet på mindre enn 8 innbyggere per km². Begrepet NUTS 2-regioner sikter til den felles statistiske standard i Europa. Norge har ikke administrative regioner med tilstrekkelig folketall til å matche denne inndelingen. NUTS 2-inndelingen i Norge består derfor av flere fylker vurdert under ett. Totalt deles Norge inn i syv NUTS 2-regioner.⁵²⁸ Retningslinjene åpner i tillegg for at statene kan velge ut *deler* av en slik NUTS 2-region», og også tilstøtende områder til en slik region, så lenge de tilstøtende områdene har tilsvarende befolkningstetthet på mindre enn 8 innbyggere per km².⁵²⁹ Utgangspunktet er altså NUTS 2-regioner med en befolkningstetthet på 8 innbyggere per km², men i støttekartet kan medlemsstatene også innlemme områder utenfor disse regionene, og også skjære vekk områder innenfor disse regionene.

Den norske notifikasjonen inneholder både en redegjørelse for metoden for utvelgelse av støtteområdet, og en redegjørelse av hvilke områder som rent faktisk er valgt ut. I metoden for utvelgelse fremgår det at utgangspunktet fra norsk side er de økte kostnadene i visse områder på bakgrunn av lav befolkningstetthet og lange avstander til større markeder.

⁵²⁸ Disse regionene er Oslo og Akershus, Hedmark og Oppland, Sør-Østlandet (bestående av Østfold, Buskerud, Vestfold, og Telemark), Agder og Rogaland, Vestlandet (bestående av Hordaland, Sogn og Fjordane, og Møre og Romsdal), Trøndelag, og Nord-Norge.

⁵²⁹ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 149.

Vurderingen av disse økte kostnadene baserer seg på distriktsindeksen, som måler regionale utfordringer basert på et sett indikatorer knyttet til geografi, demografi, økonomisk utvikling, og inntekt. Derneft er det lagt ekstra vekt på befolkningstetthet og befolkningsutvikling, hvilket retningslinjene begrunner med at er retningslinjenes kriterium for fastsettelse av støtteområdet.⁵³⁰ I redegjørelsen for valg av støtteområde, fremgår det hvilke kommuner som er valgt ut. Nord-Norge er inkludert i sin helhet som nivå 2-region. Hedmark og Oppland utgjør den andre nivå 2-regionen med tilstrekkelig lav befolkningstetthet. I denne regionen er bykommunene rundt Mjøsa ikke inkludert. I tillegg omfatter ordningen tilstøtende områder til både Hedmark og Oppland og Nord-Norge.⁵³¹ Sammenlignet med ordningen fra 2007 – 2013 ble 29 nye kommuner innlemmet. Dette bestod av en geografisk utvidelse av ordningen i Sør-Norge og til dels Midt-Norge slik at virkeområdet ble flyttet nærmere de største byene.

Det anføres i notifikasjonen at fleksibiliteten i fastsettelse av støtteområdet er nødvendig for å unngå at man forskjellsbehandler områder som møter de samme utfordringer. Samtidig legges det til grunn at kravet om sammenhengende område hindrer stater fra å velge ut mindre områder som er omgitt av mer tett befolkede områder.⁵³²

ESAs godkjenningsvedtak vurderer det støtteberettigede området før de går nærmere inn i de alminnelige vurderingsprinsippene. Vedtaket er kort, og viser til at norske myndigheter har inkludert de to nivå 2-områder som har tilstrekkelig lav befolkningstetthet, i tillegg til tilstøtende områder til henholdsvis Nord-Norge og Hedmark og Oppland. På denne bakgrunn finner ESA at områdene kvalifiserer som svært tynt befolkede områder etter RAG.⁵³³

4.3.3. Underbygger fastsettelsen av støtteområdet nødvendigheten?

Generelt er det gjennom reglene om fastsettelse av støtteområdet av retningslinjene vurderer hvorvidt det er generelt nødvendig med regionalstøtte. Det derfor grunn til å vurdere for RDA-godkjenningens vedkommende i hvilken grad fastsettelsen av støtteområdet i seg selv underbygger at det er nødvendig med driftsstøtte. Med andre ord om fastsettelsen av

⁵³⁰ Jf. notifikasjonen s. 8–11.

⁵³¹ Se figur 1 under punkt 1.3.1. på side 20. De tilstøtende områdene omfatter en rekke kommuner i Trøndelag, Møre og Romsdal, Sogn og Fjordane, Hordaland, Rogaland, Aust-Agder, Vest-Agder, Telemark og Buskerud.

⁵³² Jf. notifikasjonen side 9.

⁵³³ Godkjenningsvedtaket avsnitt 81.

støtteområdet underbygger at ordningen er rettet mot områder med permanente eller alvorlige regionale ulemper.

Utgangspunktet for fastsettelsen av støttekartet er de såkalte «nivå 2»-regionene, som i Norge da består av Nord-Norge, og Hedmark og Oppland. Dette er begge arealmessig forholdsvis store regioner. Siden regionene i sin helhet har svært lav befolkningstetthet, er det i alle fall et stykke på vei på det rene at de er rammet av ulemper i form av et svært lavt befolkningsgrunnlag. Derimot gir fastsettelsen av støtteområde liten indikasjon på avstandsulemper utenfor egen region. Den tar ikke hensyn til hvor store markeder som befinner seg utenfor grensene til NUTS 2-regionene. For Hedmark og Opplands vedkommende, ligger eksempelvis regionen nært Oslo-regionen, og også forholdsvis nært andre store byregioner i Norden.

Det er videre uklart hvorfor akkurat 8 innbyggere per km², skal trekke grensen for når driftsstøtte er påkrevd eller ikke. Et nærliggende svar er at regelen i RAG 2014 er utformet nettopp for å muliggjøre at akkurat disse «Nivå 2-regionene» kan inkluderes i RDA-ordningen.⁵³⁴ Det foreligger i alle fall ikke noe faktisk grunnlag for øvrig som tilsier at det er akkurat på 8 innbyggere per km² hvor grensen skal trekkes. Verken utgangspunktet i NUTS 2-regionene – eller inkluderingen av det tilstøtende området – fanger heller ikke opp hvorvidt det er store markeder i nær avstand til støtteområdet. Fastsettelsen av støtteområdet er derfor lite egnet i seg selv til å underbygge at driftsstøtte er nødvendig.

Generelt kan det sies at retningslinjene i det minste sørger for noe snevrere rammer for RDA-ordningen enn norsk regionalstøtte for øvrig. Kravet til lav befolkningstetthet er strengere for driftsstøtte, enn for støttekartet for øvrig. Samtidig har medlemsstatene fleksibilitet til å fravike den geografiske enheten, og innlemme tilstøtende områder til de geografiske enhetene som kvalifiserer. Dette åpner i enda større grad for å strekke RDA-ordningen geografisk til områder som er enda nærmere større byer og de europeiske markedene. Retningslinjene stiller riktignok krav til at de tilstøtende områdene må være mindre («smaller

⁵³⁴ Nord-Norge hadde en befolkningstetthet på ca. 4.5/km², mens Hedmark og Oppland hadde en befolkningstetthet på ca. 7.5/km². De øvrige nivå 2-regioner i Norge har ellers mellom ca 12/km² (Trøndelag), 32/km² (Agder og Rogaland), og 252/km² (Oslo og Akershus).

contiguous areas»), hvilket kan begrense denne fleksibiliteten. Dette er imidlertid avhengig av hvor strengt dette tolkes.

RDA-ordningens støtteområde er gjennom utvidelsen i 2014, strukket ut i et nokså stort geografisk område. Arealmessig utgjør Hedmark og Oppland 52 590 km². Det tilstøtende området til de to fylkene utgjør på sin side noe over 70 000 km².⁵³⁵ Det kan derfor synes diskutabelt at det er tale om et *mindre* tilstøtende område som er innlemmet i ordningen, slik retningslinjene forutsetter.

Det er i denne forbindelse grunn til å påpeke at flere av kommunene i ordningen ligger nært sterke byregioner. Dette omfatter eksempelvis flere kommuner med nærhet til Oslo. Kongsvinger og Sør-Odal er inkludert, hvor avstandene til Oslo er henholdsvis 93 km og 74 km. Kommuner like tett eller enda tettere på byområder finner vi også rundt Trondheim, Bergen, Stavanger og Kristiansand. Eksempelvis er Meråker kommune og Meldal kommune inkludert i støtteområdet. Kommunesentrene i disse kommunene er ca. 75 km unna Trondheim. Tilsvarende eksempel finner vi med Kvam kommune ved Bergen. Rundt Kristiansand finner vi eksempelvis kommunen Ivedal inkludert, hvor kommunesenteret Birketveit er 45 km unna Kristiansand. Lignende eksempel er ved Stavanger, hvor Finnøy kommune med kommunesenteret Judaberg 40 km unna Stavanger, er innlemmet i støtteområdet.

RDA-ordningens virkeområde fanger dermed opp mange kommuner som ligger tett inntil de største by- og arbeidsmarkedsregionene i Norge. Avstanden til større markeder utenfor landet er også nokså alminnelig i en europeisk kontekst. Den norske anførselen i notifikasjonen om at kravet til sammenhengende støtteområde hindrer at stater kan velge ut områder som er omringet av befolkningstette områder, er i denne sammenheng lite treffende. Alle større byer i Norge ligger ved kysten, og kan umulig omringes av tettbebygde områder. Det praktiske problemet i Norge er hvor nært opp mot byene ved kysten støtteområdet bør strekke seg. Dette problemet løses ikke av kravet om et sammenhengende område.

⁵³⁵ Tallet fremkommer ikke uttrykkelig av 2014-notifikasjonen, men fremgår blant annet av å sammenholde opplysningen om befolkning og befolkningstetthet for det tilstøtende området på side 28.

Slik notifikasjonen begrunner valg av støtteområdet, er valget begrunnet i de handikap som identifiseres gjennom distriktsindeksen. Dette burde tilsi at valg av støtteområde er holdbar. For fastsettelsen av støtteområdet presenterer imidlertid snittet av distriktsindeksen for Nord-Norge og Innlandet under ett, og de tilstøtende områder under ett. Denne fremgangsmåten gir for det første en risiko for at det tilstøtende området delvis omfatter regioner uten et særlig behov for støtteordningen. For det andre går ikke notifikasjonen heller grundig inn i distriktsindeksen på dette punkt. Dette gjøres først under punktet om proporsjonalitet (minimumsprinsippet). Hvorvidt distriktsindeksen rent faktisk er et godt uttrykk for behovet for RDA-ordningen, blir dermed ikke godtgjort.

Samlet sett underbygger derfor ikke fastsettelsen av støtteområdet nødvendigheten av RDA-ordningen. Reglene om fastsettelse av støtteområde er i utgangspunktet mindre egnet til å identifisere områder med permanente eller vesentlige regionale handikap. Dette forverres også av en svært romslig anvendelse av hjemmelen om å innlemme *mindre* tilstøtende områder til nivå 2-regionene som teknisk sett kvalifiserer. Den konkrete geografiske utvelgelsen fremstår videre som diskutabel. På samme måte som for formålet, kan de mulige svakhetene avhjelpes gjennom de senere trinn i forenlighetsvurderingen. Det er derfor nødvendig å vurdere den etterfølgende redegjørelsen av hvorfor RDA-ordningen er nødvendig.

Så langt er bildet at RDA-ordningen har et til dels uklart formål, og at fastsettelsen av støtteområdet åpner for å inkludere geografiske områder hvor nødvendigheten av ordningen fremstår tvilsom. Det er nærliggende at kommuner tett inntil storbyregioner er inkludert ut fra en tankegang om å bevare bosetningsstruktur, snarere enn fordi de er rammet av vesentlige og permanente regionale ulemper.

I følge notifikasjonen skal imidlertid utvelgelsen være i samsvar med økte kostnader på grunn av regionale ulemper, hvilket dokumenteres gjennom distriktsindeksen. Dette er det derfor grunn til å vurdere nærmere. Før jeg vurderer distriktsindeksen som uttrykk for regionale ulemper, skal jeg imidlertid behandle ESAs vurdering av den generelle nødvendigheten.

4.3.4. Generell nødvendighet i notifikasjon og godkjenning

Selv om ikke retningslinjene uttrykkelig krever det, kommer notifikasjonen som nevnt med en redegjørelse av den generelle nødvendigheten utover fastsettelsen av støtteområdet. Notifikasjonen viser til at statsstøtte generelt anses nødvendig i områdene som er omfattet av det godkjente støttekartet. Norge uttalte imidlertid at de ville godtgjøre hvorfor det var behov for driftsstøtte i form av lavere arbeidsgiveravgift i det utvalgte geografiske området.

Notifikasjonen viser deretter til at det støtteberettigede området hadde vesentlig lavere vekst i sysselsettingen enn resten av Norge (5.2% mot 16.2%). Med bakgrunn i en studie fra Cappelen og Stambøl uttalte Norge at det måtte antas at forskjellen ville vært enda større disse årene dersom RDA-ordningen ikke hadde eksistert.⁵³⁶ Deretter gikk notifikasjonen igjennom statistikk som viser at det støtteberettigede området samlet sett har en befolkningstetthet på 4.1 per km² – langt under det alminnelige kravet til 8 per km². I tillegg til dette viste statistikken at befolkningsveksten i det støtteberettigede området var nær null, mens det var på 13.8% i området utenfor. Norge begrunnet også hvorfor problemet sannsynligvis ville vedvare eller bli verre. Dette var både på grunn av at den unormalt høye innvandringen fra blant annet EØS-området til RDA-området ikke kunne forventes å vare, dernest at andelen i reproduktiv alder var synkende.⁵³⁷

I sitt godkjenningsvedtak viser ESA til denne redegjørelsen fra norske myndigheter. Deretter uttales det kort at organet har vurdert informasjonen, og funnet at det er et behov for statlige tiltak for å redusere eller hindre befolkningsnedgang i det støtteberettigede området.⁵³⁸

4.3.5. Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av generell nødvendighet?

ESAs vurdering av den generelle nødvendigheten begrenser seg til å konstatere at det er nødvendig med statlige tiltak for å hindre eller redusere befolkningsnedgang i støtteområdet. Befolkningsnedgang i støtteområdet er i seg selv ikke uttrykk for permanente eller alvorlige

⁵³⁶ Studien Ådne Cappelen og Lasse Sigbjørn Stambøl, «Virksomheter og å fjerne regionale forskjeller i arbeidsgiveravgiften og noen mulige mottiltak» (SSB Notater 2003/31), (tilgjengelig på https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/notat_200331/notat_200331.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

⁵³⁷ 2014-notifikasjonen side 15 – 20.

⁵³⁸ Godkjenningsvedtaket side 19.

regionale utfordringer. Mange regioner i EU/EØS opplever befolkningsnedgang, eller risiko for befolkningsnedgang. Dette forhold kan ikke i seg selv være tilstrekkelig til å begrunne driftsstøtte.

På den annen side kan det anføres at kombinasjonen av risiko for befolkningsnedgang, og svært lav befolkningstetthet, er en usedvanlig omstendighet. Heller ikke dette godtgjør nødvendigvis at driftsstøtte er nødvendig. Hvorvidt det foreligger permanente eller alvorlige regionale ulemper, beror på en rekke forhold. Ytterkantene av støtteområdet kan være svært lite påvirket av befolkningsutviklingen i støtteområdet. De kan også være svært lite rammet av ulempene som knytter seg til svært lav befolkningstetthet, og av eventuell nedgang innenfor området. Dette fordi den økonomiske aktiviteten hovedsakelig sokner inn mot storbyregionene de tar del i.

Andre ulemper bortsett fra selve befolkningsnedgangen, blir heller ikke identifisert i godkjenningsvedtaket. RDA-godkjenningen lider tilsynelatende ikke bare av et uklart formål, men også av svak identifikasjon av behovet for støtte, og identifikasjon av de regionale handikap som må avhjelpes.

Det kan tenkes at godkjenningsvedtaket implisitt vurderer nødvendigheten som godtgjort gjennom den såkalte distriktsindeksen. Notifikasjonen viser selv til at distriktsindeksen er uttrykk for graden av strukturelle og regionale utfordringer i norske kommuner.⁵³⁹ Notifikasjonen anfører videre at distriktsindeksen kan brukes for å skille sentrale områder fra perifere.⁵⁴⁰ I godkjenningsvedtakets gjengivelse av den norske notifikasjonen, uttaler ESA at indeksen nettopp godtgjør nødvendigheten og egnetheten av ordningen.⁵⁴¹ Tilsynelatende bygger ESA på indeksen i vurderingen av om støttenivået er proporsjonalt (minimumsprinsippet).⁵⁴² I et tilfelle hvor vedtaket angripes på grunn av manglende vurdering av nødvendigheten, vil det derfor trolig være mulig å argumentere med at godkjenningen implisitt bygger på distriktsindeksen for å anse støtteordningen som nødvendig. Svakheterne i nødvendighetsvurderingen beror i så fall på hvorvidt distriktsindeksen dokumenterer

⁵³⁹ 2014-notifikasjonen side 9.

⁵⁴⁰ 2014-notifiaksjonen side 10.

⁵⁴¹ Godkjenningsvedtaket avsnitt 19.

⁵⁴² Godkjenningsvedtaket avsnitt 116.

nødvendigheten av RDA-ordningen. Det er derfor nødvendig å vurdere distriktsindeksen nærmere for å ta stilling til holdbarheten av nødvendighetsvurderingen.

4.3.6. Nærmere om distriktsindeksen som uttrykk for nødvendighet

Det fremgår av notifikasjonen at distriktsindeksen skal identifisere de økte kostnader og vanskeligere konkurranseforhold som skyldes svært lav befolkningstetthet og lange avstander til større markeder. I tillegg fanger den opp lav befolkningstetthet, og svak befolkningsutvikling generelt.⁵⁴³ I den grad det er riktig at distriktsindeksen dokumenterer *graden av strukturelle og regionale utfordringer* i norske kommuner, er det mindre grunn til å stille spørsmål ved nødvendighetsvurderingen i godkjenningsvedtaket. De ulemper distriktsindeksen anføres å godtgjøre, er nettopp de vesentlige ulemper som rammer alle (eller de fleste) foretak i tynt befolkede områder, som forverres ved ytterligere nedgang i den økonomiske aktiviteten generelt, og dermed kan begrunne permanent og horisontal driftsstøtte. Det er altså nødvendig å vurdere nærmere om distriktsindeksen – slik notifikasjonen anfører – nettopp måler disse ulempene.

Notifikasjonen gjennomgår hovedpunktene i distriktsindeksen for 2013. Indeksen tar utgangspunkt i kommuneinndelingen, og rangerer samtlige kommuner etter fire indikatorer. Hver indikator ble tillagt en bestemt vekt, som i det følgende er angitt i parentes: geografi (40), demografi (30), økonomisk utvikling (20) og arbeidsmarked, og inntekt (10).⁵⁴⁴ Indeksen bestod således av en kombinasjon av handikap (geografi og demografi), og symptomer på handikap (økonomisk utvikling og inntekt). Disse indikatorene fremgår av en tabell i notifikasjonen hvor innholdet er som følger:

Indikator	Underindikatorer	Vekt	Sum vekt
Geografi	Sentralitet, antall innbyggere i lokale sentra av ulikt folketall	20	40
	Befolkningstetthet (innbyggere per km ²)	10	
	Reisetid til Oslo i minutter	10	
Demografi	Befolkningsvekst side 10 år	20	

⁵⁴³ 2014-notifikasjonen side 9.

⁵⁴⁴ Se nærmere Kommunal- og regionaldepartementets rapport av 27. juni 2013 (revidert 1. juli 2013) «Distriktsindeksen 2013 – metode, datakilder og kvalitetssikring», tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/a68496278db445a9bbf85a7ccb54c143/distriktsindeksen-2013---metode-datakilder-og-kvalitetssikring-rev.-1.7.2013.pdf> (sist sjekket 1. oktober 2019).

	Andel av befolkningen 67 år og over	5	
	Andel kvinner i aldersgruppen 20-39 år	5	20
Økonomisk utvikling, arbeidsmarked	Andel yrkesaktive med bosted i kommunen i aldersgruppen 20-64 år	10	
	Sysselsettingsvekst siste 10 år	10	20
Inntekt	Inntekt per skattyter, 17 år og over	10	10

Tematikken i indeksen synes dermed stort sett å samsvare med de handikap som notifikasjonen uttaler at indeksen skal gjenspeile, nemlig lange avstander til større markeder, lav befolkningstetthet, og befolkningsutvikling. Ser man nærmere på indikatorene, blir imidlertid bildet annerledes.

Den første indikatoren, geografi, er målt gjennom tre underindikatorer: sentralitet, befolkningstetthet, og reisetid til Oslo. Sentralitet måles gjennom en egen sentralitetsindeks. Sentralitetsindeksen er basert på antall arbeidsplasser i det som ansees å være den aktuelle arbeidsmarkedsregionen, kombinert med avstand til et senter av en viss størrelse i en viss reiseavstand. Denne reiseavstanden varierer mellom 30 minutter og 90 minutter. Sentra lengre vekk enn 90 minutter holdes utenfor vurderingen. Sentralitetsindeksen måler derfor i det alt vesentlige det som kan betegnes som sentralitet av lokal art. Dette blir tydelig blant annet om man sammenligner sentralitetstallet for «rurale» kommuner forholdsvis nært Oslo, med svært perifere kommuner med en viss tettstedsstruktur: Flå kommune, hvor administrasjonssenteret ligger henholdsvis 62 km og 115 km i avstand fra Hønefoss og Oslo, fikk en lavere poengsum på sentralitet enn Nesseby og Vadsø. Sistnevnte ligger begge øst i Finnmark fylke, og har en kjøreavstand til Oslo på 1.846 eller 2.382 km, avhengig av om man kjører gjennom Sverige/Finland, eller Norge.⁵⁴⁵ I følge sentralitetsindeksen er altså Nesseby og Vadsø mer sentrale kommuner enn Flå, tross at sistnevnte lå forholdsvis nært en mellomstor by, og 15 – 20 ganger nærmere hovedstaden. Sentralitetsindeksen er derfor grunnleggende uegnet til å uttrykke lange avstander til større markedet. Det den uttrykker er i all hovedsak størrelsen på det umiddelbare nærmarkedet.

⁵⁴⁵ Jf. Kommunal- og regionaldepartementets rapport av 27. juni 2013 (revidert 1. juli 2013) «Distriktsindeksen 2013 – metode, datakilder og kvalitetssikring» side 23, 34 og 35.

Den andre underindikatoren for geografi er befolkningstetthet. Siden indikatoren er basert på kommuner, måles dette ut fra befolkningstettheten i hver enkelt kommune. Dette er i de aller fleste tilfeller en snevrere geografisk enhet enn bo- og arbeidsmarkedsregioner. Hva som er befolkningstettheten omlandet utenfor kommunegrensen holdes derfor utenfor indikatoren. Kriteriet befolkningstetthet vektlegger således et enda mer lokalt forhold. Konsekvensen er at geografiindikatoren dras enda mer i retning av å måle en form for «lokal sentralitet».

Den siste underindikatoren – reisetid til Oslo – kan til en viss grad sees på som uttrykk for avstandsulemper utenfor egen nærregion. I vekt utgjør den imidlertid bare 25% av geografiindikatoren. Et større problem er at reisetiden måles i minutter etter korteste reisemåte. Flytiden blir dermed brukt i de tilfeller hvor denne er kortere enn kjøretiden. Dette innebærer eksempelvis at Bodø fikk omtrent samme poengsum som Mandal, og også samme poengsum som kommuner som var drøye 20 mil i veiavstand nord for Oslo.⁵⁴⁶ Indikatoren korrigerer således *noe* for tilgang til markeder utenfor nærregion, men hovedsakelig kun for kommuner i kort kjøreavstand til Oslo. Indikatoren gir derfor i liten grad uttrykk for avstander til større markeder nasjonalt. For avstand til større markeder i Europa blir den i stor grad misvisende. Dette illustreres tydelig av at Bodø får en bedre poengsum enn Kristiansand, selv om sistnevnte ligger forholdsvis nært de aller største europeiske markedene.

Distriktsindeksens måling av geografiske områder inneholdt således to underindikatorer grunnleggende uegnet til å fange opp avstandsulemper, og én indikator som i det vesentlige er uegnet til å fange opp avstandsulemper. Indeksen dokumenterer ikke økte kostnader på grunn av lange avstander til større markeder. Økte kostnader på grunn av lav befolkningstetthet blir kun målt innenfor hver enkelt kommunegrense. De vesentlige kostnader knyttet til lav befolkningstetthet oppstår imidlertid først og fremst når det er store avstander til større konsentrasjoner av bosetning. Det er derfor svært lite dekning for notifikasjonens påstand om at indeksen identifiserer økte kostnader og vanskeligere konkurranseforhold som skyldes svært lav befolkningstetthet, og lange avstander til større markeder.

⁵⁴⁶ Dette gjelder blant annet Stor-Elvdal og Jølster, se Jf. Kommunal- og regionaldepartementets rapport av 27. juni 2013 (revidert 1. juli 2013) «Distriktsindeksen 2013 – metode, datakilder og kvalitetssikring» side 22 og 29. Et annet eksempel er Alta, som med poengsummen 2,4 ligger over Vågå kommune (1,7), 318 km nord for Oslo.

Spørsmålet er så om nødvendigheten kan underbygges av de øvrige indikatorene. Indikatorene for demografi, økonomisk utvikling og inntekt forsøker ikke å måle de faktiske handikap. De måler i stedet symptomer på regionale handikap.⁵⁴⁷ Regioner som er rammet av vesentlige ulemper vil ofte prestere dårligere på disse indikatorene. I den grad geografiindeksen ikke fanger opp regionale ulemper, kan denne svakheten dermed avhjelpes gjennom at symptomene måles via de tre neste indikatorene. De regionale ulemper i form av lange avstander og svært lav befolkningstetthet vil i alle fall et stykke på vei gjenspeiles gjennom en svakere utvikling i befolkning, økonomi, og inntekt.

En slik svak utvikling behøver imidlertid ikke knytte seg til de vesentlige handikap i svært tynt befolkede områder. Svak utvikling i de ulike enkeltkommunene kan også være forårsaket av alminnelige følger av moderniseringen i den økonomiske strukturen. Dette omfatter både overgang fra primær- og sekundærnæringer til mer kunnskapsintensiv tjenesteproduksjon, og den generelle trenden mot urbanisering som finner sted i alle utviklede økonomier. Dersom man godtar driftsstøtte på et slikt grunnlag, må man akseptere utstrakt bruk av horisontale driftsstøtte i nær sagt ethvert medlemsland for å dempe urbanisering og modernisering av bosetningsstruktur. Slike regionale skjevheter må derfor ligge utenfor de usedvanlige tilfeller som kan begrunne driftsstøtte. Indikatorene for demografi, økonomisk utvikling og inntekt kan således ikke avhjelpe den manglende identifikasjon av de vesentlige og særlige handikap som kan begrunne horisontal driftsstøtte.

Den manglende vurderingen av nødvendigheten av driftsstøtte kan således ikke anses avhjulpet gjennom distriktsindeksen. Betydningen av denne svakheten forsterkes av RDA-ordningens blandede formål: Fordi distriktsindeksen i all hovedsak måler sentralitet av «lokal art», er det nærliggende at svakheten vil vri RDA-ordningen i retning av en finmasket bevaring av dagens bosetningsstruktur. Tilsvarende vil den vri RDA-ordningen vekk fra å kompensere for vesentlige og permanente geografiske ulemper.

⁵⁴⁷ Jf. også Kommunal- og regionaldepartementets utkast til rapport om distriktsindeksen, sendt til uttalelse til kommuner og fylkeskommuner i slutten av 2017 (tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/contentassets/9dc1e3258bad46f0bc911b02e7131c30/distriktsindeksen_uttalelse.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

4.3.7. Oppsummering

Verken fastsettelsen av det støtteberettigede området, den generelle redegjørelsen for nødvendighet, eller distriktsindeksen, identifiser alvorlige eller permanente regionale handikap som kan begrunne driftsstøtte. Det er derfor etter min mening mye som taler for at det foreligger en tydelig svikt i forholdsmessigheten.

Hvorvidt betydning svikten skal ansees tilstrekkelig kvalifisert for å være annullasjonsgrunnlag, må bero på en nærmere vurdering. Svikten kan få betydning på to ulike måter: for det første – og mest nærliggende – kan den medføre at RDA-ordningen omfatter en rekke kommuner hvor behovet for driftsstøtte er lite, eller fraværende. For det andre kan det medføre at støttebehovet undervurderes i områder som nettopp er rammet av lange avstander og lav befolkningstetthet, men som isolert sett er tett bebygde og/eller i vekst. Problemene henger også sammen: I et samhörighetsperspektiv er det enda mer problematisk at støttebehovet undervurderes i de svakest stilte områdene, dersom støtteordningen i tillegg utvannes gjennom at den omfatter områder hvor driftsstøtte er unødvendig eller uhensiktsmessig.

I hvilken grad denne risikoen materialiserer seg, kommer tydeligere frem etter å ha gjennomgått de øvrige delene av forenlighetsvurderingen.

4.4. Konkret nødvendighet – incentiveeffekt

4.4.1. Incentiveeffekt i RAG 2014

Vilkåret om konkret nødvendighet – eller incentiveeffekt – får en annerledes betydning for driftsstøtteordninger, enn for investeringsstøtte. Som gjennomgått under punkt 3.3., er et kjennetegn ved driftsstøtte at den ikke nødvendigvis knyttes til ny økonomisk aktivitet. Den faktiske virkningen av driftsstøtte vil derfor normalt hovedsakelig være å *oppretholde* økonomisk aktivitet. Horisontale driftsstøtteordninger rettes mot all virksomhet. Det kan naturligvis ikke kreves at *all* virksomhet opprettholdes av driftsstøtteordningen. Men det må i det minste kreves at driftsstøtteordningen har en *viss* faktisk virkning på nivået av økonomisk aktivitet. Et slikt krav kommer også til uttrykk i RAG 2014 for driftsstøtteordninger under incentivkravet:

« For operating aid schemes, the incentive effect of the aid will be considered to be present if it is likely that, in the absence of aid, the level of economic activity in the area or region concerned would be significantly reduced due to the problems that the aid is intended to address. »

Etter retningslinjene foreligger det en incentiveeffekt dersom den økonomiske aktiviteten i det aktuelle området ville bli vesentlig redusert på grunn av problemene som støtten skal avhjelpe. Dette innebærer at ordningens positive virkning på den samlede økonomiske aktiviteten må sannsynliggjøres. Incentivkravet i RAG 2014 inneholder imidlertid et påfølgende avsnitt, som fraviker utgangspunktet:

« The Authority will therefore consider that the aid induces additional economic activity in the areas or regions concerned, if the EFTA State has demonstrated the existence and substantial nature of those problems in the area concerned (see paragraphs (42) and 43)).»

Det fremgår således av dette avsnittet at kravet om incentiveeffekt er oppfylt dersom medlemsstatene har godtgjort tilstedeværelsen og det betydelige omfanget av problemene i det aktuelle området. Avsnittet tilsier således at den faktiske virkningen likevel ikke må dokumenteres. Dette fremstår snarere som en operasjonalisering av kravet til ordningens *generelle* nødvendighet. Videre er henvisningen til avsnittene 42 og 43 nærliggende å forstå slik at for driftsstøtteordninger er det tilstrekkelig å godtgjøre eksistensen og vesentligheten av de regionale ulemper som trekkes frem i disse avsnittene under formålskravet. Dette er da for RDA-ordningen begrenset til problemet med befolkningsnedgang. Dette innebærer imidlertid at vesentlige regionale utfordringer kan utelukkes fra vurderingen, og vil derfor være en lite skjønnsom tolkning av retningslinjene.

Reguleringen av kravet om incentiveeffekt i RAG 2014 er derfor noe uklar og selvmotsigende. På samme måte som formålskravet, legger den opp til en viss sammenblanding med kravet til generell nødvendighet. Isolert sett gjør dette det mulig for godkjenningsvedtaket å rette opp svakhetene knyttet til den generelle nødvendigheten. At retningslinjene samtidig legger opp

til å fravike kravet til sannsynligjøring av faktisk virkning av støtteordningen, fremstår imidlertid ikke godt begrunnet.

4.4.2. Incentiveeffekt i notifikasjon og godkjenning

Notifikasjonen forholder seg ikke til kravet om å demonstrere de regionale problemene. I stedet begrunner den hvorfor sysselsettingen ville vært lavere uten støtteordningen. Notifikasjonen viser til at den lavere avgiften utgjør en økonomisk fordel, og at så fremt foretak forventer at den vil opprettholdes tilstrekkelig lenge, vil de ta hensyn til denne fordelene når de beslutter lokalisering og økning i ansatte innenfor støtteområdet. Notifikasjonen viser deretter til noen studier som underbygger effekten av ordningen. Dette gjelder blant annet en studie som viser at 63% av foretakene i Nord-Troms og Finnmark vil gå med underskudd ved en endring til full arbeidsgiveravgift. Dermed var det nærliggende at full arbeidsgiveravgift ville resultere i nedbemanningen.⁵⁴⁸ Norge mente videre at tilsvarende effekter kunne forventes i resten av støtteområdet, dog i noe mindre omfang på grunn av lavere støttenivå. Videre viste notifikasjonen til en studie som fant at en reduksjon i avgift på 1%, resulterte i en økning i sysselsetting på 1%. Det anføres at andre studier gir andre resultater, men at hovedkonklusjonen var at ordningen har en vesentlig virkning på sysselsetting. Til sist viser notifikasjonen til en spørreundersøkelse blant 287 foretaksledere hvor 75% svarte at de kjente til ordningen, og 15% av respondentene i Nord-Norge svarte at ordningen ville påvirke lokaliseringsbeslutninger.⁵⁴⁹

I godkjenningsvedtaket gjenga ESA hovedpunktene i retningslinjene, og den norske argumentasjonen. ESA la til grunn at på grunn av ordningens omfang og trinnvise oppbygning, lot det seg ikke gjøre å fastslå den eksakte virkningen på hvert enkelt foretak. ESA vurderte det som tilstrekkelig at støtteordningen la til rette for at foretak ansatte flere i støtteområdet, enn de ville gjort uten støtte. ESA mente derfor at den økonomiske aktiviteten i støtteområdet ville bli vesentlig redusert uten støtte, og at kravet om incentiveeffekt dermed var oppfylt.

⁵⁴⁸ Jf. 2014-notifikasjonen side 35.

⁵⁴⁹ Jf. 2014-notifikasjonen side 36.

4.4.3. Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av incentiveffekt?

Spørsmålet er deretter om godkjenningsvedtakets vurdering av incentiveeffekten er holdbar, eller om det foreligger tydelig svikt i denne.

Både notifikasjonen og godkjenningen ser bort fra retningslinjenes krav om at staten må godtgjøre eksistensen og det betydelige omfanget av problemene i området. I stedet anvender de kravet som følger av første avsnitt, og vurderer om den økonomiske aktiviteten i området hadde blitt vesentlig redusert uten støtte. Dette er i og for seg en holdbar forståelse av selve kravet til incentiveffekt. Siden det foreligger svikt i identifikasjon av de regionale utfordringene og den generelle nødvendigheten, kunne man imidlertid avhjulpet denne svikten under kravet om incentiveffekt.

Det sentrale spørsmålet i vurderingen av incentiveeffekten er om RDA-ordningen har tilstrekkelig positiv effekt på den økonomiske aktiviteten i støtteområdet, slik godkjenningen legger til grunn. Retningslinjene krever som nevnt at det må være sannsynlig at aktiviteten i området er betydelig mindre («significantly reduced») i fravær av støtte. Spørsmålet er da om dette kan ansees sannsynliggjort.

Det kan aller først pekes på at godkjenningsvedtakets grunnlag for å konkludere med ordningens faktiske virkninger fremstår noe uklart. Vedtaket gjengir punktene i notifikasjonen om empiriske studier som viser en vesentlig effekt på sysselsetting. Det pekes konkret på en studie som viser at en reduksjon i avgift på én prosent, fører til en økning i sysselsetting på én prosent. Vedtaket henviser ikke konkret til studien, men til en rapport hvor studien visstnok er referert. Denne rapporten er ikke henvist til på en identifiserbar måte.⁵⁵⁰ Det kan hende utsagnet sikter til effektrapporten fra Effekttutvalget fra 2002, hvor det fremkommer beregninger om at ett prosentpoengs reduksjon i arbeidsgiveravgiften, fører til omtrent en prosent økning i sysselsettingen.⁵⁵¹ I alle fall forelå det på vedtakstidspunktet studier og

⁵⁵⁰ Se godkjenningsvedtaket note 73 som henviser til en rapport fra Hervik og Rye fra 2014.

⁵⁵¹ Se «Regionale og distriktspolitiske effekter av differensiert arbeidsgiveravgift – En rapport fra 'Effekttutvalget'» (Oslo, desember 2002) side 61, tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/red/2004/0047/ddd/pdfv/168012-effekttutvalgetunderveisrapport.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019). Konklusjonen fra evalueringen i 2018 var for øvrig den samme, nemlig at en prosentpoengs reduksjon i arbeidsgiveravgiften fører til en prosent økning i sysselsetting, se RDA-evalueringen side 8.

rapporter som forsøkte å fastslå effekten av ordningen. Grunnlaget for å konstatere faktiske virkninger av støtteordningen fremstår noe ubearbeidet i godkjenningsvedtaket. Det er nok likevel dekkende å si at hovedbildet fra studiene som godkjenningen henviser til, er at ordningen har betydelige virkninger.⁵⁵²

Basert på forutsetningene om reduksjon i sysselsetting på 1% for hvert prosentpoeng lavere støttenivå, varierer virkningene i de ulike sonene. For områdene med lav støtteintensitet er sysselsettingseffekten mindre. Sone 2 har som nevnt et støttenivå på 3,5%. Dette innebærer at sysselsettingsevirkningen man la til grunn i godkjenningsvedtaket i høyden var på rundt 3%. Det kan således diskuteres om det i denne sonen foreligger en betydelig effekt på sysselsettingen. Som sitert foran gjelder kravet om betydelig effekt «in the area or region concerned», slik formuleringen åpner for å anvende det på avgrensede deler av støtteområdet. Spørsmålet er imidlertid om det er grunn til en slik streng forståelse av kravet til vesentlig virkning. Det sentrale for forholdsmessighet er *balansen* mellom negative og positive virkninger. I tilfeller med lav støtteintensitet kan naturlig nok den positive virkningen være begrenset, men dette vil gjerne også gjelde de *negative* virkningene.

Derimot kan en streng anvendelse av incentivkravets vilkår om betydelig virkning forankres i den generelle føringen i rettspraksis om at driftsstøtte generelt skal være en snever unntaksregel.⁵⁵³ Aksept av regional driftsstøtte som *ikke* har betydelige positive regionale effekter, er lite forenlig med et grunnleggende synspunkt om at driftsstøtte er forbeholdt ekstraordinære tilfeller. På denne bakgrunn er det vanskelig å utelukke at det også kan være tale om tydelig svikt i vurderingen av incentiveffekten. Som grunnlag for annullering av hele ordningen fremstår imidlertid svikten som for liten. Svakheten knytter seg imidlertid til et avgrenset geografisk område, og kan dermed i så fall åpne for annullering av godkjenningsvedtaket for kommunene som utgjør sone 2.

⁵⁵² I punkt 11 om egnethet, redegjør notifikasjonen grundig for studien Ådne Cappelen og Lasse Sigbjørn Stambøl, «Virkninger av å fjerne regionale forskjeller i arbeidsgiveravgiften og noen mulige mottiltak» (SSB Notater 2003/31), (tilgjengelig på https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/notat_200331/notat_200331.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019). Denne studien beregner mindre effekter enn 1% per prosentpoengs reduksjon i arbeidsgiveravgift, men effektene er fremdeles betydelige. For Finnmark forventes det en nedgang i sysselsetting på 8.84% ved fjerning av ordningen.

⁵⁵³ Jf. punkt 3.4.5.

Alt i alt synes imidlertid vurderingen av incentiveeffekt i godkjenningsvedtaket å være holdbar ut fra den tilgjengelige informasjonen på vedtakstidspunktet.

4.5. Beløpsmessig nødvendighet – minimumsprinsippet

4.5.1. Minimumsprinsippet i RAG 2014

Minimumsprinsippet omtales av RAG 2014 som proporsjonalitetsprinsippet. Det fremgår samtidig av retningslinjene at prinsippet handler om at støtten skal begrenses «*to the minimum needed to induce additional investment or activity in the area concerned*»⁵⁵⁴ (min kursivering). For investeringsstøtte består vurderingen hovedsakelig i at man ikke yter et større beløp enn nødvendig for å sikre incentiveeffekten. På samme måte som for incentiveeffekt, knytter imidlertid ikke driftsstøtte seg til noen ny økonomisk aktivitet. Vurderingen av minimumsprinsippet blir således særegen også på dette punktet. En horisontal driftsstøtteordning har ikke ett bestemt *knekkpunkt* som utløser økt aktivitet i området. Snarere vil påvirkningen på den økonomiske aktiviteten generelt sett øke jo høyere støttenivået er.

Retningslinjenes utgangspunkt for den beløpsmessige nødvendighet er i stedet at driftsstøtte må være «proportionate to the problems that the aid is intended to address».⁵⁵⁵ Tilnærmingen er hensiktsmessig: utgangspunktet for å tillate horisontale driftsstøtteordninger er at de skal avhjelpe vesentlige permanente handikap i støtteområdet. Støttenivået bør dermed ikke være *høyere* enn det handikappene tilsier.⁵⁵⁶

Retningslinjene oppstiller deretter tre konkrete krav i vurderingen av dette. For det første må støtten avgjøres på bakgrunn av en predefinert gruppe av berettigete kostnader som fullt ut må tilskrives problemene som støtten skal avhjelpe. For det andre må støtten være begrenset til en andel av disse støttekostnadene, og må ikke overstige disse. For det tredje må støtten for mottakerne stå i forhold til problemene den enkelte mottaker rammes av. Det siste vilkåret harmonerer dårlig med en målsetning om å legge til rette for bærekraftig og fremtidsrettet

⁵⁵⁴ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 73.

⁵⁵⁵ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 104.

⁵⁵⁶ På den annen side bør heller ikke støttenivået være vesentlig *lavere* heller – i så fall er risikoen for at man ikke oppnår regional utjevning større.

vekst: dersom man systematisk reduserer støtten jo mindre det enkelte foretak rammes av regionale ulemper, vil man systematisk legge *mindre til rette* for nettopp de foretak som regionen er best egnet for å huse.

4.5.2. Minimumsprinsippet i notifikasjon og godkjenning

Vilkåret om beløpsmessig minimum er undergitt en grundig redegjørelse i notifikasjonen. 14 av notifikasjonens 51 sider er viet til dette.

Notifikasjonens begrunnelse av minimumsprinsippet starter med å redegjøre for inndelingen av RDA-ordningen i ulike støttenivåer for de ulike sonene. Deretter viser notifikasjonen til at støttenivået ikke har vært tilstrekkelig høyt til å hindre befolkningsnedgang. RDA-ordningens virkning har derfor vært å *begrense* nedgangen. Det uttales videre at de ulike støttenivåene er uttrykk for de ulike gradene av periferiproblemer, og at proporsjonalitetsprinsippet skal dokumenteres gjennom bruk av distriktsindeksen, befolkningstetthet, og befolkningsutvikling. I tillegg nevner notifikasjonen at det skal særlig tas hensyn til flyttestrømmer, tilgjengelighet, og fjerntliggende beliggenhet. Utgangspunktet for denne vurderingen er de fem sonene støtteordningene er delt inn.⁵⁵⁷

Notifikasjonen fremstiller deretter tall for de ulike sonene for befolkningsutvikling, andel av den nasjonale befolkning, distriktsindeksen, befolkningstetthet, og sysselsettingsvekst. Videre presenterer notifikasjonene de innenlandske flyttestrømmene for hver enkelt sone fra 1994 og utover.⁵⁵⁸ For tilgjengelighet og fjerntliggende beliggenhet, presenteres gjennomsnittlig reisetid for hver enkelt sone til Oslo i minutter med korteste reisevei, og i kilometer.⁵⁵⁹ I tillegg gis det en kvalitativ og konkret begrunnelse for støttenivået til hver enkelt sone.⁵⁶⁰

ESAs vurdering av minimumsprinsippet starter med å slå fast at støtten er begrenset til en andel av én enkelt kostnad, nemlig kostnaden ved bruk av arbeidskraft. ESA mener derfor at støtten er «fully attributable to the problems that the aid is intended to address», hvilket er å hindre befolkningsnedgang. ESA viser videre til at støtteområdet i sin helhet har en

⁵⁵⁷ 2014-notifikasjonen side 37.

⁵⁵⁸ 2014-notifikasjonen side 41.

⁵⁵⁹ 2014-notifikasjonen side 42.

⁵⁶⁰ 2014-notifikasjonen side 43 – 48.

befolkningstetthet på 4,1 innbyggere per km², vesentlig lavere enn grensen på 8. Deretter anfører ESA at soneinndelingen gjenspeiler nivået på problemene i de ulike sonene, og at ordningen er proporsjonal til de spesifikke sosio-økonomiske problemer i hver enkelt sone. På denne bakgrunn konkluderer ESA med at ordningen er proporsjonal.⁵⁶¹

4.5.3. Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av beløpsmessig nødvendighet?

Retningslinjenes krav om at driftsstøtte må fastsettes basert på forhåndsbestemte kostnader som fullt ut må tilskrives problemene som støtten skal avhjelpes, samsvarer godt med et særskilt nødvendighetskrav for driftsstøtte. Det sentrale er da at støttenivået står i forhold til de ekstraordinære regionale ulempene som driftsstøtten skal avhjelpe. En forsvarlig anvendelse av minimumsprinsippet forutsetter dermed at de vesentlige regionale handikap er tilstrekkelig identifisert. Som drøftet under punkt 5.3, identifiserer verken notifikasjonen eller godkjenningen de regionale problemene på en holdbar måte. Det er vanskelig å unngå at svikten i vurderingen av den generelle nødvendigheten for driftsstøtte også smitter over til vurderingen av minimumsprinsippet.

ESAs vurdering av minimumsprinsippet forutsetter på sin side at problemene RDA-ordningen kompenserer for utelukkende er befolkningsnedgang. Dette er imidlertid ikke riktig. Som redegjort for foran, fremgår det av notifikasjonen at støtteordningen kompenserer for økte kostnader på grunn av lange avstander, svært lav befolkningstetthet, og eventuelt også de øvrige indikatorene i periferiindeksen. Tilnærmingen til ESA innebærer at det ikke foretas noen reell vurdering av om støttenivået står i forhold til de ekstraordinære regionale ulempene. ESA begrenser seg til å konstatere at det er en saklig sammenheng mellom støtte til arbeidskraft, og det bredere problemet med befolkningsnedgang. Dette er neppe en fullgod anvendelse av forholdsmessighetskravet. Det er heller ikke en skjønnsom anvendelse av retningslinjenes krav om at støtten må gjelde kostnader som «fullt ut» kan tilskrives de ulempene som støtten kompenserer for.

⁵⁶¹ Jf. godkjenningsvedtaket avsnitt 114 – 116.

Redegjørelsen av minimumsprinsippet inneholder imidlertid noen ytterligere argumenter. For det første fremkommer følgende tabell for å synliggjøre avstander til sentrale markeder:

Sone	Vektet reisetid til Oslo (minutter)	Vektet distanse til Oslo (kilometer)
1	99	276
2	176	332
3	210	382
4	253	1,207
4a	207	1,499
5	276	2,034
RDA-området	218	921
Norge	122	402

Tabellen skal synliggjøre «accessibility» og «remoteness», og ifølge notifikasjonen underbygger den at støttenivået «to a large extent» står i forhold til hvor fjerntliggende og utilgjengelig de ulike sonene er. Det er vanskelig å se hvordan tabellen underbygger dette. Snarere viser tabellen at i reiseavstand (kilometer) er det kun de tre nordligste sonene som ulemper som vesentlig overstiger forholdene i sone 1. Om man utelukkende tar utgangspunkt reisetid i minutter – og som i tabellen også da åpner for flyreisene for de soner hvor dette er raskest – kan påstanden fremstå holdbar. Det er imidlertid kun et lite mindretall av transporter og reiser i økonomisk virksomhet som foretas med fly. Reisetid i minutter tar heller ikke hensyn til at flyreiser kun kan skje i henhold til et gitt rutetilbud, og i tillegg medfører langt høyere kostnader enn transport på veg, tog eller båt. Vektet reisetid i minutter – slik det fremstilles i notifikasjonen – er derfor mer egnet til å tåkelegge periferiproblemer, enn til å synliggjøre dem.

Spørsmålet er deretter om de kvalitative redegjørelsene for de ulike sonene bidrar til å dokumentere den beløpsmessige nødvendigheten. Den kvalitative redegjørelsen fokuserer i stor grad på befolkningsutvikling, og flyttestrømmer. Med andre ord tar den utgangspunkt i *symptomer* på regionale vanskeligheter. Disse symptomene kan som tidligere være uttrykk for vesentlige periferiulemper. De kan imidlertid like gjerne være uttrykk for alminnelig modernisering av bosetningsmønster, og strukturelle endringer i økonomien. Et godt uttrykk for at notifikasjonen ikke er bevisst dette skillet, er når den begrunner støtte i sone 3 med svak befolkningsutvikling, «[d]espite their relative proximity to central markets compared to

Northern Norway».⁵⁶² Forskjellen i støttenivå mellom sone 3 og sone 4 er kun 1,3 prosentpoeng. Dette til tross for at vektet distanse i kilometer til Oslo er fire ganger høyere i Sone 4.

På denne bakgrunn foreligger det også etter mitt skjønn en tydelig svikt i vurderingen av den beløpsmessige nødvendighet. Støttebehovet undervurderes i de områder som reelt sett er rammet av vesentlige periferiulemper. Samtidig overvurderes behovet i områder som ikke er rammet av vesentlige periferiulemper.

4.6. Egnethet

4.6.1. Egnethet i RAG 2014

Som gjennomgått under punkt 3.3.5. må egnethet forstås som et overordnet krav til tjenlig virkning. Til dels vil dette være ivarettatt av de øvrige ledd i forholdsmessighetsvurderingen. Egnethet gjør det imidlertid mulig å ta i betraktning forhold som disse ledd ikke fanger opp.

Egnethet er imidlertid ikke nedfelt som et krav om tjenlig virkning i de felles vurderingsprinsippene. Kravet om egnethet formuleres i RAG 2014 generelt som et krav om at det aktuelle støttetiltaket «must be an appropriate policy instrument to address the policy objective concerned». Deretter presiserer retningslinjene at et støttetiltak ikke anses egnet om andre, mindre forstyrrende tiltak, eller mindre forstyrrende statsstøttetiltak, kan gi det samme positive bidraget til regional utvikling.⁵⁶³ Retningslinjene krever således både at man godtgjør egnetheten sammenlignet med andre tiltak enn statsstøtte, og sammenlignet med andre, mindre forstyrrende statsstøttetiltak. Utover dette gir ikke retningslinjene klare føringer på egnethetsvurderingen, men oppstiller noen få eksempler på hvordan egnetheten et stykke på vei kan godtgjøres.⁵⁶⁴

Slik egnethetskravet er formulert i retningslinjene, innebærer det dermed en vurdering av andre og mindre inngripende tiltak. Som drøftet under punkt 3.3.4.5, hører en slik vurdering

⁵⁶² 2014-notifikasjonen side 46–47.

⁵⁶³ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 48.

⁵⁶⁴ Se blant annet ESA RAG 2014 avsnitt 52 og 53.

normalt til nødvendighetskravet i forholdsmessighetsvurderingen. Det er videre ikke grunnlag for å kreve en slik vurdering i statsstøttesaker etter det alminnelige forholdsmessighetskravet. Men innenfor forvaltningskjønnene er det adgang til å stille et slikt vilkår.

Poenget i vår sammenheng er imidlertid først og fremst å drøfte i hvilken grad RDA-godkjenningen tilfredsstillende de krav forholdsmessighetsprinsippet stiller i statsstøttesaker. Egnethetsvurderingen er formulert slik at det legger opp til en sammenligning av driftsstøtte opp mot investeringsstøtte. Dette gjør det mulig at kriteriet kan bøte på den manglende vurderingen av driftsstøttens nødvendighet. Spørsmålet blir da om dette blir gjort. I tillegg er det spørsmål med om en manglende overordnet vurdering av tiltakets tjenlige virkning kan være en tydelig svikt i forholdsmessigheten.

4.6.2. Egnethet i notifikasjon og godkjenning

Notifikasjonen tar utgangspunkt i at ordningens formål er å hindre befolkningsnedgang i områder med mindre enn 8 innbyggere per km². Deretter viser den til at arbeidsmarkedet er den viktigste faktoren for valg av bosted, og at RDA-ordningen er utformet for å fremme sysselsetting i sonene i den minst forstyrrende måte som er mulig.⁵⁶⁵ Støtten anføres å både favorisere bruk av arbeidskraft foran kapital som innsatsfaktor i støtteområdet, og også favorisere ansettelser innenfor støtteområdet sammenlignet med utenfor.⁵⁶⁶ Ordningen stimulerer både arbeidsgivere direkte til flere ansettelser, og kan ha sekundære effekter i form av økte inntekter hos arbeidstakerne, og dermed både øke lokal levestandard og lokal etterspørsel etter varer og tjenester.⁵⁶⁷ Notifikasjonen gjengir deretter et studie fra Cappelen og Stambøl, som tilsier en merkbar nedgang i sysselsetting og folketall om ordningen fjernes.⁵⁶⁸ Notifikasjonen redegjør således for ordningens faktiske virkning også under egnethetskravet.

Deretter argumenterer notifikasjonen nokså grundig for hvorfor investeringsstøtte er mindre effektivt for å fremme sysselsetting. Forklaringen er i korte trekk at investeringsstøtte vil

⁵⁶⁵ 2014-notifikasjonen side 20.

⁵⁶⁶ 2014-notifikasjonen side 21.

⁵⁶⁷ 2014-notifikasjonen side 21–22.

⁵⁶⁸ 2014-notifikasjonen side 22–23.

favorisere bruk av kapital foran bruk av arbeidskraft, og således kan ha en «substitusjonseffekt».⁵⁶⁹ Støtte til sysselsettingskostnader kan på sin side ha motsatt substitusjonseffekt, og sørge for større bruk av arbeidskraft på bekostning av kapital. Notifikasjonen anfører også at investeringer i infrastruktur generelt sett ikke er tilstrekkelig for å fremme sysselsetting, og også normalt er vesentlig mer kostbart på grunn av terreng og svært spredt bosetning.⁵⁷⁰

ESAs godkjenning gjengir hovedpunktene i den norske notifikasjonen, og uttaler at de på bakgrunn av denne har funnet at RDA-ordningen er et egnet tiltak for å hindre eller redusere befolkningsnedgang i støtteområdet.⁵⁷¹

4.6.3. Kan egnethetsvurderingen reparere svikten i nødvendighetsvurderingen?

Som nevnt foran legger ikke retningslinjene opp til å drøfte det som normalt omtales som egnethet. Tiltakets tjenlige virkning blir derfor ikke drøftet på dette punkt. Hvorvidt manglende drøftelse av dette kan anses som en tydelig svikt i avveiningen, må antakelig bero på en helhetsvurdering av tiltaket. Vurderingen av tjenlig virkning i forenlighetsvurderinger kan best beskrives som et restvilkår, som kan fange opp vesentlige omstendigheter som overses av de andre trinn i forenlighetsvurderingen. Jeg skal derfor knytte noen bemerkninger til dette avslutningsvis, etter også å ha gjennomgått godkjenningsvedtakets vurdering av interesseovervekt.

Godkjenningsvedtaket gjør en vurdering av egnethet ut i fra om andre og mindre inngripende tiltak kunne realisert målsetningen. Spørsmålet blir i stedet om denne vurderingen kan avhjelpe svikten i nødvendighetsvurderingen. Det interessante er da argumentene som presenteres for at driftsstøtte er mer egnet enn investeringsstøtte.

Som nevnt knytter dette seg i stor grad til den såkalte substitusjonseffekten, nemlig at investeringsstøtte favoriserer bruk av kapital foran arbeidskraft, mens subsidiering av

⁵⁶⁹ 2014-notifikasjonen side 24–25.

⁵⁷⁰ 2014-notifikasjonen side 24.

⁵⁷¹ Godkjenningsvedtaket avsnitt 107.

arbeidskraft favoriserer bruk av arbeidskraft foran kapital. Hovedargumentasjonen – slik ESA gjengir den i godkjenningen – er at investeringsstøtte direkte knyttet til sysselsettingskostnader er en mer målrettet måte å fremme sysselsetting på.⁵⁷² Investeringsstøtte anføres på sin side kun å indirekte fremme sysselsetting, og dermed ha mer begrenset virkning på ansettelser i støtteområdet.

Argumentasjonen går således uttrykkelig ut på at sysselsetting generelt fremmes best gjennom horisontal driftsstøtte. Det ligger ikke noe forbehold i argumentasjonen på at dette utelukkende knytter seg til områder med svært lav befolkningstetthet. I sitt innhold treffer også argumentasjonen om substitusjonseffekt på alle tilfeller hvor formålet med regionalstøtten er å øke sysselsettingen. Dersom man aksepterer driftsstøtte på dette grunnlaget, er det derfor vanskelig å se hvorfor ikke driftsstøtte skal godtas i alle andre regioner som sliter med lav arbeidsledighet. ESAs aksept av denne argumentasjon fra norsk side kan således ikke sies å avhjelpe den manglende vurderingen av hvorfor driftsstøtte er nødvendig. Snarere tilsier den ytterligere at godkjenningen bygger på en langt romsligere adgang til driftsstøtte enn det er dekning for i rettspraksis.

I forlengelsen av gjengivelse av den norske redegjørelsen for substitusjonseffekten, føyer imidlertid ESA til at norske myndigheter videre understreker at støtte til ny virksomhet, ikke ville avhjelpe de langsiktige utfordringene som foretak i regionen møter på.⁵⁷³ Noen slik uttalelse fra norske myndigheter finner man imidlertid ikke i notifikasjonen, verken knyttet til egnethetsvilkåret eller ellers.⁵⁷⁴ Tilføyelsen kan indikere at ESA vurderte den norske begrunnelsen for driftsstøtte foran investeringsstøtte som mangelfull.

⁵⁷² Godkjenningsvedtaket avsnitt 104.

⁵⁷³ Godkjenningsvedtaket avsnitt 105.

⁵⁷⁴ Den mest nærliggende uttalelsen ESA eventuelt kan innfortolke dette i, finnes på side 25 under egnhetsvilkåret: «Subsidies, including operating aid, that are limited to new enterprises may be justified in cases where newly established enterprises face specific regional capital imperfections. In the same way as for ordinary investment aid, such subsidies are however not the most efficient measure for increasing regional employment.» Som det fremgår av det siterte, ligger det ikke noe henvisning til langsiktige eller permanente regionale ulemper i den norske notifikasjonen.

Henisningen til de langsiktige utfordringene skjer samtidig uten noen ytterligere vurdering av disse. Svakheten knyttet til identifikasjonen av de vesentlige regionale handikap blir dermed ikke avhjulpet under egnethetsvilkåret.

4.7. Interesseovervekt

4.7.1. Interesseovervekt i RAG 2014

Kravet om interesseovervekt er systematisert i RAG 2014 under betegnelsen «[a]voidance of undue negative effects on competition and trade».⁵⁷⁵ Innledningsvis forklarer man imidlertid sammenhengen mellom begrensede negative effekter, og interesseovervekt:

« For the aid to be compatible, the negative effects of the aid measure in terms of distortions of competition and impact on trade between EFTA States must be limited and outweighed by the positive effects in terms of contribution to the objective of common interest. »⁵⁷⁶

Det sentrale med kriteriet er således at de negative effektene ved støtten identifiseres, at man sikrer at støtteordningen ikke har unødvendige negative virkninger, og at man vurderer om de positive virkningene overstiger de negative.

Retningslinjene utbroderer deretter generelle synspunkter om hvordan statsstøtte kan svekke verdiskapning, og ha negative effekter for fordelingen, jf. gjennomgangen foran i kapittel 2. Herunder fremhever man det særegne ved regionalstøtte, nemlig at støtten uttrykkelig gis for å påvirke lokaliseringen til foretak. Retningslinjene uttrykker deretter at når regionalstøtte avhjelper de økte kostnader fra regionale handikap, og sikrer økte investeringer i støtteområdene uten at dette går på bekostning av andre støtteområder, bidrar det ikke bare til regional utvikling, men også til samholdighet, og til syvende og sist hele EØS-området.⁵⁷⁷ Lokaliseringseffektene av regionalstøtte er således grunnleggende sett positive. *Negative*

⁵⁷⁵ Jf. ESA RAG 2014 punkt 3.7.

⁵⁷⁶ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 106.

⁵⁷⁷ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 111.

fordelingsvirkninger er det kun tale om i de tilfeller hvor støtten trekker aktiviteten vekk fra andre svakere stilte områder, eller støtten er større enn de regionale handikap tilsier.

Retningslinjene identifiserer deretter visse tilfeller med åpenbare negative effekter, hvor forenlighet er utelukket. Dette omfatter støtte til markeder som er strukturelt sett i absolutt nedgang. Det omfatter videre lokaliseringseffekter, hvor den alternative lokaliseringen er i en enda svakere region.

Det gis videre noen særlige føringer for driftsstøtteordninger. Dersom støtten er nødvendig og proporsjonal (begrenset til det beløpssmessige minimum), antar retningslinjene at interesseovervekt er til stede. Vurderingen av interesseovervekt er dermed nært knyttet til vurderingen av generell og beløpssmessig nødvendighet. Retningslinjene tar imidlertid forbehold for at man i noen tilfeller kan endre strukturen på markedet, vesentlig forvrengte konkurransen, eller påvirke handelsflyten.⁵⁷⁸ Akkurat hva disse effektene skal bestå i, er imidlertid uklart. De brede formuleringene indikerer at det ikke har vært mulig å forutsi med noen særlig presisjon hva slags negative virkninger man skal lete etter i driftsstøtteordninger.

Generelt er det samme tankegang bak både interesseovervekt for investeringsstøtte, og for driftsstøtte: gitt at støtten tilfredsstillende øvrige krav i forenlighetsvurderingen, vil de negative virkningene normalt måtte aksepteres. Det er kun i visse unntakstilfeller at støtten likevel har særlig skadelig virkning på konkurransen og samhandelen, og at interesseovervekt dermed likevel ikke anses å foreligge.

4.7.2. Interesseovervekt i notifikasjon og godkjenning

Notifikasjonen redegjør nokså kort for punktet om interesseovervekt. Den begrenser seg til å omtale de negative virkningene på konkurransen, og argumenterer ikke nærmere for hvorfor interesseovervekt foreligger. Den viser til at støtten ikke er uforholdsmessig høy med tanke på målsetningen om å unngå avfolkning i støtteområdet, og at støtten heller ikke er innrettet for å støtte spesifikke næringer eller foretak. Videre viser den til at de fleste støttemottakerne

⁵⁷⁸ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 134.

kun er aktive i lokale markeder. Støttmottakernes perifere beliggenhet blir også brukt som argument for at påvirkningen på samhandelen er begrenset.⁵⁷⁹

Godkjenningsvedtaket gjengir i det vesentlige den konsise norske argumentasjonen. På bakgrunn av denne konkluderer ESA med at tiltaket unngår utilbørlige negative virkninger på konkurransen og samhandelen.⁵⁸⁰

4.7.3. Foreligger det tydelig svikt i vurderingen av interesseovervekt?

Vurderingen av de negative virkningene er kort og konsis. Dette har imidlertid sammenheng med ordningens innretning: Som horisontal driftsstøtteordning støtter den de aller fleste foretak i støtteområdet. Støttebeløpet til hvert enkelt foretak er imidlertid i en større sammenheng svært lavt. Som notifikasjonen antyder, er støtteordningen grunnleggende ikke rettet mot spesifikke næringer eller foretak. Dette innebærer at ordningen er grunnleggende uegnet til å trekke konkrete og handelsutsatte næringer vekk fra andre medlemsland, eller til å utløse noe subsidiekapløp. En vesentlig risiko knyttet til regionalstøtte, nemlig negative fordelingsvirkninger overfor andre medlemsland, er derfor i mindre grad en risiko.

Retningslinjene viser at vurderingene av de negative virkningene på konkurransen og samhandelen i stor grad bygger på en riktig identifikasjon av de regionale ulemper. I den grad ordningen kompenserer for vesentlige periferulempene, kan disse begrensede virkningene også ansees som en nødvendighet ved å sørge for at også periferien er integrert og deltar noenlunde i det indre marked. Gitt at denne forutsetningen stemmer, kan det være forsvarlig å basere seg på de korte og konsise punkter som ESA refererer i sin godkjenning: Støtten er ikke innrettet mot bestemte sektorer, og støtteområdet er perifert beliggende. Handlingspåvirkningene vil av denne grunn være begrensede. Støtten fremstår heller ikke som uforholdsmessig tatt i betraktning ordningens formål om å hindre befolkningsnedgang i støtteområdet.

Som gjennomgått under nødvendighetskravet, er det imidlertid slik at store deler av ordningen ikke knytter seg til vesentlige regionale ulemper, men snarere knytter seg til

⁵⁷⁹ 2014-notifikasjonen side 48.

⁵⁸⁰ Godkjenningsvedtaket avsnitt 118–121.

omlandskommuner av sterke byregioner. I slike tilfeller kan man ikke gi noe prinsipielt forsvar for konkurranse- og handelsforstyrrelsene som ordningen innebærer. Dette fanges ikke opp av godkjenningsvedtaket. Svikten i nødvendighetsvurderingen, medfører således at det i en viss utstrekning også blir svikt i vurderingen av støttens negative konsekvenser i vurderingen av interesseovervekt.

Spørsmålet er så hvor vesentlig denne svikten er for vurderingen av støttens negative virkninger. Dersom vi først vurderer forstyrrelsene på samhandelen, så vil noen av omstendighetene uansett tilsi at betydningen kan være forholdsvis liten. Det gjelder for det første at støttenivået til hvert enkelt foretak er lite, hvilket gjelder enda mer i områdene svikten knytter seg til (sone 2 og sone 3). At ordningen er horisontal, gjør at den i hvert fall ikke fremstår som strategisk med tanke på å vinne økonomisk aktivitet på bekostning av andre medlemsstater. Notifikasjonen peker også på støtteområdets perifere beliggenhet for å underbygge begrensede virkninger på samhandelen. Dette argumentet treffer imidlertid ikke godt på sone 2 og 3. Området består av mange kommuner svært nær blant annet hovedstadsområdet, og blant annet områder på Sørlandet med forholdsvis geografisk nærhet til de desidert største europeiske markedene. For disse områdene fremstår det ikke riktig å hevde at risikoen for forstyrrelser på samhandelen er redusert på grunn av perifer beliggenhet.

I tillegg til forstyrrelser på samhandelen, vil det foreligge forstyrrelser på konkurransen internt i Norge. Som gjennomgått i kapittel to, skal forenlighetsvurderingen både fange opp handels- og konkurranseforstyrrelser. I regionalstøttekontrollen har imidlertid handelshensyn vært fremtredende. Det kan derfor være uklart hvor mye vekt slike konkurranseforstyrrelser skal ha. I tilfeller hvor konkurranseforstyrrelser internt i medlemsstaten er negativt utelukkende på grunn av verdiskapingshensyn, kan subsidiaritetsprinsippet tilsi at kontrollorganet i liten grad skal vektlegge dem. Saken stiller seg imidlertid annerledes hvor konkurranseforstyrrelsene internt svekker effektivitet av regionalstøtteordningen i områdene med reelt behov. Problemet er da ikke lengre bare at den nasjonale verdiskapingen svekkes. Problemet er også at oppnåelsen av samholdighetsmålsetningen svekkes. Etter min mening er det i slike tilfeller grunn til å tillegge konkurranseforstyrrelser internt i medlemsstaten betydelig vekt. I nyere praksis ser man også at Kommisjonen vektlegger anti-

samhørighetseffekter internt i en medlemsstat. Konkret består dette i å kontrollere at den alternative lokaliseringen i samme medlemsstat, ikke også befinner seg i et støtteberettiget område.⁵⁸¹ De samme betraktningene må også gjelde dersom støtte gis til et område som etter en forsvarlig vurdering, ikke burde vært innlemmet i støtteområdet.

Det er en nærliggende fare for at støtte til områder med begrenset behov, reduserer virkningen av den støtten som gis til områder med reelt behov. Verken notifikasjonen eller godkjenningen gjør noe forsøk på å vurdere effektivitetstapet som kan ligge i at støtteområdet også omfatter områder med begrenset behov. Notifikasjonen synes imidlertid så vidt å berøre problemstillingen i forbindelse med proporsjonalitetskravet, hvor den uttaler at man må ta i betraktning at flyttestrømmene mellom Nord-Norge og sone 2 og 3 vil være veldig små. På bakgrunn av det anføres det at nøkkelfaktoren er forskjellen mellom støttenivået innenfor og utenfor ordningen.⁵⁸² I dette er det antakelig ment underforstått at støttenivåene i sone 2 og 3, ikke påvirker effektiviteten i sone 4, 4a og 5.

En slik slutning bygger imidlertid på et snevert syn konkurransen mellom foretak, og de avledede konsekvenser dette kan ha for befolkningsutviklingen. Man kan tenke seg konkurranse i en sektor hvor tre konkurrerende foretak ligger i sone 1, sone 2 og sone 5. En økning i etterspørselen gir rom for økning i antall sysselsatte. Foretaket i sone 2 kan være mest konkurransedyktig på grunn av støttenivået, slik at økningen tilkommer sone 2. Normalt vil effekten vises gjennom at sysselsettingen begrenser flyttestrømmen ut av sone 2, eller at det rekrutteres fra nærområdene til sone 2 – normalt sone 1, sone 1a eller sone 3. Effekten vil altså normalt ikke medføre noen flyttestrøm fra sone 5. Men såfremt foretaket i sone 5 ville vært mest konkurransedyktig uten støtten i sone 2, rammes imidlertid sysselsettingen og dermed normalt også befolkningsutviklingen i sone 5 av denne konkurransevidringen. Det er med andre ord ikke slik at man må påvise en flyttestrøm mellom sone 5 og sone 2, for å kunne konstatere at støtte i sone 2 påvirker sone 5. Den manglende vurderingen av hvordan støtte

⁵⁸¹ State Aid SA.48382 (2017/N) – Hungary – LIP – Regional investment aid to MOL Petrolkémia Zert (OJ C 80, 2. mars 2018 side 1-6) avsnitt 103 og State Aid SA.43624 (2015/N) – Germany – LIP – Aid to Hamburger Rieger GmbH (OJ C 323, 2. september 2016 side 1) avsnitt 121.

⁵⁸² 2014-notifikasjonen side 48.

til områder med lite eller intet støttebehov påvirker ordningen i områdene med størst behov, trekker i retning av at det foreligger tydelig svikt i vurderingen av interesseovervekt.

Et annet relevant perspektiv er de strukturelle konsekvensene av støtteordningen. Retningslinjene peker som redegjort for at støtten kan påvirke strukturen på markedet, eller karakteristikken på en sektor eller industri som kan medføre vesentlige konkurranseforstyrrelser, eller påvirkning av samhandelen. De opplistede eksemplene på konsekvenser for struktur treffer ikke på RDA-ordningen. Derimot er ordningens finmaskede geografiske tilnærming egnet til å sørge for at ordningen nettopp bevarer en u hensiktsmessig bosetningsstruktur. Dette er særlig problematisk når en alminnelig modernisering av bosetningsmønsteret nettopp er nødvendig for å sørge for økonomisk utvikling i svakerestilte regioner. Slike effekter er nærliggende innenfor Nord-Norge (fordi bykommunene med de beste vekstforutsetningene gis lavere støtte), på Innlandet (fordi bykommunene ved Mjøsa er utelatt), og på Vestlandet (fordi de tettest befolkede områdene som Førde og Florø er unntatt ordningen). I et landsdelsperspektiv har alle landsdeler unntatt det sentrale Østlandet vesentlig svakere utvikling enn nettopp det sentrale Østlandet. RDA-ordningen innebærer at man beholder et strukturelt handikap i alle disse områdene, ved at ordningen er innrettet mot distriktskommuner i alle landsdeler, og enten utelater byområder, eller gir disse et lavere støttenivå. Det er vanskelig å hevde at RDA-ordningens strukturelle virkninger er i samsvar med EU-domstolens krav om at driftsstøtteordninger må ha sannsynlighetsovervekt for å fremme en varig og balansert utvikling.

En mulig innvending mot dette kunne vært at strukturelle demografiske ulemper er noe annet enn u hensiktsmessige markedsstrukturer. Det er imidlertid ikke noe grunnlag for å si at negative demografiske virkninger ligger utenfor hva statsstøttekontrollen skal ivareta. Snarere er det slik at dersom demografisk utvikling kan benyttes som en indikator for positive virkninger ved regionalstøtte, må demografiske virkninger også være en indikator for negative virkninger hvor dette er relevant. I denne sammenheng er det forskjell på hva som kan tjene som lovlig formål ved statsstøttestiltak, og ved andre restriksjoner i det indre marked: Regionalstøtte må begrunnes i at det fremmer den økonomiske utviklingen av svakerestilte

marked. Derimot vil det å ivareta et ellers uhensiktsmessig befolkningsmønster antakelig anses som et legitimt formål for restriksjoner i de fire friheter.⁵⁸³

Oppsummert er det altså en rekke negative virkninger på samhandelen og konkurransen som ikke blir vurdert i godkjenningsvedtaket. For det første unødvendige forstyrrelser i samhandelen på grunn av driftsstøtte i områder uten støttebehov. Dette henger sammen med svikt i nødvendighetsvurderingen, og er antakelig mer nærliggende å anse som et skjerpene moment i denne, snarere enn en selvstendig svikt i forholdsmessighetsvurderingen. For det andre omfatter det også svekket effektivitet i støtteområdene med reelt støttebehov, og at man ivaretar en uhensiktsmessig bosetningsstruktur både i støtteområder, og til dels også områder utenfor støtteområdet. Disse virkningene er selvstendige svikt i vurderingen av støttens negative virkninger, og antakelig må de anses som tilstrekkelig vesentlig til å kunne tjene som annullasjonsgrunnlag. Med andre ord foreligger det også tydelig svikt i vurderingen av interesseovervekt.

4.8. Oppsummering

Fugleperspektivet er at godkjenningsvedtaket erklærer forenlig en driftsstøtteordning med et uklart og sammensatt formål, hvor nødvendigheten av driftsstøtte er særlig svakt vurdert, og hvor det er stor risiko for å gi driftsstøtte til foretak i områder som ikke er rammet av vesentlige permanente ulemper, eller støtte som overstiger det ulempene tilsier.

Samtidig treffer ordningen til dels områder som *er* reelt sett rammet av vesentlige permanente ulemper, og som kan ha behov for løpende driftsstøtte for fullt ut å integreres i det indre marked. Ordningen har også tilsynelatende en akseptabel faktisk virkning i disse områdene. Svakheterne i godkjenningsvedtaket medfører derfor først og fremst en fare for at støttebehovet undervurderes i områdene som er rammet av de relevante ulempene, mens behovet for driftsstøtte overvurderes i områder som ikke er rammet av disse. Gjennom sin finmaskede tilnærming på kommunenivå (til dels på arbeidsmarkedsregionnivå), innrettes

⁵⁸³ Jf. EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-3/05 *ESA mot Norge*, hvor domstolen la til grunn at det å hindre et område fra å bli avfolket i prinsippet kunne anses som et legitimt formål for restriksjon i den frie bevegelse av arbeidstakere, se særlig avsnitt 57. Se også Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 4. utgave, Oxford 2013 side 530.

RDA-ordningen slik at motvirker en modernisering av bosetningsstrukturen i virkeområdet som nettopp kan bidra til en robust regional vekst.

Svikten i godkjenningsvedtaket fører først og fremst til unødvendige forstyrrelser på konkurransen internt i Norge, og at samhørighetsvirkningene blir mindre enn de kunne vært. Svikten medfører antakelig unødvendige negative virkningene for samhandelen i EØS-området, men det er grunn til å anta at disse er forholdsvis begrenset.

Det vesentligste argumentet for å akseptere tilnærmingen i den inneværende godkjenningen, er de begrensede negative virkninger RDA-ordningen har på samhandelen. Et ytterligere argument er at annullering av hele vedtaket vil føre til tap av støtte også i områder med reelt behov for ordningen, og hvor samhørighetshensyn gjør seg særlig sterkt gjeldende. Etter mitt skjønn er det derfor nærliggende at det vel en eventuell domstolsprøving først og fremst er en risiko for delvis annullering av støtteordningen i visse geografiske områder. Dette forutsetter at en slik delvis annullering rettslig sett er mulig, hvilket per dags dato er noe uklart. De samme betraktningene gjelder også for en revurdering av støtteordningen fra ESA på eget initiativ. I tilfelle av revurdering av støtteordningen fra ESAs side er det på sin side slik at ESA kan (og bør) begrense revurderingen til de områdene som svikten knytter seg til.

Dersom det ikke er adgang til delvis geografisk annullering, fremstår løsningen mer usikker. EFTA-domstolen vil i så fall annullere en støtteordning som tross sine mangler fungerer forholdsvis effektivt i områder med reelt behov. Etter min vurdering er imidlertid de samlede mangler ved forenlighetsvurderingen så store at godkjenningen også i et slikt tilfelle må annulleres. Forenlighetsvurderingen har svikt i de fleste ledd, og ordningen er ikke grunnleggende sett innrettet for å fremme balansert og varig økonomisk vekst. Til dels kan den sementere handikap i svakerestilte områder. Vurderingen er imidlertid i stor utstrekning basert på skjønn, og det er ikke utelukket at EFTA-domstolen kan komme til motsatt konklusjon. En godkjenning av RDA-ordningen synes imidlertid å forutsette at man i større grad toner ned hensynet til effektiv regional utvikling enn man har gjort i tidligere avgjørelser.

Svakhetene i godkjenningsvedtaket innebærer samtidig at det er liten tvil om at ESA *kunne* foretatt en annen vurdering i godkjenningsvedtaket. Det er rom for en annerledes og

strengere prøving av nødvendigheten. Dette ville trolig hatt som konsekvens at Norge måtte innskrenket RDA-ordningen for å den godkjent som forenlig med det indre marked.

Gjennomgangen i dette kapitlet synliggjør også problematiske sider ved dagens regelverk. Et stykke på vei bidrar ikke retningslinjene og godkjenningsvedtaket til en *skarpere* prøving av forholdsmessigheten til RDA-ordningen. Snarere pakker retningslinjene RDA-ordningen inn i forutsetninger og rammer som gjør det *vanskeligere* å etterprøve om den virkelig tjener en fellesinteresse. I så måte kan analysen på enkelte punkter i dette kapitlet til en viss grad underbygge den kraftige kritikken mot tilnærmingen i dagens retningslinjer for forenlighet fra Tim Maxian Rusche:

« (...) the refined economic approach has meant that guidelines have become much more abstract, much longer, and much more difficult to apply in practice, that Member States have been asked to provide a lot of data, that economic consultancies (along with law firms) have significantly increased their revenues, and that Commission decisions have been significantly longer and 'economic' in appearance; it has not meant, however, that the Commission would have refused to authorize State aid that it would previously have authorized. The French expression '*usine à gaz*' springs to mind.»⁵⁸⁴

Svakhetene kan i alle fall delvis tilskrives ESAs skjønnsutøvelse i selve vedtaket, og delvis tilskrives reguleringen i retningslinjene. Den rettspolitiske vurderingen av ESAs skjønnsutøvelse i kapittel seks vil således både komme med anbefalinger til mulige endringer i retningslinjene, og til mulige endringer i skjønnsutøvelsen i den individuelle godkjenningsvurderingen.

⁵⁸⁴ Jf. Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) Oxford 2016 side 232 («*usine à gaz*» er et populært begrep i fransk politikk og offentlig forvaltning, og som bredt skissert sikter til tiltak som overkompliserer eller overbyråkratiserer problemer som i utgangspunktet er nokså enkle å løse).

4.9. Kort om godkjenningen av ambuleringsregelen i 2017

Innledningsvis i avhandlingen nevnte jeg den såkalte ambuleringsregelen som var del av RDA-ordningen både ved godkjenningen i 2007, og ved godkjenningen i 2014. Godkjenningen av ambuleringsregelen ble som nevnt annullert av EFTA-domstolen i KIMEK-avgjørelsen i 2015. Som ordlyden antyder gjelder ambuleringsregelen ambulerende virksomhet – altså virksomhet som midlertidig utøver økonomisk aktivitet i visse geografiske områder. Ambuleringsregelen i RDA-ordningen innebar at foretak utenfor støtteområdet fikk nedsatt arbeidsgiveravgift knyttet til ambulerende aktivitet innenfor støtteområdet. Den utgjorde således et unntak fra hovedregelen om at foretak måtte være varig etablert i støtteområdet for å få omfattes av ordningen.⁵⁸⁵

Som omtalt under punkt 3.6.4. var grunnlaget for den delvise annulleringen at det var «tvil» om ambuleringsregelen var forenlig med det indre marked, og at ESA derfor ikke hadde hjemmel for å godkjenne den etter en foreløpig gransking. Norge fjernet ambuleringsregelen, men notifikerte den samtidig til ESA for grundigere undersøkelser. Etter å ha åpnet formell gransking, godkjente ESA regelen.⁵⁸⁶ Som nevnt under punkt 1.3.2., har imidlertid Norge ikke gjeninnført ambuleringsregelen. Den er derfor per dags dato ikke en del av RDA-ordningen. Av denne grunn er ambuleringsunntaket mindre aktuelt i dag. Jeg skal derfor ikke foreta noen fullstendig gjennomgang av godkjenningen av ambuleringsregelen.

Det er imidlertid grunn til å påpe en svakhet ved ESAs godkjenning av ambuleringsregelen. Dette er virkningene et unntak for ambulerende virksomhet har på samhandelen. Når det gjelder grenseoverskridende oppdrag, kan selskaper fra de andre EØS-land være unntatt norsk arbeidsgiveravgift for utsendte arbeidstakere. Dersom vilkårene for å bli ansett som utsendt medarbeider er oppfylt, skal den ansatte være omfattet av utsenderstatens trygdelovgivning. Arbeidsavgift skal da betales etter internretten i utsenderstaten.⁵⁸⁷ Det innebærer at de

⁵⁸⁵ Denne hovedregelen fremkommer av Stortingsvedtak om fastsettelse av avgifter mv. til folketrygden for 2019 § 1 nr. 2, som viser til reglene for foretaksregistrering. Det følger for øvrig at § 1 nr. 3 at hver underenhet anses som egen beregningsenhet for arbeidsgiveravgift, hvilket innebærer at dersom en virksomhet har faste etableringer både utenfor og innenfor støtteområdet, er det kun ansettelsesforhold knyttet til etableringene innenfor støtteområdet som får lavere arbeidsgiveravgift.

⁵⁸⁶ ESAs vedtak 094/17/COL av 31. mai 2017 om *The exemption rule for ambulant services under the scheme on differentiated social security contributions 2014-2020* (OJ L 99, 19. april 2018 side 18).

⁵⁸⁷ Elin Sarai, *Arbeidsgiveravgift og grenseoverskridende arbeidsforhold*, Oslo 2012 side 237.

utenlandske foretaks ambulerende virksomhet i Norge ikke blir belastet norsk arbeidsgiveravgift – verken man befinner seg i eller utenfor støtteområdet. Dette er en konsekvens av lovvalgsreglene i EØS-retten som gjelder for grenseoverskridende arbeidsforhold.⁵⁸⁸

Dersom man gjør unntak ambulerende virksomhet i støtteområdet lavere arbeidsgiveravgift, er dette derfor først og fremst være gunstig for norske foretak utenfor støtteområdet. Ambulerende virksomhet fra andre medlemsland har på sin side begrenset nytte av det. Dermed bidrar et slikt unntak til å opprettholde nasjonale markeder. Godkjenningen overser således vesentlige negative virkninger på samhandelen. Dette er antakelig i seg selv tilstrekkelig til at godkjenningen av ambuleringsregelen i 2017 ikke er rettslig holdbar, jf. betydningen av markedsintegrasjon under punkt 2.2.4. Det er ellers grunn til å bemerke at de anførte positive virkningene i støtteområdet av et unntak for ambulerende virksomhet er forholdsvis svakt dokumentert.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Jf. Europaparlaments- og rådsforordning nr. 883/2004 av 28. april 2004 om koordinering av trygdeordninger artikkel 12, som fastsetter at det gjelder for alle utsendingsforhold med mindre den forventede varigheten av oppholdet er over 2 år.

⁵⁸⁹ Grunnlaget for å konstatere indirekte virkninger var to studier Norge fremla under saksbehandlingen. Den ene studien viste ringvirkninger av Snøhvit-prosjektet i Hammerfest, se NHO, «Snøhvit og andre eventyr – ringvirkninger av olje- og gassaktiviteten i nord» (tilgjengelig på http://www.aksjonsprogrammet.no/vedlegg/Snohvit_12des.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019). Den andre studien var en rapport av SSB om ringvirkninger av petroleumsnæringen, se Joakim Blix Prestmo, Birger Strøm og Hilde Karoline Midsem, «Ringvirkninger av petroleumsnæringen i norsk økonomi», SSB Rapporter 2015/8 (tilgjengelig på <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/attachment/218398?ts=14b82bba2f0>, sist sjekket 1. oktober 2019).⁵⁸⁹ Ingen av studiene berører arbeidsgiveravgift, eller ambulerende virksomhet i seg selv (petroleumsnæringen kan riktignok ha store innslag av dette). ESA la i sitt godkjenningsvedtak til grunn at «these studies show considerable positive indirect effects. However, as the indirect effects cannot be easily isolated, general considerations about the effects of a measure such as the one at hand must be given considerable weight.», ESAs vedtak i sak 094/17/COL avsnitt 62.

5. GRUPPEUNNTAKSHJEMMELEN

5.1. Innledning

Gruppeunntak vedtas periodevis på samme måte som retningslinjer. Dagens gruppeunntak ble vedtatt i 2013, og gjelder i utgangspunktet for perioden 1. juli 2014 til 31. desember 2020.⁵⁹⁰ Ved vedtakelsen i 2013 inneholdt forordningen kun hjemmel for transportstøtte i svært tynt befolkede områder. Midtveis i perioden kom revideringen som inkluderte en hjemmel som var tilpasset RDA-ordningen. Som nevnt under punkt 1.3.2. ble hjemmelen ble tatt i bruk fra og med 2018 for sektorene energi og transport. Gitt at hjemmelen ikke fjernes ved neste revidering av regelverket, vil det være mulig å bruke gruppeunntaksforordningen for RDA-ordningen i sin helhet. Historisk har det vært slik at gruppeunntak beholdes når de først er innført. Siden hjemmelen ble innført i 2017, har den etterfølgende utvikling vært begrenset til RDA-evalueringen i 2018. Siden evalueringen var positiv til RDA-ordningen, er risikoen for at gruppeunntakshjemmelen fjernes enda mindre. Som utgangspunkt er det derfor forholdsvis sannsynlig at gruppeunntaket beholdes ved neste revidering.

Selv om gruppeunntaket allerede er anvendt av norske myndigheter, er det ikke forelagt EFTA-domstolen. Gruppeunntak er generelt i liten grad prøvd for EU- og EFTA-domstolen. Utgangspunktet for vurderingen her er drøftelsen i kapittel fire. Konklusjonen i kapittel fire er at det foreligger tydelig svikt i vurderingen av hvorvidt RDA-ordningen er et forholdsmessig statsstøttetiltak. Som gjennomgått under punkt 3.5.2., må forholdsmessighetskravet være minst like strengt for gruppeunntak som for godkjenninger basert på retningslinjer. Dette tilsier at det er en betydelig risiko for at også gruppeunntaket strider med forholdsmessighetskravet. I den videre gjennomgangen er det derfor en særlig aktuell problemstilling om svakhetene i dagens godkjenning kan avhjelpes gjennom innskrenkende tolkninger av gruppeunntaket. I motsatt fall må strid med forholdsmessighetskravet antakelig løses gjennom å tolke gruppeunntaket helt bort, jf. punkt 3.7.

⁵⁹⁰ Gruppeunntaksforordningen artikkel 59.

I den videre gjennomgangen vil jeg således drøfte vilkårene for å benytte gruppeunntaket for driftsstøtte i svært tynt befolkede områder. I tillegg til å se hvilke muligheter for tolkninger som kan bedre ivareta forholdsmessigheten, er det også grunn til å se nærmere på om vilkårene ellers er tilpasset en videreføring av RDA-ordningen.

5.2. Oversikt over vilkår etter gruppeunntakshjemmelen

Reglene om regional driftsstøtte er samlet i artikkel 5. Bestemmelsens tredje ledd gjelder driftsstøtte i svært tynt befolkede områder. Den er formulert som følger:

« 3. In very sparsely populated areas, the regional operating aid schemes shall prevent or reduce depopulation under the following conditions:

- (a) the beneficiaries have their economic activity in the area concerned;
- (b) the annual aid amount per beneficiary under all operating aid schemes does not exceed 20 % of the annual labour costs incurred by the beneficiary in the area concerned. »⁵⁹¹

Bestemmelsen oppstiller minst tre vilkår: det må for det første være tale om svært tynt befolkede områder («very sparsely populated areas»). De to neste vilkår fremgår av bokstav b: støttemottakerne må ha sin økonomiske aktivitet i det aktuelle området, og det samlede driftsstøttenivået må ikke overstige 20% av arbeidskraftkostnadene som støttemottakeren har påløpt i det aktuelle område. I tillegg kan det tenkes at også formuleringen om at støtteordningen *skal* forebygge befolkningsnedgang, må tolkes som et vilkår for å anvende fritaket.

Det fremgår av GBER artikkel 15 nr. 1 at også de alminnelige vilkår for gruppeunntak i kapittel 1 må overholdes. Dette består av krav til gjennomsiktighet, krav til incentiveeffekt, krav til

⁵⁹¹ Kommissjonsforordning 2017/1084 av 14. juni 2017 om endring av forordning (EU) nr. 651/2014 hva gjelder støtte til havne- og lufthavnsinfrastruktur, notifikeringsterskler for støtte til kultur og bevaring av kulturarv samt støtte til sportsinfrastruktur og multifunksjonell infrastruktur til rekreative aktiviteter samt regionale driftsstøtteordninger for regionene i den ytterste periferi og om endring av forordning (EU) nr. 702/2014 hva angår beregning av støtteberettigede kostnader, OJ C 156, 20. juni 2017 side 1-18, avsnitt 11. Forordningen tilføyer denne bestemmelsen til GBER 2014 artikkel 15.

støtteintensitet, regler om kumulasjon (artikkel 8), og regler om offentliggjøring og informasjon. Kravet om incentiveeffekt gjør imidlertid unntak for regional driftsstøtte.⁵⁹² Kapittel 1 får således kun betydning gjennom reglene for beregning av berettigede kostnader, og de formalkrav som oppstilles til gjennomsiktighet og publisering.⁵⁹³

Jeg skal først vurdere hvorvidt gruppeunntaksforordningen oppstiller noe krav til forebygging av befolkningsnedgang. Deretter vil jeg analysere vilkåret om støttenivå, og støtteområde. Disse drøftelsene vil både synliggjøre hvorvidt forordningen hjemler videreføring av RDA-ordningen, og i hvilken grad forordningen hjemler en utvidelse av ordningen.

5.3. Krav til virkning eller formål

Gruppeunntakshjemmelen gjelder støtte som «shall prevent or reduce depopulation under the following conditions (...)». Isolert tilsier ordlyden at gruppeunntaket oppstiller krav til at støtten må ha som virkning å hindre eller redusere befolkningsnedgang. Språklig er det imidlertid også mulig å lese formuleringen som rent beskrivende for de nasjonale myndigheters støtteordning. En slik lesning støttes både av avslutningen på setningen («shall prevent or reduce depopulation *under the following conditions*» (min kursivering). Systematikken i bestemmelsen kan derfor sies å være først å konstatere hva slags støtteordning det er snakk om, mens selve vilkårene er angitt nedenfor (i dette tilfellet i bokstav a og b). De øvrige fritakshjemlene i artikkel 15 synes å bygge på nettopp en slik systematikk.⁵⁹⁴

Bestemmelsen må videre forstås i kontekst av de øvrige vilkår i gruppeunntaksforordningen. Som nevnt er regional driftsstøtte generelt fritatt fra krav til å dokumentere incentiveeffekt. Det å kreve en viss dokumentert effekt knyttet til reduksjon i befolkningsnedgangen er *mer* omfattende enn et alminnelig krav til incentiveeffekt. Det forhold at støtten er unntatt kravet om incentiveeffekt gjør det lite sannsynlig at meningen kan ha vært å oppstille krav til støtteordningens effekt i fritakshjemmelen. Formålene om forenkling og forutsigbar anvendelse ved gruppeunntak, gjør at det har formodningen mot seg at hensikten kan ha vært

⁵⁹² GBER 2014 artikkel 16 nr. 5 bokstav a.

⁵⁹³ Jf. GBER 2014 artikkel 5 og artikkel 9.

⁵⁹⁴ Jf. artikkel 15 nr. 2 og nr. 4.

å oppstille et slikt krav. Det synes heller ikke mulig å praktisere et slikt krav på noen enkelt håndhevbar måte. På denne bakgrunn må det derfor legges til grunn at fritakshjemmelen ikke oppstiller noe krav til faktisk virkning på befolkningsutviklingen.

En alternativ tolkning kan på sin side være at hjemmelen oppstiller krav til støtteordningens formål. Dette samsvarer med den danske teksten, som fastsetter at ordningen må «tage sigte» på å hindre eller redusere befolkningsnedgang. Selv om det også er *mulig* å lese den engelske og de fleste øvrige språkdrakter til å oppstille et formålskrav, er det likevel ikke den mest nærliggende måten å forstå teksten på. Problemstillingen er noe beslektet til en anførsel i *Dilly's Wellnesshotel*, som var at støtte etter GBERs regler om miljøstøtte rent faktisk måtte være innført for å beskytte miljøet. Generaladvokat Wahl mente på sin side at det ikke lå noe formålskrav i begrepet miljøstøtte. Så fremt de fastsatte vilkår var oppfylt, tok støtteordningene «indirect account of environmental protection objectives and must be classified as environmental taxes». ⁵⁹⁵ EU-domstolen løste saken på annet grunnlag, men Kommisjonen argumenterte i tråd med generaladvokatens standpunkt. ⁵⁹⁶ På samme måte kan man for arbeidskraftsubsidier i svært tynt befolkede områder anse det slik at de sørger for sysselsetting, og dermed i seg selv bidrar til å hindre eller redusere befolkningsnedgang. Krav til formål er ellers lite forenlig med hensynet til en enkel og forutsigbar anvendelse av gruppeunntakene. Forordningen kan derfor neppe heller forstås slik at den oppstiller noe krav til støtteordningens formål.

Dette innebærer at anvendelse av gruppeunntaket kun beror på tre vilkår: et kvalifisert støtteområde, at man er innenfor tillatt støttenivå, og at støttemottakerne har sin økonomiske aktivitet i støtteområdet. Jeg drøfter disse vilkår i det følgende.

⁵⁹⁵ Opinion i sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:174) *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, avsnitt 83.

⁵⁹⁶ Opinion i sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:174) *Dilly's Wellnesshotel GmbH*, se avsnitt 75.

5.4. Kvalifiserte områder

Gruppeunntakshjemmelen gjelder for områder med svært lav befolkningstetthet. Dette er samme formulering som i RAG 2014. GBER har imidlertid en egen definisjon på hvilke områder dette er. Dette fremgår av artikkel 2 punkt 48:

« “very sparsely populated areas” means NUTS 2 regions with less than 8 inhabitants per km² or areas which are recognized by the Commission as such in an individual decision on a regional aid map in force at the time the aid is granted (...) »

Den første delen av definisjonen er således identisk med definisjonen i RAG 2014. Den andre delen av definisjonen henviser til en beslutning om et godkjent støttekart. Forskjellen i reguleringen er nødvendig fordi gruppeunntakene i seg selv anvendes direkte av medlemsstatene. Det foretas ikke noe vedtak av kontrollorganet i forkant hvor støtteområdet kan fastsettes på samme måte som ved et godkjenningsvedtak. Man har dermed valgt å henvise til vedtak om støttekart.

Som redegjort for under punkt 5.3.2., er det to slike nivå 2-regioner i Norge som har mindre enn 8 innbyggere per km²: Hedmark og Oppland, og Nord-Norge. Etter forordningen kan driftsstøtte gis i disse områdene uten noe nærmere vedtak fra ESA. Dersom man skal gi støtte utover dette, må imidlertid områdene være anerkjent i en beslutning om støttekart fra ESA som svært tynt befolkede. Gruppeunntaket gir således ikke i seg selv hjemmel til å videreføre RDA-ordningen i sin helhet. Videreføring av ordningen utenfor de forhåndsgodkjente områdene forutsetter et vedtak om støttekart som anerkjenner dette. Selv ved en videreføring av RDA-hjemmelen i forordningen vil det således være usikkert om Norge kan videreføre dagens geografiske omfang. Som drøftet under punkt 5.3, er nødvendigheten til RDA-ordningen særlig svakt begrunnet i områder i Sør-Norge utenfor Hedmark og Oppland. Dersom RDA-ordningen videreføres gjennom gruppeunntakshjemmelen etter utløpet av dagens ordning, er et særlig aktuelt spørsmål hva slags støtteområde ESA bør godkjenne. Dette drøftes nærmere i kapittel 7.

Norges bruk av gruppeunntaket for sektorene energi og transport ut perioden, aktualiserer et ytterligere prinsipielt tolkningsspørsmål: Spørsmålet om hvilke vedtak som omfattes av

formuleringen om at områdene må anerkjennes «in an individual decision on a regional aid map in force at the time the aid is granted». Ordlyden indikerer at det må være tale om et vedtak om støttekart. Dette er enda tydeligere i andre språkdrakter. Den danske teksten benytter eksempelvis formuleringen «enkeltafgørelse om regionalstøttekort».⁵⁹⁷ Ut fra ordlyden må det derfor foreligge et vedtak om støttekart som anerkjenner områdene som svært tynt befolkede.

Noen slik anerkjennelse av svært tynt befolkede områder foreligger imidlertid ikke i det gjeldende vedtaket om støttekart for Norges vedkommende. Det er kun i selve godkjenningsvedtaket av RDA-ordningen, at ESA har foretatt en vurdering av hvilke områder som anses som svært tynt befolkede. Ordlyden i GBER tilsier imidlertid at slike vedtak ikke er relevant for vurderingen av støtteområdet. En slik forståelse av gruppeunntaket fremstår imidlertid utelukkende formalistisk, da godkjenningsvedtaket gjør en konkret vurdering av støtteområdet, nettopp med det formål å fastsette hvor det kan ytes driftsstøtte.

Et ytterligere argument er at dagens regler om støttekart ikke har regler om fastsettelse av svært tynt befolkede områder.⁵⁹⁸ Dersom man tar bestemmelsen helt på ordet, er det således ikke rom for fleksibel fastsettelse av støtteområde før man eventuelt oppdaterer retningslinjene med særskilte regler om dette. I så fall gir det lite mening at gruppeunntaket ble innført uten noen tilsvarende oppdatering av retningslinjene. Etter min mening synes det derfor vanskelig å tolke gruppeunntaket strengt etter ordlyden på dette punkt. Jeg antar derfor at enkeltbeslutninger som tar stilling til hva som utgjør områder med svært lav befolkningstetthet, også må ansees som en enkeltavgjørelse om støttekart etter gruppeunntaket. En slik tolkning kan imidlertid ikke anses som sikker.

At denne type tolkningsproblemer oppstår, indikerer dog etter min mening at gruppeunntaket ikke fremstår helt gjennomtenkt og gjennomarbeidet. Det er i seg selv et argument for å se nærmere på hjemmelen ved neste revidering av regelverket.

⁵⁹⁷ Like tydelig er eksempelvis den tyske og svenske teksten. Den tyske benytter formuleringen «in den einzelnen Beschlüssen über Fördergebietskarten der Mitgliedstaaten», den svenske «i ett enskilt beslut om en regionalstöds-karta».

⁵⁹⁸ Se blant annet RAG 2014 avsnitt 158 og 161.

5.5. Støttenivå

Grensen for støttenivået fremgår av artikkel 15 nr. 3 bokstav c: det årlige støttebeløpet per mottaker må ikke overstige 20% av de årlige arbeidskraftkostnadene. Støttenivået som tillates er altså vesentlig høyere enn i dagens RDA-ordning, hvor selv nullsonen i Finnmark kun har støtte som tilsvarer 14,1% av lønnskostnadene. Gruppeunntaket bygger heller ikke på noen variasjon i støttenivå. Det tillater altså 20% i støtte i alle områder som anses som svært tynt befolkede.

Akkurat hvor mye mer støtte fritakshjemmelen tillater, beror på forståelsen av begrepet arbeidskraftkostnader («labour costs»). Begrepet sikter neppe utelukkende til lønnskostnader. Lønnskostnader omtales i forordningen som nettopp dette («wage costs»), og er legaldefinert i artikkel 2 nr. 31 til å bestå av bruttolønn før skatt, og før lovpålagte bidrag som arbeidsgiveravgift, barnepass mv. Arbeidskraftkostnader er på sin side ikke definert, men disse må formodentlig også omfatte arbeidsgiveravgift og andre lovpålagte utgifter. Støttenivået beregnes således fra et merkbart høyere beløp enn arbeidstakers lønn. Den mulige økningen i støttenivå er altså større enn differansen mellom 20% og dagens sats på 14.1%. Skal rommet for økningen tas i bruk, må imidlertid avgiftsfritaket i RDA-ordningen suppleres med lønnstilskudd i form av kontantoverføringer fra stat til foretak. Dette er neppe en aktuell problemstilling fra norsk side. Det er derfor ikke nødvendig å ta stilling akkurat hvor mye høyere støttenivå gruppeunntaket tillater. At hele RDA-ordningens virkeområde kan få vesentlig høyere sats enn det som i dag gis i Nord-Troms og Finnmark, viser imidlertid hvordan gruppeunntakshjemmelen går mye lengre i å tillate driftsstøtte enn det som ESA i sin tidligere praksis har godkjent.

Det praktiske handlingsrommet fra norsk side, er at fritakshjemmelen åpner for full fleksibilitet ved fastsettelsen av støttenivået fra 0 – 14,1%. Dette omfatter også forskjellene i støttenivå mellom de ulike sonene. Norge kan dermed både innføre nullsone i hele det godkjente støtteområdet, og eventuelt redusere forskjellen i støttenivå mellom nullsonen og det øvrige støtteområdet. Herunder åpner gruppeunntakshjemmelen formelt for at bykommunene Tromsø og Bodø kan få samme støttesats som omlandet rundt, slik tilfellet var før avviklingen i 2004. Dersom gruppeunntaket brukes til å utvide støtteordningen

sammenlignet med dagens godkjenning, er det imidlertid mer nærliggende at hjemmelen tilsidesettes på grunn av brudd på forholdsmessighetskravet.

5.6. Tilknytning mellom foretak og støtteområdet

Gruppeunntaket inneholder et vilkår om at «the beneficiaries have their economic activity in the area concerned».⁵⁹⁹ Forordningen krever dermed at foretak må ha økonomisk aktivitet i området. Isolert sett kunne man tolket bestemmelsen slik *all* aktivitet fra foretaket må være i støtteområdet. En slik tolkning vil imidlertid være uforenlig med etableringsretten. For øvrig fremgår det implisitt av vilkåret om lønnsnivå – som gjelder lønnskostnader pådratt «in the area concerned» - at foretakene også kan ha aktivitet utenfor støtteområdet. Det kreves derfor ikke at støttemottakeren har *all* aktivitet i støtteområdet.

Formålet med bestemmelsen må være å unngå at det gis driftsstøtte til økonomisk aktivitet utenfor støtteområdet. En identisk begrensning ligger også i driftsstøtte til de fjerntliggende områdene.⁶⁰⁰ Vilkåret innebærer imidlertid at det tidvis kan oppstå vanskelige spørsmål om når økonomisk aktivitet skal anses foretatt innenfor eller utenfor støtteområdet.

I dagens RDA-ordning er dette regulert gjennom å bruke reglene om foretaksregistrering. Foretakenes fysiske tilstedeværelse blir dermed det sentrale utgangspunktet. RDA-ordningens tilknytningskrav – som bygger på felleseuropeiske kriterier for foretaksregistrering – må derfor anses for å tilfredsstillende vilkåret i forordningen.

Derimot bør gruppeunntaket neppe forstås slik at det åpner for støtte til ambulerende virksomhet. Ordlyden er mest nærliggende å forstå slik at den sikter til varige etableringer. Videre vil en slik forståelse innebærer at ordningen får negative virkninger på samhandelen, siden ambulerende virksomhet fra andre land enn Norge i liten grad kan nyttiggjøre seg slik støtte, jf. drøftelsen på punkt 4.9.

⁵⁹⁹ Rev GBER artikkel 15 nr. 3 bokstav a. Lest i sammenheng med det påfølgende kravet om at støtten ikke skal være over 20% av kostnadene som er pådratt «in the area concerned», er det tydelig at bestemmelsen ikke mener at mottakerne må ha *all* sin virksomhet innenfor det støtteberettigede området.

⁶⁰⁰ Jf. GBER artikkel 15 nr. 4.

5.7. Oppsummering

Når det gjelder hovedbildet av gruppeunntaket, er det grunn til å skille mellom spørsmålene om gruppeunntaket kan hjemle en videreføring av RDA-ordningen, og spørsmålet om forholdsmessigheten kan forbedres gjennom tolkning og anvendelse av gruppeunntaket. For spørsmålet om videreføring av RDA-ordningen under gruppeunntaket, er hjemmelen hovedsakelig godt egnet til dette. På en rekke punkter må man imidlertid tolke ordlyden noe fleksibelt for å få den til å romme RDA-ordningen. Siden det er på det rene at bakgrunnen for bestemmelsen er et ønske om å gruppeunnta RDA-ordningen, antar jeg EFTA-domstolen trolig også vil tolke bestemmelsen slik. Tolkningene fremstår likevel ikke som helt sikre. Det er særlig uklart hva som ligger i at støtteområdet må fastsettes gjennom vedtak om støttekart. Uklarheten kan imidlertid elimineres gjennom nye retningslinjer, hvor man tydeliggjør at støttekartet skal identifisere svært tynt befolkede områder.

For spørsmålet om svakhetene ved dagens godkjenning kan avhjelpest ved tolkning og anvendelse av gruppeunntaket, er situasjonen mer komplisert. Gruppeunntaket kan praktiseres strengere når det gjelder ordningens geografiske virkeområde. Dette kan gjøres gjennom ikke å innlemme et tilsvarende stort tilstøtende område som i dagens godkjenning. Så fremt ordningen ellers beholdes som før fra norsk side, vil dette luke vekk de vesentligste svakheter ved dagens ordning. Eksempelvis kan de tilstøtende områder som er lagt til sone 2 fjernes i sin helhet. En slik innsnevring vil redusere risikoen for at gruppeunntaket anses å være i strid med forholdsmessighetskravet. Utover geografisk virkeområde er det imidlertid ikke andre iøynefallende måter å tolke eller anvende gruppeunntaket for å redusere svakhetene i dagens godkjenning.

Når det gjelder støttenivå, er gruppeunntaket på sin side betydelig romsligere enn dagens godkjenning. Gitt at dette handlingsrommet benyttes til å utvide ordningen, vil forholdsmessigheten ved tiltaket fremstå enda mer tvilsom enn i dag. Dette beror til dels på hva slags endringer det er tale om. En økning i de perifere bykommunene Bodø og Tromsø kan sies å være mindre problematisk. Men en slik økning bør samtidig tilsi at RDA-ordningen i større grad skal innrettes etter større geografiske enheter. Med andre ord bør en økning av støttenivå i Bodø og Tromsø etterfølges av en innsnevring av ordningen i omlandet til storbyer utenfor ordningen dersom det skal fremstå konsistent.

Prinsipielt sett er det ikke dekning for at forholdsmessighetsprøving av gruppeunntak skal bero på hvordan de nasjonale myndigheter benytter handlingsrommet hjemlene gir. Det avgjørende er i utgangspunktet hva slags støtte gruppeunntaket hjemler, ikke hva slags støtte gruppeunntaket benyttes til å gi. Det kan likevel ikke utelukkes at en forholdsmessighetsprøving vil være pragmatisk, og se hen til hvordan gruppeunntaket rent faktisk benyttes av nasjonale myndigheter. I så fall vil det være ved en økning i støttenivå av RDA-ordningen at spørsmålet om manglende forholdsmessighet blir særlig aktuelt.

Fordi gruppeunntak i liten grad er vurdert av de europeiske domstolene, og det er få prinsipielle føringer, er rettsstilstanden usikker. Dette er i seg selv problematisk med tanke på gruppeunntakenes formål om forutberegnelighet. Uklarhetene rundt forståelsen av gruppeunntaket kan indikere at støtteordningen ikke er moden for å reguleres gjennom gruppeunntak. Uklarhetene er også et argument for at hjemmelen bør endres eller fjernes ved neste revisjon. Siden gruppeunntaksforordningen på samme måte som retningslinjene fastsettes av Kommisjonen, er mulige endringer i gruppeunntak tema for den rettspolitiske vurderingen av fremtidig forvaltningsutøvelse i kapittel seks.

6. RETTSPOLITISK ANBEFALING TIL ESA OG KOMMISJONENS PRAKSIS

6.1. Innledning

6.1.1. Generelt om kapitlets rettspolitiske anbefaling

Formålet med dette kapitlet er å foreta en rettspolitisk drøftelse av mulige endringer i forvaltningspraksis, og anbefaling til endringer ved fastsettelse av fremtidig regelverk og skjønnsutøvelse. Det fremgår av kapittel tre at Kommisjonen og ESA har et forholdsvis vidt skjønn i håndhevelsen av statsstøttereglene. Samtidig klargjør kapittel fire og fem vesentlige svakheter ved dagens regelverk. Fordi statsstøttekontrollen er preget av et rommelig forvaltningsskjønn, kan det være flere måter å forbedre praksis på. Det å identifisere en svikt, gir ikke i seg selv noen løsning på hvilke endringer som kan gjennomføres for å sikre en bedre og også holdbar forvaltningspraksis. Det er ikke gitt at løsninger vil være enkle eller kurante å gjennomføre. I forlengelsen av en rettsdogmatisk kritikk av dagens godkjenning, er det dermed nærliggende å foreta en rettspolitisk drøftelse av mulige forbedringer av dagens praksis.

Det rommelige forvaltningsskjønnet gjør at forenlighetsvurderinger generelt er egnet for rettspolitiske drøftelser av hvordan skjønnsutøvelsen bør foretas. En ytterligere grunn til at rettspolitiske drøftelser er interessant på området, er det forhold at de europeiske kontrollorganene er pålagt en løpende og forholdsvis hyppig overvåkning og revidering av regelverk og forvaltningspraksis. Fornyede vurderinger av forvaltningsutøvelsen – herunder gjennom fastsettelse av regelverk – er således ikke bare en hypotetisk mulighet, men noe som man vet skal foretas ved jevnlig mellomrom. Dette gjør den fremtidige utøvelsen av forvaltningsmyndigheten særlig interessant. Av denne grunn kan også rettspolitiske drøftelser normalt antas å ha større praktisk interesse enn rettsdogmatiske analyser.

Det er nødvendig å klargjøre noe nærmere hva jeg i denne sammenheng legger i begrepet «rettspolitikk». Det er både nyanseforskjeller og vesensforskjeller knyttet til hvordan begrepet brukes i juridisk litteratur. Fellestrekket er at rettspolitikk sikter til vurderinger av om rettsregler er «gode». Vurderinger av godhet kan både være relevant for å fastsette innholdet i en rettsregel, og de kan være relevante for å bedømme «godheten» til en ferdig tolket rettsregel. I norsk litteratur er det mest vanlig å forbeholde begrepet rettspolitikk for sistnevnte vurderinger.⁶⁰¹ Slike rettspolitiske vurderinger omfatter også forslag til endringer fra lovgiver for å gi «bedre» rettsregler. Tidvis omfatter begrepet rettspolitikk også anbefalinger til domstolene om å endre en etablert tolkning. I slike tilfeller ligger det implisitt at det er tale om godhetsvurderinger som kan være relevante for fastleggelsen av gjeldende rett. At man i slike tilfeller bruker begrepet «rettspolitikk», bygger trolig på en antakelse om at kun den øverste domstolen kan foreta kursendringen. I den juridiske tradisjonen finner man således en meget bred anvendelse av begrepet rettspolitikk.

I denne fremstillingen bruker jeg begrepet «rettspolitikk» om drøftelser og anbefaling til hvordan forvaltningsmyndigheten til ESA (og Kommisjonen) bør anvendes. Den rettspolitiske anbefalingen kan ikke løsrives fra de rettsdogmatiske kravene: anbefalingen må ligge *innenfor* ESAs kompetanse, og dermed også *innenfor* en holdbar anvendelse av forholdsmessighetskravet.

Rettspolitiske anbefalinger bør bygge på et normativt grunnlag. Utgangspunktet for min rettspolitiske drøftelse er de formål og hensyn som fremkommer av EU-traktaten selv: Samhørighetsmålsetningen på den ene siden, og hensynet til et indre marked med mest mulig fri konkurranse og handel på den andre siden. Det normative grunnlag er således de formål og hensyn som allerede er fastsatt i EU og EØS-retten.⁶⁰² Selv om formålene er nokså brede, er de utpenslet og avgrenset i kapittel to. Det normative grunnlaget for en rettspolitisk

⁶⁰¹ Tidvis brukes begrepet «rettspolitikk» til å beskrive vurderinger som (også) kan danne grunnlag for gjeldende rett, jf. Jens Edvin Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Oslo 2018 s. 165. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, «Rett, politikk og moral – Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1994 s. 837–881, hvor Rt. 1977 s. 1035 («Sykejournaldommen») forstås å være basert på en rettspolitisk vurdering, jf. petitavsnitt på s. 853.

⁶⁰² I denne forstand kan den rettspolitiske drøftelsen plasseres i kategorien «rettspolitikeren som social teknolog» i Dalberg-Larsens systematikk, se Jørgen Dalberg-Larsen «Kapittel 2 – Fem oppfatninger af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet i historisk og aktuell belysning» i *Om retspolitik*, Sten Schaumberg-Müller og Jens Evald (red.) København, 2002 s. 16 flg»

drøftelse er således gjennomgått tidligere. Fordi grunnlaget er de traktatfestede formål, vurderer jeg det også som mest treffende å bruke begrepet rettspolitisk anbefaling. Dette står i en viss kontrast til de rent økonomisk funderte policyanbefalingene, som tidvis kan lide av at de ikke tar hensyn til *hvilke* økonomiske hensyn som EU-retten utpeker som vesentlig.

Kapitlet omfatter utøvelsen av forvaltningsmyndigheten i bred forstand: det omfatter både fastsettelsen av regelverk i form av gruppeunntak og retningslinjer, og vurderingene i enkeltsaker. Fastsettelsen av regelverket er først og fremst Kommisjonens domene (riktignok i samarbeid med ESA), mens utøvelsen av skjønnet overfor norske støtteordninger i enkeltsaker primært er ESAs domene (riktignok i samarbeid med Kommisjonen). Hvilket kontrollorgan anbefalingene retter seg mot, er ikke av materiell betydning, da begge kontrollorgan uansett skal avveie de samme motstridende hensyn, og realisere de samme målsetningene. Felles for all utøvelse av forvaltningsmyndighet er at det handler om å treffe en best mulig forholdsmessighet mellom territoriell samhörighet og like konkurransevilkår i det indre marked. Det kan imidlertid variere om den mest hensiktsmessige måten å sikre dette på er gjennom endringer i regelverk, eller endringer i selve skjønnsutøvelsen. Dette drøftes underveis.

6.1.2. Behovet for forbedringer av dagens praksis

Vurderingen av godkjenningsvedtaket i kapittel fire, og gruppeunntaket i kapittel fem, synliggjorde svakheter ved dagens praksis: Det inneværende godkjenningsvedtaket aksepterer en driftsstøtteordning uten et klart formål, og som delvis sementerer de demografiske handikap som rammer støtteområdet. Det er svikt i vurderingen av om driftsstøtte er nødvendig for å fremme utviklingen av støtteområdet. Svikten i nødvendigheten består særlig i at den vesentligste ulempen knyttet til perifer beliggenhet ikke tas hensyn til. Analysen av godkjenningsvedtaket viser således at reguleringen og vurderingen av støtteordningens formål ikke er optimal, og at nødvendigheten for driftsstøtte ikke blir tilstrekkelig godt vurdert. Dette påvirker også holdbarheten av vurderingen av om RDA-ordningen er beløpsmessig begrenset til det nødvendige, og i hvilken grad konkurranse- og handelsforstyrrelsene er akseptable.

Basert på svakhetene som er identifisert, er det således to forbedringer som er nærliggende å drøfte: Først og fremst gjelder dette vurderingen av nødvendigheten. Vurderingen av nødvendighet er i større grad nødt til å ta hensyn til vesentlige periferiulemper, og i mindre grad fange opp alminnelig modernisering av bosetning og økonomisk struktur innenfor regioner som ellers er forholdsvis sterke. For det andre kan det være hensiktsmessig å stille strengere eller mer presise krav til hvilket formål RDA-ordningen skal ha.

I tillegg til de svakheter ved dagens godkjenning som allerede er diskutert, er det grunn til å peke på noen ytterligere omstendigheter som også tilsier at det er behov for å forbedre dagens praksis.

Et sentralt utgangspunkt i denne sammenhengen er den faktiske utvikling i regionale forskjeller i Norge i de senere år. Notifikasjonen viser at støtteområdet i sin helhet har en svakere utvikling enn området som ikke er støttet: sysselsettingsveksten i perioden 2002 – 2012 var 5.2% innenfor støtteområdet, og 16.2% utenfor støtteområdet. Dagens støttereime oppnår således ikke samhørighetsmålsetningens grunnleggende krav om å *redusere* regionale ulikheter innenfor støtteområdet som ordningen selv etablerer.

Dersom man ser på Nivå 2-regionene i seg selv – uten de justeringer som RDA-ordningen foretar – blir dette bildet enda klarere. I vedlegg 3 til notifikasjonen fremgår statistikk for befolkningsutviklingen i nivå 2-regionene for perioder tilbake til 1981 frem til 2011.⁶⁰³ De to mest interessante periodene 1991 – 2011 (grovt sett tidsperioden for den norske EØS-deltakelsen), og 2006-2011 (mest tidsnære perioden) fremgår som følger:

NUTS 2-region	1991 – 2011	2006 - 2011
Oslo og Akershus	30,1%	10,1%
Hedmark og Oppland	2,6%	1,6%
Østfold, Buskerud, Vestfold og Telemark	13,8%	5,0%
Aust-Agder, Vest-Agder og Rogaland	23,2%	8,2%
Hordaland, Sogn og Fjordane og Møre og Romsdal	12,4%	5,2%
Sør-Trøndelag og Nord-Trøndelag	12,7%	5,5%
Nordland, Troms og Finnmark	1,6%	1,2%
Hele landet	15,8%	6,0%

⁶⁰³ Annex 3: Supplementary regional statistics. Se tabell A3.1.

Basert på tilgjengelig statistikk fra SSB kan denne utviklingen også suppleres med tall frem til 2019.⁶⁰⁴ Følgende tabell viser utviklingen for perioden 2011 – 2019, og også for hele perioden 1991 – 2019:

NUTS 2-region	2011 – 2019	1991 - 2019
Oslo og Akershus	14%	48,3%
Hedmark og Oppland	2,4%	4,6%
Østfold, Buskerud, Vestfold og Telemark	7,1%	21,9%
Aust-Agder, Vest-Agder og Rogaland	8,7%	34,6%
Hordaland, Sogn og Fjordane og Møre og Romsdal	6,4%	19,0%
Sør-Trøndelag og Nord-Trøndelag	8,9%	22,7%
Nordland, Troms og Finnmark	3,9%	5,6%
Hele landet	8,3%	25,4%

Oversikten ovenfor viser at bildet er grovt sett det samme både for periodene i notifikasjonen (frem til 2011), og dersom man supplerer med den etterfølgende utviklingen fra 2011 frem til i dag. Det er kun to av de syv regionene som har en befolkningsutvikling vesentlig under landsgjennomsnittet, nemlig Nord-Norge og Innlandet. Dagens RDA-ordning er således et godt stykke unna å være utjevner for den regionale utviklingen. Virkningen er begrenset til å bremse hvor raskt ulikhetene i folketall og befolkningstetthet øker.

Det kan neppe i seg selv begrunne endring i regelverket. Først og fremst fordi det ikke er gitt at det alltid vil være mulig å redusere regionale ulikheter. I slike tilfeller må man nøye seg med å bremse økningen i regionale forskjeller. Men siden man i så fall ikke oppnår minstekravet til samholdighetsmålsetningen, er det gode grunner til å vurdere nøye om det er mulig med endringer som bedre ivaretar samholdighetsmålsetningen.

En stor del av RDA-ordningen er rettet mot deler av NUTS 2-regioner med en forholdsvis god utvikling. Dette kan først og fremst knyttes til den sviktende vurderingen av nødvendigheten til driftsstøtteordningen: Nødvendighetsvurderingen fanger ikke opp vesentlige periferiulempet, og ender i stedet opp med å legge vekt på størrelsen på de aller nærmeste markedene. Dermed flyttes støtte fra de mest utsatte NUTS 2 regionene, Nord-Norge og

⁶⁰⁴ SSBs tabell 03031: Sivilstand, alders- og kjønnsfordeling i fylker og hele landets befolkning (F) 1986 – 2019 (tilgjengelig på <https://www.ssb.no/statbank/table/03031/>, sist sjekket 1. oktober 2019).

Innlandet, og over i ruralt pregede kommuner i nær avstand til sterke vekstsentra. En skarpere nødvendighetsprøving kan således konsentrere driftsstøtten til regionene med reelt behov, og unngå at RDA-ordningen svekker de svakerestilte områdene gjennom å sementere deres demografiske handikap.

I vurderingen av behovet for forbedringer, er det også grunn til å se nærmere på hvor kostnadseffektiv RDA-ordningen er. RDA-evalueringen beregnet støttekostnaden per ekstra sysselsatt til å være kr. 1 200 000,-. Det er stor usikkerhet rundt estimatet, og evalueringen selv antyder at det trolig er for høyt.⁶⁰⁵ Det foreligger ikke en fullstendig oversikt over gjennomsnittlig kostnad per arbeidsplass i andre støtteordninger. Gjennomganger i nyere tid viser at RDA-ordningen ikke har et unikt høyt nivå. Samtidig er det støtteordninger som er anslått å være vesentlig mer effektive.⁶⁰⁶ I de utgåtte retningslinjene for støtte til store investeringsprosjekter av 1999 var derimot kostnaden per arbeidsplass et særlig kriterium. Retningslinjene etablerte et særskilt notifikasjonskrav dersom kostnaden per jobb var over EUR 40.000.⁶⁰⁷ Dette nivået er ca. EUR 57 000 i dagens verdi. Også dette kan indikere at RDA-ordningens effektivitet er lav. På grunn av stor variasjon og mangel på oversikt, er det er ikke grunnlag for å si at RDA-ordningen har en uakseptabelt høy kostnad per arbeidsplass. Kostnadene er imidlertid i det minste et argument for å se nærmere på endringer som gir en mer kostnadseffektiv ordning.

I denne forbindelse er det interessant at evalueringen også peker ut deler av RDA-ordningen som er mer effektiv enn andre: virkningen er klart sterkest i tjenestesektoren, hvilket i seg selv tilsier at ordningen virker best overfor bykommuner. Evalueringen peker også konkret på

⁶⁰⁵ RDA-evalueringen s. 127–128.

⁶⁰⁶ Det foreligger ikke komplett statistikk, og gjennomganger knytter seg til utvalgte støtteordninger. Tallene bør derfor leses med varsomhet. I Kommisjonens eksterne evaluering av RAG 2007 varierer kostnadene per arbeidsplass for noen få utvalgte statsstøttetiltak fra 660 EUR til 170 000 EUR, se Ramboll, Final Report – Ex-post Evaluation of the Regional Aid Guidelines 2007-2003 (tilgjengelig på <https://www.uokik.gov.pl/download.php?id=986>, sist sjekket 1. oktober 2019). De laveste tallene bør antakelig ikke sees på som særlig retningsgivende. En annen oversikt er hos Hans W. Friederiszick og Massimo Merola, «Regional state aid control in Europe: A legal and economic assessment», *ESMT Working Paper*, No. 15-05, tilgjengelig på <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/125142/1/842131930.pdf> (sist sjekket 1. oktober 2019), som for store investeringsprosjekter viser omtrent samme kostnad for sysselsetting som RDA-ordningen, se side 36.

⁶⁰⁷ Multisectoral framework on regional aid for large investment projects 98/C 107/05 (OJ C 107 7. april 1998 side 1-10) punkt 2.1.

bykommuner som Bodø som områder hvor ordningen har særlig god virkning.⁶⁰⁸ Dette samsvarer igjen med de generelle funnene som ble fremhevet i Kommisjonens regionalstøtteutredning fra 2012: regionalstøtte virker mest effektivt i områder med agglomerasjon (altså byer), i sektorer hvor markedsintegrasjonen er sterkest, og i de delene av svakerestilte områder som er *minst* rammet av de regionale handikap.⁶⁰⁹ RDA-evalueringen og Kommisjonens regionalstøtteevaluering synes derfor å gi et godt grunnlag for å sikre en mer effektiv RDA-ordning.

En mer konsentrert RDA-ordning som i større grad legger til rette for bærekraftig økonomisk aktivitet er i samsvar med målsetninger som gjentatte ganger er fremhevet fra både Kommisjonen og Rådets side. SAAP 2005 legger vekt på europeisk konkurransekraft, og mindre og mer målrettet statsstøtte, og fremhevde Lisboastrategiens målsetninger om vekst og sysselsetting.⁶¹⁰ Målsetningene ble i stor grad gjentatt ved SAM 2012, hvor Kommisjonen fremhevde at offentlig pengebruk burde bli mer effektivt, virkningsfullt, og rettet mot vekstfremmende tiltak som var i samsvar med EUs egne målsetninger.⁶¹¹ Merola pekte i 2010 på behovet for en stødig praksis fra kontrollorganenes side for å ivareta legitimiteten til den såkalte «more economic approach» fra State Aid Action Plan i 2005.⁶¹² Utviklingen i RDA-ordningen i samme periode – hvor man har forsterket ordningens preg av et driftsstøttetiltak som sementerer regionale handikap – fremstår i lys av dette som vanskelig å forsvare.

Det kan samtidig være grunn til en viss varsomhet med å dra vidtrekkende slutninger ut av generelle målsetninger om mindre statsstøtte, mer vekst, og mer konkurransekraft. I kontrollen med regionalstøtte er det nødvendig med en viss realisme om at man i første rekke kun kontrollerer medlemsstatenes foreslåtte tiltak. Forvaltningspraksis kan således ikke ha som utgangspunkt at den skal lage «idealordninger» som medlemsstatene deretter implementerer. Nye krav som fører til vesentlige endringer i eksisterende støtteordninger, kan føre til at det politiske flertallet for å opprettholde støtteordningene forsvinner. Et slikt utfall kan være verre for samhörighet, enn å akseptere innarbeidede støtteordninger med visse

⁶⁰⁸ RDA-evalueringen side 85.

⁶⁰⁹ Jf. gjennomgangen under punkt 2.3.4.

⁶¹⁰ SAAP 2005, se særlig avsnitt 7, 18 og 20.

⁶¹¹ SAM 2012 avsnitt 4.

⁶¹² Massimo Merola, «Regional Aid: Recent Trends and Some Historical Background – with special Focus on large Investment Projects», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 2010 side 589 – 616 på side 616.

mangler. Statsstøttepraksis må derfor foreta en krevende balansering av hvor inngripende støttekontrollen kan være. Dette kan tilsa at man bør unngå for store omveltninger i praksis. Det er både problematisk ut fra forutberegnelighetshensyn, og ut fra at det er en risiko for at det nasjonale flertallet for det regionale tiltaket forsvinner.

Konkret kan det for RDA-ordningen være grunn til å ta i betraktning særlig to forhold: For det første vil utstrakt fjerning av RDA-ordningen i Sør-Norge gjøre ordningen politisk utsatt. For det andre kan det være grunn til å gå skrittvis frem når man gjør endringer i en stor nasjonal støtteordning. Jeg legger derfor til grunn for den videre drøftelse at man i den grad det er mulig bør unngå en forvaltningspraksis som umuliggjør at RDA-ordningen også omfatter Sør-Norge.

6.1.3. Kapitlets tilnærming

Den rettspolitiske drøftelsen tar utgangspunkt i regelverket slik det foreligger i dag. Drøftelsen knytter seg til hvilke forbedringer i skjønnsutøvelsen ut fra foreliggende regelverk som kan gi bedre forholdsmessighet. I den grad skjønnsutøvelsen i seg selv kommer til kort, blir spørsmålet hvilke endringer i regelverk som kan gi bedre forholdsmessighet. Denne tilnærmingen er valgt fordi Kommisjonen selv har signalisert at dagens regelverk vil være utgangspunktet for fremtidig praksis.⁶¹³ Det er derfor lite tjenlig å forsøke å utarbeide nytt regelverk i sin helhet.

Kapitlet vil derfor først drøfte gruppeunntakshjemmelen, og deretter vurdere fremtidig RAG og godkjenningsvedtak. Et sentralt spørsmål er om forbedringer oppnås best gjennom å regulere RDA-ordningen gjennom gruppeunntak, eller gjennom retningslinjer og godkjenningsvedtak.

Før denne gjennomgangen, er det imidlertid nødvendig å ta i betraktning endringer på norsk side som kan eller vil påvirke forvaltningsutøvelsen ved neste godkjenning av RDA-ordningen. To sentrale endringer er her underveis: for det første er det satt i gang en reform av kommune- og fylkesstrukturen. Denne vil i all hovedsak være gjennomført per 1. januar 2020. For det andre har Norge utarbeidet en ny sentralitetsindeks som skal anvendes fremover. Begge deler

⁶¹³ Jf. punkt 1.3.4.

vil trolig påvirke ESAs forvaltningsutøvelse overfor RDA-ordningen. Det er derfor grunn til å se på betydningen av disse, og om de gjør det enklere eller mer krevende å oppnå forbedring av dagens praksis.

6.2. Norske endringer som påvirker forvaltningsutøvelsen fremover

6.2.1. Betydningen av regionreformen

Stortinget vedtok i 2017 den såkalte regionreformen.⁶¹⁴ Reformen innebærer at antall fylker reduseres fra 19 til 11 gjennom en rekke sammenslåinger. Nord- og Sør-Trøndelag slo seg sammen med virkning allerede fra 1. januar 2018. De øvrige får virkning fra og med 1. januar 2020: Vest-Agder og Aust-Agder slås sammen til ett fylke, Buskerud, Akershus og Østfold fylkeskommune slås sammen til ett fylke, Telemark og Vestfold slås sammen til ett fylke, og Hordaland og Sogn og Fjordane slås sammen til ett fylke. Reformen omfatter også fylkene som danner utgangspunktet for RDA-ordningen: Troms og Finnmark slås sammen. Det samme blir Hedmark og Oppland. Reformen berører derimot ikke Nordland fylke.

Det mest sentrale spørsmålet for den fremtidige forvaltningsutøvelsen er hvorvidt sammenslåingen vil påvirke den statistiske inndelingen i NUTS 2-regioner i Norge. Fra norsk side er ikke dette uttrykkelig problematisert i forbindelse med reformen.⁶¹⁵ Som gjennomgått under punkt 5.3.2. er dagens fylker for små til å danne utgangspunkt for NUTS 2-regioner, og man har derfor måtte anvende aggregerte enheter (flere fylker vurdert under ett) i Norges NUTS 2-klassifisering.

De nye 11 regionene vil på sin side ha omtrent 480.000 innbyggere i snitt. Minstekravet for NUTS 2-regioner er at de i snitt må ha minst 800.000 innbyggere.⁶¹⁶ Minstekravet praktiseres riktignok noe fleksibelt, siden dagens inndeling i syv NUTS 2-regioner gir et gjennomsnittlig folketall på rundt 750.000. Jeg antar imidlertid at et snitt for 480.000 er for lavt til å kunne

⁶¹⁴ Reformen ble foreslått til Stortinget i Prop. 84 S (2016-2017) Ny inndeling av regionalt folkevalgt nivå.

⁶¹⁵ Jf. Prop. 84 S (2016-2017) Ny inndeling av regionalt folkevalgt nivå kapittel 7.

⁶¹⁶ Jf. Europaparlaments- og rådsforordning 1059/2003 av 26. mai 2003 om innføring av en felles nomenklatur over regionale statistikkenheter (NUTS), OJ L 154, 21. juni 2003 side 1-41, artikkel 3 nr. 2.

aksepteres som grunnlag for en NUTS 2-inndeling. Således forutsetter jeg at man fremdeles må bygge på «sammenslåtte fylker» for å danne NUTS 2-regioner i Norge. Dette innebærer at NUTS 2-inndelingen ikke blir vesentlig påvirket av regionreformen. Regionreformen vil derfor ikke uten videre ha konsekvenser for forvaltningsutøvelsen.

Regionreformen kan likevel påvirke forvaltningsutøvelsen noe, fordi aggregeringen av enheter må ta utgangspunkt i de nye fylkene. I denne forbindelse er det imidlertid vesentlig at Hedmark er slått sammen med Oppland, slik at denne regionen fortsatt har muligheten til å bli betraktet som en selvstendig NUTS 2-region. Det er også nærliggende at Nordland aggregeres med Troms og Finnmark, og at Nord-Norge dermed også videreføres som NUTS 2-region i samme form som i dag. I så fall påvirker ikke selve regionreformen de to NUTS 2-regioner som i dag kvalifiserer med befolkningstetthet under 8 innbyggere per m².

Regionreformen innebærer likevel at NUTS 2 områdene som *ikke* omfattes av RDA-ordningen, til dels må endres. De nye regionene på Østlandet går til dels på tvers av dagens NUTS II-inndeling. Det synes nærliggende at NUTS 2-inndelingen i etterkant av regionreformen må skje gjennom at Troms og Finnmark aggregeres med Nordland, nye Vestland fylke med Møre og Romsdal (dette tilsvarer dagens NUTS 2-region), og nye Agder fylke med Rogaland (dette tilsvarer også dagens NUTS 2-region). Hvilke fylker som skal foreta den siste aggregeringen, slik at man ender på dagens nivå med syv NUTS 2-regioner, fremstår mer uklart. Hvilken løsning man velger i denne forbindelse vil dog neppe ha påvirkning på ESAs forvaltningsutøvelse for selve RDA-ordningen, men kan ha betydning for annen regionalstøtte.

Derimot vil regionreformen direkte påvirke Norges NUTS 3-inndeling. NUTS 3-inndelingen vil fremdeles være basert på fylkesgrensene. Norge vil derfor gå fra en inndeling i 19 NUTS 3-regioner til en inndeling i 11 NUTS 3-regioner. Siden NUTS 3-enheten er lite benyttet i dagens RDA-godkjenning, kan dette i utgangspunktet synes å være av mindre betydning.⁶¹⁷ Fra norsk side kan imidlertid større vektlegging av NUTS 3-regioner være et «mottrekk» mot et mulig skifte i praksis fra ESA som i større grad går i retning av å benytte store geografiske enheter.

⁶¹⁷ 2014-notifikasjonen presenterer statistikk for NUTS 3-enhetene i vedlegg 3, og begrunner dette med at regionalstøtteregelverket for øvrig ofte benytter NUTS 3 som utgangspunkt, se 2014-notifikasjonen side 29.

Betydningen av et slikt mottrekk reduseres i fremtiden gjennom at NUTS 3-enhetene blir færre og større.

Regionreformen legger derfor et stykke på vei til rette at ESAs praksis kan legge mer vekt på store geografiske enheter. Noen umiddelbar konsekvens for ESAs forvaltningsutøvelse for neste RDA-godkjenning er det imidlertid ikke grunn til å forvente.

6.2.2. Betydningen av kommunereformen

Kommunestrukturen har sentral betydning for adgangen til fravike NUTS 2-regionene som danner utgangspunkt for RDA-ordningen. Den har videre betydning for soneinndelingen internt i støtteområdet. Kommunereformen gir en merkbar reduksjon av antallet kommuner. Fra å ha 428 kommuner i 2014, vil Norge fra og med 1. januar 2020 bestå av 356 kommuner. På tross av dette er kommunereformen noe begrenset i omfang. Det store flertallet av kommunene videreføres med dagens grenser. Selv om reduksjonen er begrenset, er den likevel merkbar. Den vil også ha både umiddelbare og mer avledede konsekvenser for ESAs forvaltningspraksis knyttet til RDA-ordningen.

På samme måte som regionreformen, er kommunereformen et skritt i retning av større administrative enheter. Den kan derfor begrense hvor finmasket tilnærming til støtteområdet og sonene ordningen har. Den norske regjeringen har i første omgang kommunisert at dagens godkjente ordning skal fortsette uavhengig av kommunegrensene frem til neste revisjon av regelverket for regionalstøtte.⁶¹⁸ Jeg antar imidlertid at man ved implementering for neste periode ønsker å innrette ordningen etter den nye kommunestrukturen. I alle fall vil dette være et rimelig krav fra ESAs side.

De umiddelbare konsekvensene av kommunereformen blir derfor synlige om man ser på de kommuner innenfor støtteordningen som har valgt å slå seg sammen. Særlig interessant er sammenslåinger mellom kommuner innenfor og utenfor støtteområdet, og sammenslåinger på tvers av soneinndelingen i RDA-ordningen. I slike tilfeller må man ved neste godkjenning

⁶¹⁸ Pressemelding fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet av 12. mai 2015 (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrker-forutsigbarheten-i-kommunereformen/id2410857/>, sist sjekket 1. oktober 2019).

som minimum ta stilling til hva slags sone som gjelder for den nye kommunen som helhet. Kommunereformen består av enkelte sammenslåinger mellom kommuner i sone 1, og kommuner i sone 2.⁶¹⁹ Én kommunesammenslåing går på tvers av tre soner – sone 1, sone 2 og sone 3.⁶²⁰ Noen få tilfeller av sammenslåing på tvers av soner finner vi innenfor støtteområdet. Én sammenslåinger går på tvers mellom sone 2 og sone 3.⁶²¹ Det er også én sammenslåing på tvers av sone 3 og sone 4.⁶²² Også for disse kommunene må den fremtidige praksis trekke nye grenser for soneinndelingen.

For de kommuner som tross risiko for mindre støtte har valgt å slå seg sammen på tvers av soneinndelingene, må norske myndigheter fremover ta et aktivt valg for hvilken sone kommunen som helhet skal plasseres i. Sammenslåtte kommuner på tvers av sone 1 og sone 2 må plasseres i én av sonene. Plasserer man disse i sone 1 – altså utenfor støtteområdet – oppnår man en viss innsnevring av det geografiske virkeområdet. Om kommunene plasseres i sone 2 vil derimot RDA-ordningen i enda større grad strekkes ut inntil de større byområder fra Trondheim og sørover. Kommunereformen innebærer derfor at RDA-ordningens geografiske virkeområde til en viss grad kommer på spissen ved neste vurdering. I den forbindelse må ESA enten akseptere nok en geografisk utvidelse, eller de kan benytte anledningen til å kreve en innsnevring.

Oppsummert får dermed kommunereformen dermed umiddelbare konsekvenser i tilfellene hvor kommunesammenslåinger krysser RDA-ordningens soneinndelinger. Den nye RDA-ordningen er derfor nødt til å velge mellom en noe større geografisk anvendelse, eller om ordningen skal innskrenkes litt.⁶²³ I tillegg er det enkelte sammenslåinger innenfor

⁶¹⁹ Dette gjelder sammenslåingen mellom Ålesund (sone 1), Skodje (sone 1), Ørskog (sone 1), Haram (sone 1a) og Sandøy (sone 2). Videre gjelder det sammenslåingen mellom Volda (sone 1) og Hornindal (sone 2), sammenslåingen mellom Voss (sone 1) og Granvin (sone 2), sammenslåingen mellom Orkdal (sone 1) og Agdenes (sone 2), sammenslåingen mellom Steinkjer (sone 1) og Verran (sone 2), og sammenslåingen mellom Molde (sone 1), Midsund (sone 1a) og Nesset (sone 2). Ser man på sammenslåinger mellom Sone 1a og Sone 2, finner vi blant annet sammenslåingen mellom Førde (sone 1a), Naustdal, Gaular og Jølster (alle sone 2), sammenslåingen mellom Flora (sone 1a) og Vågsøy (sone 2), og sammenslåingen mellom Sogndal (sone 1a) og Balestrand og Leikanger (begge sone 2).

⁶²⁰ Dette er sammenslåingen mellom Orkdal (sone 1), Agdenes (sone 2), Meldal og deler av Snillfjord (begge i sone 3).

⁶²¹ Dette gjelder sammenslåingen mellom Ørland (sone 2), og Bjugn (sone 3).

⁶²² Dette gjelder sammenslåingen mellom deler av Snillfjord (sone 3) og Hitra (sone 4).

⁶²³ Eventuelt kan norske myndigheter selv konkludere med at ordningen skal innskrenkes.

støtteområdet som et lite stykke på vei hindrer en svært finmasket tilnærming. Samlet sett er de umiddelbare konsekvenser likevel alt i alt nokså små.

I denne forbindelse er det også verdt å merke seg at enkelte kommuner kan å ha avstått fra kommunesammenslåing med nabokommuner med lavere eller ingen støtte, blant annet for å unngå risiko for å miste differensiert arbeidsgiveravgift. Tematikken var ofte diskutert på lokalpolitisk hold. Den ene sammenslåingen på tvers av sone 1, og sone 2, og sone 3, er på sin side betinget av at RDA-ordningen kan videreføres som i dag. Den kan derfor bli stanset.⁶²⁴ Det kan derfor synes som om dagens statsstøttepraksis har visse negative virkninger ved at den vanskeliggjør en optimalisering av den administrative strukturen i Norge. Slike negative virkninger er imidlertid ikke relevante i forenlighetsvurderingen, siden de ikke knytter seg til konkurranse- eller handelshensyn.

6.2.3. Betydningen av ny distrikts- og sentralitetsindeks

Kommunal- og moderniseringsdepartementet startet i 2017 en prosess med revidering av distriktsindeksen. Sentralitetsindeksen – som utgjør ett element i distriktsindeksen – ble justert allerede samme år.⁶²⁵ Bakgrunnen for revideringen av distriktsindeksen var blant annet at arbeidet med å revidere virkeområdene for regionalstøtte var forholdsvis nært forstående, og at målene for regional- og distriktpolitikken var endret. Kommunaldepartementet sendte derfor på høring et utkast til ny distriktsindeks i 2018.⁶²⁶ På grunn av en rekke innvendinger i høringsrunden, ble det deretter foretatt en ekstern faglig

⁶²⁴ NRK Trøndelag, 9. mai 2019, «Ny storkommune fikk massiv hyllest – nå kan den rives i stykker», tilgjengelig på <https://www.nrk.no/trondelag/den-nye-storkommunen-orkland-fikk-massiv-hyllest--na-kan-den-rives-i-stykker-av-arbeidsgiveravgift-1.14544496> (sist sjekket 1. oktober 2019)

⁶²⁵ Jf. Even Høydahl, SSB Notater 2017/40 «Ny sentralitetsindeks for kommunene» SSB Notater 2017/40 (tilgjengelig på <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/attachment/330194?ts=15fdd63c098>, sist sjekket 1. oktober 2019)

⁶²⁶ Kommunal- og regionaldepartementets utkast til rapport om «Distriktsindeksen – gjennomgang og sammensetning og vektning av indikatorer» sendt til uttalelse til kommuner og fylkeskommuner i slutten av 2017 (tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/contentassets/9dc1e3258bad46f0bc911b02e7131c30/distriktsindeksen_utkast_u_ttalelse.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

gjennomgang av Asplan Viak.⁶²⁷ Asplan Viaks eksterne gjennomgang sluttet seg i det vesentlige til KMDs forslag.⁶²⁸

Den nye distriktsindeksen er ikke endelig vedtatt. Siden den eksterne gjennomgangen slutter seg til departementets forslag, er det likevel nokså sannsynlig at distriktsindeksen vil vedtas i tråd med departementets forslag (eventuelt med de små justeringer i dette som Asplan Viak har anbefalt). Endringen i sentralitetsindeksen er på sin side allerede gjennomført, og det er ikke omstridt at denne fremdeles vil være en del av grunnlaget for den nye distriktsindeksen. Siden indeksene brukes for å fastsette RDA-ordningen, er det grunn til å se nærmere på innholdet i disse endringene. Dette fordi disse endringene formodentlig vil påberopes overfor ESA ved neste revidering av regelverk og godkjenning av støtteordningen.

Den nye sentralitetsindeksen tar utgangspunkt i «grunnkretser». Dette er den minste geografiske statistiske enheten SSB kan benytte, og er vesentlig mindre enn kommunenivået.⁶²⁹ Hver enkelt grunnkrets måles deretter på to forhold: hvor mange arbeidsplasser beboende i den enkelte grunnkrets når med bil i løpet av 90 minutter, og hvor mange servicefunksjoner de som bor i hver enkelt grunnkrets når med bil i løpet av 90 minutter. Antallet blir vektet etter distanse innenfor 90 minutters-radiusen, slik at en arbeidsplass eller servicefunksjon som ligger nært bostedet teller mer enn en som ligger lenger bort. Deretter blir gjennomsnittet kalkulert for hver kommune, og de to indeksen kombineres til å gi kommunen sin score for sentralitet.⁶³⁰ Den største endringen er vektingen av avstand. Etter den gamle sentralitetsindeksen telte sentra på over 50.000 innbyggere fullt ut så fremt de var innenfor en 90 km reiseavstand fra kommunen. Den nye sentralitetsindeksen innebærer derfor at kommuner i randsonen av storbykommuner, vil måles som mindre sentrale enn etter den gamle indeksen. Dette ble også påpekt av Kommunal- og moderniseringsdepartementet da de omtalte sentralitetsindeksen i sitt

⁶²⁷ Asplan Viak, «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019, tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/11537c5824b6444e88b702f5af9fb1b1/utkast---gjennomgang-distriktsindeks.pdf> (sist sjekket 1. oktober 2019).

⁶²⁸ Jf. Asplan Viak, «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019 side 45.

⁶²⁹ Norge består av omtrent 13.500 grunnkretser, jf. Even Høydahl, SSB Notater 2017/40 «Ny sentralitetsindeks for kommunene» side 10. Det er med andre ord i snitt i overkant av 31 grunnkretser per kommune (basert på antall kommuner i 2013, hvilket var 428).

⁶³⁰ Jf. Even Høydahl, SSB Notater 2017/40 «Ny sentralitetsindeks for kommunene» side 10.

høringsnotat. Man uttalte da at den nye sentralitetsindeksen «differensierer bedre mellom senterkommunen i en arbeidsmarkedsregion og omlandskommunene».⁶³¹ Konsekvensen er samtidig at endringen i sentralitetsindeksen fra et statsstøtterettslig perspektiv forverrer et allerede vesentlig problem, nemlig at sentralitetsindeksen kun måler sentralitet av «lokal art», jf. punkt 5.3.6. Resultatet kan illustreres blant annet med å peke på at Iveland kommune – beliggende ca. 40 km utenfor Kristiansand, etter den nye sentralitetsindeksen måles som mindre sentral enn Sør-Varanger kommune, lengst nordøst i Norge.⁶³²

I sin eksterne gjennomgang av forslaget til distriktsindeks legger Asplan Viak på sin side til grunn at den nye sentralitetsindeksen fra et «faglig ståsted (...) representerer et betydelig forbedret grunnlag for utformingen av distriktsindeks».⁶³³ Den eksterne gjennomgangen slutter seg videre til Kommunal- og moderniseringsdepartementets forslag om at man skal øke vektningen av sentralitetsindeksen i den nye distriktsindeksen til 60%, slik at øvrige faktorer kun utgjør 40%.⁶³⁴ I tillegg valgte man å fjerne geografiindikatoren knyttet til reisetid til Oslo. Dette fordi blant annet inkludert av reisetid med fly uansett gjorde at indeksen i stor grad sammenfalt med sentralitetsindeksen for øvrig.⁶³⁵ Identifiseringen av periferiulemper til hver enkelt kommune utenfor en radius på 90 km er således ikke lengre bare svak. Den er fraværende.⁶³⁶

Den nye sentralitetsindeksen – og den foreslåtte distriktsindeksen som trolig blir vedtatt – er derfor egnet til å *forsterke* svakheten ved dagens nødvendighetsvurdering. Hvor stort problem dette blir, er avhengig av i hvor stor grad distriktsindeksen legger føringer for en revidert norsk støtteordning. Den nye distriktsindeksen signaliserer imidlertid at ordningen vil gå enda mer i

⁶³¹ Kommunal- og regionaldepartementets utkast til rapport om «Distriktsindeksen – gjennomgang og sammensetning og vektning av indikatorer» sendt til uttalelse til kommuner og fylkeskommuner i slutten av 2017, side 14.

⁶³² Sør-Varanger kommune får en sentralitetsscore på 636, mens Iveland kommune får en score på 625, se Even Høydahl, SSB Notater 2017/40 «Ny sentralitetsindeks for kommunene» side 33.

⁶³³ «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019, side 7.

⁶³⁴ Asplan Viak, «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019 side 43.

⁶³⁵ Asplan Viak, «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019 side 17.

⁶³⁶ Det kan i denne sammenheng være grunn til å spørre hvorfor dette er fraværende. Den manglende identifikasjonen kan til dels skyldes at betydningen av periferiulemper i en europeisk kontekst ikke er trukket frem i dagens regelverk og praksis fra ESA. Det kan også skyldes et mer grunnleggende problem om at distriktsindeksen har et delt formål. Den skal både fungere som grunnlaget for RDA-ordningen, og som grunnlag for inntektsdifferensieringen av kommunene. Dette er to vesensforskjellige områder. Og i inntektsdifferensieringen for kommunene står Norge naturligvis helt fritt til å utelukkende vektlegge fordelings- og rettferdighetshensyn, også for kommuner som rammes av den naturlige og løpende urbaniseringsprosessen.

retning av et anti-urbaniseringstiltak for hele landet, enn en støtteordning forbehold regioner med vesentlige periferiulempet. Dette tilsier et sterkere behov for kontroll fra ESAs side.

6.2.4. Oppsummering

Både regionreformen, kommunereformen, og reform av distriktsindeksen kan påvirke den fremtidige forvaltningsutøvelsen på hver sin måte. Regionreformen gjør det generelt noe lettere for ESA i større grad å fokusere på store geografiske enheter. Kommunereformen på sin side innebærer at RDA-ordningen enten må utvides noe, eller innskrenkes noe. Videreføring i dagens eksakte form er neppe noen praktisk mulighet. Den nye distriktsindeksen medfører risiko for at RDA-ordningen får enda større geografisk utbredelse, og enda større preg av anti-urbaniseringstiltak. Risikoen som ligger i kombinasjonen av kommunereform og endring av distriktsindeksen, er således et argument for at ESA bør gripe muligheten som regionreformen gir til å stramme inn kontrollen.

6.3. Gruppeunntakshjemmelen

6.3.1. Sentrale utgangspunkter

Som gjennomgått i kapittel 6, åpner gruppeunntakshjemmelen for et støttenivå på 20% av arbeidskraftkostnadene til foretak i støtteområdet. Dette innebærer at samtlige soner – inkludert nullsonen i Troms og Finnmark – kan få et vesentlig høyere støttenivå enn i dag. For fremtidig forvaltningspraksis ligger det imidlertid et forbehold i at støtteområdet må godkjennes i ESAs regionalstøttekart. Dette innebærer at selv om dagens regelverk videreføres, er det ikke gitt at støtteområdet kan videreføres i sin helhet. Det vil bero på hva slags vurdering ESA gjør i forbindelse med regionalstøttekartet.

Gruppeunntaket er således problematisk fordi det åpner for å øke støttenivået i en støtteordning hvor nødvendigheten i utgangspunktet er svakt begrunnet. Størst rom for økning finner man i de sonene hvor satsen er lavest. Dette er både de sonene hvor svikten i nødvendighetsvurderingen trolig spiller størst rolle. I tillegg er dette de sonene hvor evalueringen peker på både lav nytte, og mindre relevans, av RDA-ordningen. På grunn av dette er dagens gruppeunntak neppe optimalt for å styre RDA-ordningen inn i et mest mulig effektivt, og minst forstyrrende, form.

For de områder hvor svikten i nødvendigheten innebærer at man *undervurderer* støttebehovet, kan det økte handlingsrommet i gruppeunntaket isolert sees på som en fordel. Det er mulig å øke støttenivået i både sone 4, 4a og sone 5 dersom man ønsker. Slik gruppeunntaket i dag er utformet, er dette imidlertid opp til norske myndigheter alene. ESA er fratatt muligheten fra å inngå i en dialog med norske myndigheter om den nærmere utformingen av ordningen.

De nye sentralitets- og distriktsindeksene indikerer at i den grad Norge benytter handlingsrommet i gruppeunntaket, så vil endringene forsterke dagens problemer med RDA-ordningen: de nye indeksene undervurderer i enda større grad periferiulempen utenfor kommunenes umiddelbare nærområde på 90 km. Det er derfor liten grunn til å tro at handlingsrommet vil benyttes til å styrke ordningen hvor den i dag undervurderes. Snarere er det nærliggende at handlingsrommet eventuelt benyttes til å styrke ordningen hvor støttebehovet allerede i dag er overvurdert.

På denne bakgrunn er det derfor grunn til å vurdere to spørsmål: forutsatt at dagens regelverk videreføres, er det sentrale spørsmålet hvilke grep som kan og bør gjøres i forbindelse med fastsettelsen av det støtteberettigede området. Dernest er det grunn til å se på mulige endringer i gruppeunntakets ordlyd som kan redusere risikoen for at Norge bruker gruppeunntaket til en svakt begrunnet driftsstøtteordning.

6.3.2. Strengere behandling av tilstøtende områder

Fastsettelsen av støtteområdet etter gruppeunntaket kan som redegjort for under punkt 5.4. skje på to ulike måter: enten kan man bruke NUTS 2 regioner med færre enn 8 innbyggere per km². Alternativt kan medlemsstatene benytte et område som er anerkjent i et støttekart fra ESA. Dersom Norge benytter den første fremgangsmåten, kan de videreføre RDA-ordningen i Nord-Norge og Hedmark og Oppland, men ikke utenfor. Innenfor disse områdene står de også fritt til å velge støttenivå, inkludert 0-sone for hele området.

ESA vil således kun utøve forvaltningsmyndighet etter gruppeunntaket i den grad det er tale om å innlemme tilstøtende områder til disse NUTS 2-regionene i et støttekart. Kravene etter dagens retningslinjer er at det må være tale om «smaller contiguous areas» som grenser til de

kvalifiserende NUTS 2-områdene.⁶³⁷ Vilkåret om mindre tilstøtende område er noe upresist, og gir således ESA en viss fleksibilitet i fastsettelsen av støtteområdet. Spørsmålet er så hvordan denne fleksibiliteten kan og bør anvendes.

Støtteområdet bør etter min mening reflektere at RDA-ordningen skal rette seg mot de usedvanlige regionale ulempene i en europeisk kontekst, hvilket hovedsakelig er de svært lange avstandene til større markeder i Europa, kombinert med lange avstander til større markeder internt i Norge. Man bør derfor ikke akseptere et støtteområde som innebærer driftsstøtte i randsonen til storbyer i Sør-Norge. Innlemmelse av tilstøtende områder bør ha som grunnleggende krav at de er økonomisk nært tilknyttet den kvalifiserende NUTS 2-regionen. Med andre ord bør det være tale om nabokommuner med nær funksjonell tilknytning til NUTS 2-regionen. En slik tilnærming innebærer at man kan akseptere enkeltkommuner som grenser til Hedmark og Oppland i vest og i nord, men neppe i sør. Tilsvarende innebærer det at man kan akseptere noen kommuner nord i Trøndelag som har merkbare økonomiske forbindelser med Nord-Norge, men neppe i samme utstrekning som i dag. Tilnærmingen innebærer at store deler av sone 2 – særlig på Sørlandet og på Vestlandet – vil forsvinne. En slik endring støttes også av konklusjonen i RDA-evalueringen fra 2018. Siden det er tale om å fjerne ordningen i områder hvor behovet er lite, de positive virkningene er små, og under enhver omstendighet fungerer som anti-urbaniseringstiltak for Trøndelag, Vestlandet, og Sør-Norge, gir en slik praksisendring etter min mening en langt bedre avveining mellom samhørighetsmålsetningen, og hensynet til like konkurransevilkår i det indre marked.

Ulempene med en slik tilnærming er at den kan ha noe svak legitimitet fra ESAs side overfor Norge som EØS-land. Dette skyldes at utgangspunktet ved videreføring av gruppeunntakshjemmelen, er at Kommisjonen har gitt en klarere og enklere hjemmel for Norge. Formålet må forutsettes å være videreføring av RDA-ordningen. Det kan således stilles spørsmål om ESA i en slik situasjon bruker adgangen til å fastsette støtteområdet til å vesentlig innskrenke RDA-ordningen. Jeg vurderer likevel ikke en slik innvending som avgjørende. Gruppeunntaket ble vedtatt før evalueringen ble gjennomført, og grunnlaget for en

⁶³⁷ Vilkåret er kun formulert i ESAs retningslinjer da det så langt kun har vært relevant for Norge. Dersom dette er tilfelle også ved neste revisjon, kan ESA selv vurdere hvilke endringer de er tjent med i EFTA-pilaren. Endring av retningslinjene på dette punktet kan derfor skje av ESA alene, og ikke av Kommisjonen.

strammere fastsettelse av støtteområdet finner man delvis i evalueringen. Dessuten er gruppeunntaket utformet slik at anvendelse utenfor de kvalifiserende NUTS 2-områdene nettopp krever en godkjenning fra ESA.

En alternativ (og noe mindre inngripende) tilnærming, er å stille krav til at enkeltkommunene som innlemmes som tilstøtende områder hver for seg også har 8 innbyggere per km². Man kan et stykke på vei da unngå de verste utslagene med at RDA-ordningen strekker seg ut kloss inntil byområder sørpå. I stedet for kommuner kan denne vurderingen også ta utgangspunkt i bo- og arbeidsmarkedsregioner. Med andre ord slik at et minstevilkår for å innlemmes som tilstøtende område, er at en kommune inngår i en bo- og arbeidsmarkedsregion med færre enn 8 innbyggere per km². Slike formelle kriterier kan oppnå en moderat innsnevring av RDA-ordningens virkeområde. Det er likevel ikke gitt at det er egnet til å sikre funksjonell sammenheng med de kvalifiserende NUTS 2-regionene. Man vil trolig beholde en del av dagens svakheter knyttet til ordningens anti-urbaniseringseffekt, men det er mulig å oppnå en merkbar forbedring. Siden tilnærmingen innebærer en moderat endring, er det også mindre risiko for motstand fra norsk hold, og for at det nasjonale politiske flertallet for støtteordningen settes i fare.

Min anbefaling til fremtidig praksis er således en streng fastsettelse av tilstøtende områder. Det bør stilles krav til funksjonell sammenheng som innebærer at man i all hovedsak støtter nabokommuner som gir merkbare positive effekter også til det kvalifiserende NUTS 2-området. Som et minstekrav bør man imidlertid stramme inn den geografiske anvendelse noe.

Spørsmålet er deretter hvor optimalisert RDA-ordningen kan bli gjennom den anbefalte endringen. Støtteområdet vil være innsnevret. Samtidig vil det være opp til norske myndigheter hvordan de innretter støttenivået innad i sonen. Norske myndigheter kan derfor eksempelvis senke støttenivået i Hedmark og Oppland, men inkludere bykommunene rundt Mjøsa. I tillegg kan man la Bodø og Tromsø omfattes av støttenivået i det som i dag er sone 4, samt eventuelt øke nivået her også. Det er således mulig å få en RDA-ordning som nærmer seg det som fremstår som optimalt ut fra dagens kunnskap. Det vil imidlertid også være fullt mulig å gjøre endringer innenfor støtteområdet som går i motsatt retning; mindre

differensiering mellom Nord-Norge og Hedmark og Oppland, og fortsatt høy sats for byområdene (både Bodø, Tromsø, og bykommunene rundt Mjøsa).

En strengere behandling av støtteområdet kan således redusere én av de problematiske elementene ved RDA-ordningen. Det er imidlertid langt viktigere hvordan Norge velger å utnytte det betydelige handlingsrommet som gruppeuntaket gir. På dette punktet indikerer som allerede nevnt den nye distriktsindeksen at Norge sannsynligvis vil bevege seg i gal retning. Strengere behandling av støtteområdet er derfor langt fra noe fullgodt alternativ for å forbedre dagens praksis.

6.3.3. Strengere krav til befolkningstetthet

Gruppeuntaket består av tre enkle og lett anvendelige vilkår knyttet til støtteområdet, støttenivå, og foretakenes tilknytning til støtteområdet. Et grunnleggende poeng med gruppeuntak er at de skal være enkle å anvende. Det er derfor vanskelig å tenke seg andre endringer i gruppeuntakets ordlyd enn et strengere krav til befolkningstetthet.

Dagens krav til 8 innbyggere per km² – beregnet ut fra NUTS 2-enheter – medfører at Hedmark og Oppland akkurat kvalifiserer. Et strengere krav til befolkningstetthet (eksempelvis 6 innbyggere per km²) innebærer således at det kun er Nord-Norge som vil være automatisk kvalifisert som NUTS 2-region. Poenget behøver i så fall ikke å være å utelukke Hedmark og Oppland fra RDA-ordningen, men å la anvendelsen i områdene i Sør-Norge være styrt av retningslinjer og vedtak snarere enn gruppeuntak. Ordningens generelt sett svake begrunnelse i sone 2 – sammenholdt med antakelsen om at norske myndigheter trolig vil flytte ordningen enda et hakk i retning anti-urbaniseringstiltak – tilsier at dette er en bedre løsning, enn å la dagens gruppeuntak bli stående.

En fordel med en slik tilnærming er at kontrollorganene signaliserer at ordningen er velbegrunnet og ikke i noen utsatt posisjon i Nord-Norge. Dermed unngår man at manglende forutberegnelighet svekker ordningens effektivitet i området hvor behovet er størst, og hvor ordningen per dags dato har for lite virkning til å redusere regionale ulikheter. Kommisjonen og ESA kan således gjennom dette i en viss grad avhjelpe den norske manglende prioritering av Nord-Norge: foretak vil i større grad innrette seg etter ordningen i Nord-Norge, fordi den i

dette området oppleves å ha en trygg EØS-rettslig posisjon. Etter min mening kan imidlertid kontrollorganene langt på vei oppnå en lignende signaleffekt om man fjerner gruppeunntaket, og kommuniserer det i forbindelse med nye retningslinjer og vedtak. Konklusjonene i evalueringen tilsier uansett at forenligheten av RDA-ordningen i det nordnorske virkeområdet ikke kan trekkes i tvil per dags dato.

En annen svakhet med å begrense den notifikerte støtteordningen til den sørligste halvdel av Norge, er at man ikke får en helhetlig begrunnelse for hele ordningen fra norsk side. Man vil heller ikke få en helhetlig vurdering for hele ordningen fra ESAs side. Dette kan forsterke problemet ordningen lider av i dag, med at man bruker ulike begrunnelser for ordningen i ulike deler av landet. Det kan være mer krevende for ESA å oppnå en stram praksis når Norge i sin notifikasjon kan tilpasse argumentasjonen utelukkende for å oppnå mest mulig støtte i Sør-Norge, og størst mulig geografisk utbredelse.

6.3.4. Oppsummering: gruppeunntaket bør fjernes

Dagens gruppeunntak er av en rekke grunner problematisk. Svakhetene ved hjemmelen kan til en viss grad avhjelpes ved en stram fastsettelse av støtteområdet. Det kan også forbedres ved et strengere krav til befolkningstetthet. Begge løsninger fremstår imidlertid å være et godt stykke fra optimalt. De beste grunner taler derfor for å fjerne hjemmelen. Gjeninnføring av et gruppeunntak for RDA-ordningen bør etter mitt skjønn vurderes først når praksis har eliminert dagens svakheter, og indikasjonene på at norske myndigheter vil vri RDA-ordningen enda mer i retning av et anti-urbaniseringstiltak ikke lengre foreligger.

Bruk av retningslinjer, notifikasjon, og godkjenning krever mer ressurser, men disse ressurser vil gi uttelling i form av en mer effektiv støtteordning, og bedre oppnåelse av samholdningsmålsetningen. Begrunnelsen for å fjerne gruppeunntaket blir derfor enda mer tydelig jo større forbedringer som kan gjøres i fremtidig RAG og godkjenningsvedtak. Dette vurderes i det videre.

6.4. Fremtidig RAG og godkjenningsvedtak

6.4.1. Sentrale utgangspunkter

Rommet for forvaltningsutøvelse er svært stort for fremtidige retningslinjer og godkjenningsvedtak. I motsetning til gruppeunntak, er man ikke begrenset av kravet til enkle og direkte anvendelige regler for forenlighet. Snarere kan man oppstille kriterier som styrer skjønnsutøvelsen i godkjenningsvedtaket. Dette innebærer at antallet mulige fremgangsmåter er praktisk talt ubegrenset. Samtidig viser gjennomgangen i kapittel fem at de konkrete svakhetene knytter seg først og fremst til nødvendighetsvurderingen, dernest til formålsvurderingen. Videre viste gjennomgangen at dagens retningslinjer inneholder en rekke kriterier som kan anvendes for å sikre en bedre nødvendighetsvurdering. Problemet var at disse i veldig liten grad var operasjonalisert. Utgangspunktet for den rettspolitiske vurderingen er således at det noen få konkrete svakheter, og at det heller ikke nødvendigvis er nødvendig med endringer i *retningslinjene* for å rette opp i dem. Det kan være tilstrekkelig å endre tilnærmingen i selve godkjenningsvedtaket.

Så langt mulig skal jeg se i hvilken grad det er mulig å oppnå bedre praksis utelukkende gjennom selve godkjenningsvedtaket. Dette er for det første en fordel siden det antakelig er en høyere terskel for endringer i selve retningslinjene, enn i godkjenningsvedtaket. For det andre er det en fordel siden godkjenningsvedtaket utelukkende fattes av ESA. Jeg skal imidlertid påpeke noen endringer i regelverket jeg mener er hensiktsmessig. Jeg tar først for meg formålskravet.

6.4.2. God formålsregulering

Et grunnleggende problem med RDA-ordningen er dens uklare formål. Det er både uklart hva slags regionale effekter RDA-ordningen forsøker å oppnå, og hva slags regionalt nivå den er rettet mot. Det sentrale avsnittet i retningslinjene er som følger:

« As regards operating aid to prevent or reduce depopulation in very sparsely populated areas, the EFTA State concerned must demonstrate the risk of depopulation of the relevant area in the absence of the operating aid. »⁶³⁸

Som drøftet under punkt 5.2.4, er RDA-ordningen videre notifisert med minst tre ulike formål: For det første kompensasjon av regionale handikap, for det andre å hindre befolkningsnedgang, for det tredje å bevare hovedtrekkene i dagens bosetningsmønstre. Ingen av disse formål er optimale for å sørge for at RDA-ordningen fremmer utviklingen i svakerestilte områder. En annen formålsregulering bør således helst tilrettelegge både for at ordningen i større grad identifiserer de svakest stilte områdene på en god måte, og også sørge for at ordningen innrettes for å skape bærekraftig vekst.

Det kan stilles spørsmål med om det er hensiktsmessig å regulere kravet til formål utover at støtten må fremme utvikling i svakerestilte områder. For RDA-ordningen isolert kan det tenkes at det optimale ville vært å ha hatt økonomisk utvikling som den grunnleggende målsetningen, og at prøvingen av ordningen skjedde gjennom de øvrige kriterier. I kapittel 5 nevnte jeg imidlertid at formålsreguleringen kan ha sammenheng et ønske om å ha klare rammer for driftsstøtte. Dette for å unngå at medlemsstater i større grad forsøker å notifisere driftsstøtteordninger. Jeg legger derfor til grunn at kontrollorganene ønsker en formålsregulering for RDA-ordningen som sikrer at hjemmelen kun kan tas i bruk av de øvrige nordiske land med lignende periferiutfordringer. Spørsmålet blir da om det kan tenkes en *annerledes* regulering av formålet som legger bedre til rette for en best mulig RDA-ordning.

En grunnleggende endring er å tilpasse driftsstøttehjemmelen for svært tynt befolkede områder med driftsstøttehjemlene for de fjerntliggende områdene, og bokstav a-områdene. I så fall kan man tillate driftsstøtte for å «compensate certain additional costs in very sparsely populated areas», slik at den tilsvarende formuleringen er for fjerntliggende områder i RAG 2014 for EU-pilaren.⁶³⁹ Hjemmelen for de fjerntliggende områder viser videre til at de økte kostnader knyttes til de permanente handikap som vesentlig begrenser utviklingen av områdene. På samme måte kan man for de svært tynt befolkede områdene peke på de

⁶³⁸ ESA RAG 2014 avsnitt 43.

⁶³⁹ Se EU RAG 2014 avsnitt 45.

vesentligste handikap knyttet til svært lange avstander til større markeder i Europa, og til dels også til større markeder nasjonalt.

En slik regulering gir etter min mening best sammenheng i regelverket. Jeg antar at grunnen til at det ikke er valgt i dag er at man i så fall åpner prinsipielt for driftsstøtte i c-områder for vesentlige permanente regionale handikap. Dermed kan det tenkes at en slik hjemmel som skissert vil medvirke til at andre medlemsstater utformer og notifiserer driftsstøtteordninger for *andre* permanente handikap enn de rent geografiske. Dette kan gjøre det mer krevende for kontrollorganene å begrense bruk av driftsstøtte.

Det kan derfor være et bedre alternativ å foreta en forsiktig endring av ordlyden i dagens formålsregulering. I stedet for å åpne for driftsstøtte for å hindre befolkningsnedgang, kan ordlyden vris mer offensivt. Eksempelvis kan den tale om driftsstøtte «to facilitate a sustainable population development in very sparsely populated areas (...)». En slik endring gir en viss nyanseforskjell. Støtte for å tilrettelegge for bærekraftig befolkningsutvikling, dytter i noe mindre grad RDA-ordningen i retning av å være en defensiv ordning, eller en ordning som sementerer et uhensiktsmessig bosetningsmønster. Endringen har også den fordel at den markerer hvilken retning RDA-ordningen bør bevege seg i.

Et slikt formålskrav gjør det videre mulig å utøve en viss kontroll med støtteområdet basert på formålskravet: i tilfeller hvor støtteområdet er lagt til randsonen av storbyregioner, og fungerer som et anti-urbaniseringstiltak, kan dette (helt eller delvis) tilbakevises med at støtten ikke er innrettet for å fremme en bærekraftig befolkningsutvikling i svært tynt befolkede områder. Det er altså flere positive effekter ved en slik mindre endring i formålet. Jeg kan på den annen side ikke se at endringen skulle ha noen negative følger. På denne bakgrunn er min anbefaling at formålskravet endres fra å hindre befolkningsnedgang, til å fremme en bærekraftig befolkningsutvikling.

Formålskravet inneholder også et krav om at medlemsstaten må godtgjøre risikoen for befolkningsnedgang i det relevante området. Jeg behandler denne delen av formålskravet under nødvendighetskravet.

6.4.3. God nødvendighetsprøving

6.4.3.1. Innledning

Den største svakheten ved dagens godkjenningsvedtak er vurderingen av støtteordningens nødvendighet. Det som særlig mangler fra nødvendighetsvurderingen, er identifikasjon av ulemper knyttet til svært lange avstander til større markeder, og ulemper knyttet til svært lav befolkningstetthet.

Retningslinjenes egne punkter om nødvendighet legger ikke opp til at det ikke skal foretas en nødvendighetsvurdering.⁶⁴⁰ På den annen side legger både formålkravet for driftsstøtte og kravet om incentiveeffekt opp til at de regionale utfordringene skal tydelig identifiseres. Problemet i godkjenningsvedtaket er at en slik identifikasjon ikke blir gjort.⁶⁴¹ Svakheten i nødvendighetsvurderingen skyldes dermed ikke først og fremst retningslinjene. Manglende klarhet i retningslinjene har imidlertid trolig medvirket til svikt i nødvendighetsvurderingen. Det bør derfor vurderes både endringer i retningslinjene, og i enkeltavgjørelsen, som kan bedre dagens praksis. Gjennomgangen her skal derfor se på tre mulige endringer: endringer av nødvendighetsreguleringen som er blandet inn i formålkravet, og endringer i nødvendighetsvurderingen i selve enkeltvedtaket.

6.4.3.2. Nødvendighetsreguleringen i formålkravet

Som redegjort for under punkt 5.2.1. hører dette materielt sett til under vurderingen av nødvendighet. I avsnitt 41 heter det at de regionale utfordringene må klart identifiseres på forhånd. I avsnitt 43 presiseres det for svært tynt befolkede områder at EFTA-statene må godtgjøre risikoen for befolkningsnedgang i fravær av driftsstøtte.

Punktet bør under enhver omstendighet endres, slik at det ikke kan misforstås som at befolkningsnedgang er den eneste eller den vesentligste regionale utfordringen. Det sentrale bør være omfanget av de permanente geografiske og demografiske handikap. Man kan derfor ha en formulering noe lik bokstav a-områdene i avsnittet ovenfor. Dette kan eksempelvis være

⁶⁴⁰ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 44 – 46, se nærmere punkt 5.3.1. foran.

⁶⁴¹ Jf. punkt 5.2.4. og punkt 5.4.3.

et krav om at medlemsstaten «must demonstrate the existence and importance of the specific geographic and demographic handicaps (...).»

Befolkningsutviklingen kan være et saklig kriterium i en slik vurdering, men det sentrale må være å identifisere de vesentlige og permanente regionale handikap som rammer alle foretak i støtteområdet i sin helhet. Dette innebærer også at man i noe grad oppnår bedre logisk sammenheng mellom driftsstøttehjemplene i tynt befolkede områder, og de øvrige driftsstøttehjempler. Forskjellen mellom dagens og den anbefalte regulering blir derfor som følger:

Dagens tekst:	Foreslått endring
As regards operating aid to prevent or reduce depopulation in very sparsely populated areas, the Member State concerned must demonstrate the risk of depopulation of the relevant area in the absence of the operating aid.	As regards operating aid to facilitate a sustainable population development in very sparsely populated areas, the Member State concerned must demonstrate the existence and importance of the specific geographic and demographic handicaps that the operating aid scheme is intended to compensate.

Dette medfører at man beholder dagens sammenblanding mellom formålsregulering og nødvendighet. Det blir imidlertid tydeligere at nødvendighetsvurderingen ikke er begrenset til å påvise risiko for befolkningsnedgang i støtteområdet. Man kan uansett følge dagens tilnærming i selve godkjenningsvedtaket, og foreta en egen nødvendighetsvurdering for RDA-ordningen. Hvilken tilnærming man velger er ikke avgjørende. Min fremstilling bygger på at man beholder dagens sammenblanding av formålskrav og nødvendighet i retningslinjene. Forslaget er gitt ut i fra en antakelse om at man i minst mulig grad ønsker å endre systematikken ved neste revidering. I selve godkjenningsvedtaket bør imidlertid nødvendighetsvilkåret vurderes atskilt. Operasjonaliseringen av kravet om å godtgjøre de geografiske og demografiske handikap bør derfor skje i en egen nødvendighetsvurdering.

6.4.3.3. Hvordan fastsette demografiske og geografiske handikap i vedtaket

Det sentrale med nødvendighetsvurderingen er å få identifisert handikap som knyttes til perifer beliggenhet i en europeisk kontekst, og handikap som knyttes til beliggenhet i store

områder med svært tynn befolkningstetthet. Per dags dato er disse vurderinger nesten fraværende i godkjenningsvedtaket. Det er stort antall måter dette kan tenkes gjennomført på. Drøftelsen her blir derfor først og fremst å peke på noen sentrale problemstillinger og forutsetninger man må ta stilling til for å foreta en nærmere identifikasjon av geografiske og demografiske handikap.

For det første er det en mulighet å gi nærmere føringer i selve retningslinjene om hvordan de geografiske og demografiske handikap skal identifiseres. Slike føringer kunne blant annet gått ut på å presisere at de geografiske handikap også må fange opp lange avstander til store markeder i Europa. Det er imidlertid ikke tradisjon for slike føringer i retningslinjene, og en slik føring ville fremstått som et fremmedelement. Den foreslåtte endringen av nødvendighetsvurderingen i formålskravet overfor, gir uansett et klart signal om behovet for bedre identifikasjon av regionale ulemper. I tillegg gir det en indikasjon på hvilke ulemper man skal måle. Ytterligere avklaringer kan også skje i pre-notifikasjonsfasen. Etter mitt skjønn er det derfor ikke grunn til å legge klarere føringer inn i selve retningslinjene.

Jeg forutsetter derfor at denne identifikasjonen skjes gjennom notifikasjon og godkjenningsvedtak. ESA må imidlertid stille vesentlig strengere krav til at norske myndigheter godtgjør geografiske handikap i en europeisk kontekst, og i større grad fanger opp ulempen knyttet til store og sammenhengende arealer med svært lav befolkningstetthet.

Etter min mening er det ikke nødvendig å kreve at de geografiske og demografiske ulempene utelukkende måles i en europeisk kontekst. Dersom man gir rom for å benytte en blanding av geografiske ulemper nasjonalt og europeisk, får man også større fleksibilitet til å styre utfallet i en politisk akseptabel retning. Men verken dagens sentralitetsindeks eller den nye sentralitetsindeksen bør godtas som grunnlag for geografiske ulemper i en nasjonal kontekst. Indeksens vektete radius på 90 km måler for lokale utslag til å være egnet for dette. Tilnærmingen i sentralitetsindeksen synes imidlertid å være grunnleggende sett god, gitt at man øker radiusen man måler ulemper i.

Hva slags avstand som bør benyttes, er et faglig vanskelig spørsmål. Men som Kommisjonens samholdighetsrapport påpeker, har byer merkbare agglomerasjonseffekter for aktivitet

innenfor en radius på 300 km.⁶⁴² Man kan eksempelvis tenke seg at det for måling av ulempene i nasjonal kontekst kan være akseptabelt å ta utgangspunkt i avstander mellom 150 km og 300 km. Hva slags avstand man benytter – og hvordan man vekter for avstand jo lengre ut i radiusen man måler – vil gi store utslag for hvilke regioner som fremstår vesentlig vanskeligstilte. For å kunne forsvare ordningens anvendelse i Trøndelag og sørover, fremstår det imidlertid som man neppe kan ligge særlig over 150 km i en slik indeks.⁶⁴³

Behovet for å supplere en slik indeks med identifikasjon av ulemper i en europeisk kontekst blir større jo kortere avstand man bruker nasjonalt. Skulle man velge å benytte den nye sentralitetsindeksen, er det kritisk at man vekter den lite, og legger mest vekt på en indeks som måler geografiske ulemper i en europeisk kontekst. Periferi i en europeisk kontekst kan også lages ved en grenseoverskridende og europeisk variant av sentralitetsindeksen. I stedet for å la indeksen være avgrenset av en reisetid på 90 minutter, kan man eksempelvis benytte 15 timer i bil. Hvis vi ser på utslaget av en slik indikator, så vil alle så godt som alle kommuner fra Trondheim og sørover få de tre skandinaviske hovedstedene (Oslo, Stockholm og København) innenfor sin 15-timers radius. Dette kan gjøre det vanskelig å forsvare RDA-ordningen generelt i Sør-Norge. Samtidig kan man på samme måte som for sentralitetsindeksen vekte for avstanden. I så fall vil foretak, arbeidsplasser, eller hva man måler etter, telle mer jo nærmere det ligger den aktuelle kommunen. I så fall vil eksempelvis København fremdeles falle innenfor radiusen til Trøndelag, men gi lite uttelling fordi den ligger i ytterkanten av den. En slik indikator vil i hovedsak måle periferi i en nordisk kontekst. På grunn av Nordens geografi, er imidlertid norsk periferi i en nordisk kontekst langt på vei det samme som norsk periferi i en europeisk kontekst.

Det er svært mange mulige tilnærminger knyttet til valg av indikator. Det foreligger heller ikke noe faglig økonomisk konsensus som tilsier én bestemt utforming av en slik indikator. Man behøver derfor ikke låses til en streng tilnærming, hvor det kun er Nord-Norge som vil være tilstrekkelig perifer til å begrunne driftsstøtte. Det bør være rom for en tilnærming som også

⁶⁴² Kommissjonens «Sixth report on economic, social and territorial cohesion», 23 juli 2014, s. 19 (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

⁶⁴³ Eksempelvis er avstanden Lillehammer – Oslo er i dag 168 km, mens avstanden Førde (sone 1a kommune, men ellers området av sone 2-kommuner) – Bergen er 174 km.

aksepterer en viss støtte i Sør-Norge, men da fortrinnsvis innrettet mot å skape balansert utvikling i tilknytning til byregionene i Sogn og Fjordane, og eventuelt også bykommunene rundt Mjøsa.

6.4.4. Endring av kravet til konkret nødvendighet (incentiveeffekt)

Som gjennomgått under punkt 5.4.1. består kravet om konkret nødvendighet av to deler: Først et krav om at det må være sannsynlig at støtten har betydelig virkning på den økonomiske aktivitet i støtteområdet. Deretter følger det av det påfølgende avsnittet at slike virkninger anses å foreligge dersom medlemsstaten har godtgjort eksistensen og den vesentlige betydning av de regionale utfordringene.⁶⁴⁴ Vurderingen av konkret og generell nødvendighet er således blandet sammen.

Det naturlige er å gjennomføre en holdbar vurdering av den generelle nødvendigheten isolert, som foreslått i punkt 7.4.3. Avsnittet som fritar medlemsstaten fra å sannsynliggjøre faktisk virkning, og i stedet krever de regionale utfordringer godtgjort, bør derfor strykes i sin helhet. Det man da vil stå igjen med er avsnittet som knytter seg til at ordningens vesentlige virkning på den økonomiske aktivitet må sannsynliggjøres.

Etter min mening er det naturlig å ha et krav om vesentlig virkning i retningslinjene. RDA-evalueringen viser at det er mulig å anslå ordningens faktiske virkning. I tillegg er ordningens faktiske virkning svak i enkelte områder. I så fall vil et krav om faktisk virkning kunne tjene til å innskrenke ordningen til de områder hvor den har tilstrekkelig virkning. Kravet om vesentlig virkning – at den økonomiske aktiviteten vil være «significantly reduced» - uten støtteordningen, er imidlertid ikke en særlig treffende formulering. RDA-evalueringen selv pekte omtalte kun virkningene som «substantial» i nullsonen i Nord-Troms og Finnmark.⁶⁴⁵ For å videreføre en RDA-ordning med variabelt støttenivå – hvor man eksempelvis har soner med rundt 10% arbeidsgiveravgift – burde retningslinjene få frem at den faktiske virkningen må være betydelig sammenlignet med støttens omfang. En alternativ formulering kan derfor være som følger:

⁶⁴⁴ Jf. ESA RAG 2014 avsnitt 76.

⁶⁴⁵ Jf. RDA-evalueringen side 10.

Dagens tekst:	Foreslått endring
<p>For operating aid schemes, the incentive effect of the aid will be considered to be present if it is likely that, in the absence of aid, the level of economic activity in the area or region concerned would be significantly reduced due to the problems that the aid is intended to address.</p>	<p>For operating aid schemes, the incentive effect of the aid will be considered to be present if it is likely that, in the absence of aid, the level of economic activity in the area or region concerned would be significantly reduced, taking into account the amount of aid notified.</p>

Endringen innebærer også at man sløyfer formuleringen om at nedgangen i den økonomiske aktiviteten skal skyldes problemene som støtten er ment å avhjelpe. Dette synes å være mest dekkende for de økonomiske beregninger som gjøres i statsstøttesammenheng: I kontrafaktiske analyser vurderer man hvor mange færre sysselsatte en region har uten regionalstøtte. Det gjøres ikke forsøk på å vurdere om nedgangen skyldes de aktuelle regionale ulempene eller ikke. Noe slikt ble heller ikke forsøkt i RDA-godkjenningen fra 2014. Med andre ord fremstår det uansett fordelaktig å fjerne denne delen av incentivkravet.

6.4.5. Endring av minimumsprinsippet

6.4.5.1. Innledning

Minimumsprinsippet er utgangspunktet for støttenivåene i de ulike sonene. Det er derfor en sentral del av vurderingen for RDA-ordningen. Utgangspunktet etter RAG 2014 er som redegjort for under punkt 5.5.1 at støtten skal være «proportionate to the problems that the aid is intended to address». I den rettspolitiske anbefalingen knyttet til formål- og nødvendighetskravene, fremgår det at ordningen bør begrunnes i de vesentlige geografiske og demografiske handikap som foretak møter i de svært tynt befolkede områdene. I dette ligger det også at vurderingen av støttens beløpsmessige minimum bør følge samme logikk. I tillegg er det grunn til enkelte endringer i retningslinjene på bakgrunn av problemene identifisert i kapittel fem. Jeg går først inn i disse.

6.4.5.2. Endringer i retningslinjer

Minimumsprinsippet er operasjonalisert i tre krav for driftsstøtte. Det første kravet er at støtten skal ytes til dekning av et sett forhåndsfastsatte støtteberettigede kostnader, som fullt

ut kan tilskrives de problemer som søkes avhjulpet med støtten. Begrunnelsen for dette kravet er vanskelig å få tak på. Det treffer godt på visse typer driftsstøtte til perifere områder, som transportstøtte. I slike tilfeller kan kostnaden identifiseres, og det lar seg konstatere at transportkostnadene har sammenheng med perifer beliggenhet. En slik sammenheng kan ikke påvises for arbeidskraftkostnader. Det er ikke nødvendigvis slik at kostnaden på arbeidskraft kan knyttes til ulempene ved perifer beliggenhet. Dermed er det ikke mulig å oppfylle kravet om at kostnadene skal være «fully attributable» til problemene støtten skal avhjelpe. Kravet bør endres slik at det oppstiller et krav om at de støtteberettigede kostnadene kan fastsettes på forhånd.

Det påfølgende kravet om at støtten må være begrenset til en viss andel av disse kostnadene kan videreføres i dagens form. Det tredje og siste kravet – om at støtten for hver mottaker må være proporsjonal til omfanget av problemene som hver enkelt mottaker opplever – bør imidlertid endres. Jeg begrunner dette nedenfor. Den foreslåtte endring i teksten blir som følger:

Dagens tekst:	Foreslått endring
(a) the aid must be determined in relation to a predefined set of eligible costs that are fully attributable to the problems that the aid is intended to address, as demonstrated by the Member State;	(a) the aid must be determined in relation to a predefined set of eligible costs
(b) the aid must be limited to a certain proportion of those predefined set of eligible costs and must not exceed those costs;	(b) the aid must be limited to a certain proportion of those predefined set of eligible costs and must not exceed those costs;
(c) the aid amount per beneficiary must be proportional to the level of the problems actually experienced by each beneficiary	(c) the aid amount must be proportional to the level of the exceptional problems undertakings in the regions face

Endringen i bokstav a medfører ikke annet enn en realistisk beskrivelse av hvordan kravet anvendes i dagens praksis.

Endringen i bokstav c er imidlertid mer grunnleggende, og skal forklares nærmere. Den får betydning for andre støtteordninger enn RDA-ordningen, og endringen må dermed være hensiktsmessig også for EU-pilaren. Jeg skal derfor begrunne forslaget nærmere.

Begrunnelsen for å tillate i fjerntliggende og svært tynt befolkede områder, er vesentlige og permanente handikap som rammer alle foretak i regionen i større eller mindre grad. Formålet er imidlertid ikke å utligne handikap fullt ut – det ville vært svært kostbart, og lite bærekraftig. Driftsstøtten forutsetter således at den regionale økonomien skal tilpasse seg konkurranseforholdene, slik at regionen huser mest mulig produktive foretak, med sterkest mulig konkurranseevne.

Det at noen foretak er mindre rammet av de regionale handikap enn andre, er uttrykk for at disse foretak i mindre grad er rammet av regionens komparative ulemper. Dersom man systematisk avkorter støtte til hvert enkelt foretak som ikke kan sannsynliggjøre at de er like rammet av de regionale ulempene, legger man systematisk til rette for å bevare de foretak som rammes av regionens komparative ulemper. Et annet problem med denne tilnærmingen, er at det prinsipielt sett er vanskelig å begrunne at ordningen i så fall har nevneverdig incentiveeffekt. Dette kan illustreres ved å ta perspektivet til foretak som står overfor lokaliserings- eller investeringsvalg: Hvorfor skulle man velge en svakerestilt region, hvis støtteordningen utelukkende nuller ut de regionale ulempene? I slike tilfeller vil det i prinsippet alltid være bedre å investere seg i den sterke regionen: De økonomiske forutsetningene i den sterke og svake regionen er i så fall (i beste fall) identiske. Forskjellen er at den sterke regionen har ingen risiko for bortfall av støtteordningen (enten av nasjonalpolitiske eller EU/EØS-rettslige grunner). Både for å utnytte regionens komparative fordeler – og for å sikre at regionalstøtte kan virke effektivt – bør man derfor prinsipielt akseptere at driftsstøtte i visse tilfeller kan overstige de regionale ulempene.

Samtidig kan det unntaksvis tenkes at enkelte foretak i den svakerestilte regionen allerede konkurrerer så godt at driftsstøtte er unødvendig. I slike tilfeller kan imidlertid sektorer unntas ut fra betraktninger knyttet til manglende incentiveeffekt, eventuelt at forstyrrelsene på konkurransene blir for store i en bestemt sektor. I de få tilfellene hvor et slikt individuelt minimumsprinsipp kunne tenkes hensiktsmessig, kan man altså uansett ha handlingsrom til å

unnta foretak eller sektorer fra støtteordninger gjennom vurderingen av konkurranseforstyrrelsene eller incentiveeffekt

6.4.5.3. Endringer i skjønnsutøvelsen

Minimumsprinsippets betydning for RDA-ordningen er først og fremst at det danner rammen for fastsettelse av støttenivå i de ulike sonene. Problemet i dagens praksis er på sin side at de regionale ulempene ikke er tilstrekkelig identifisert. Dermed blir det også vanskelig å foreta en holdbar anvendelse av minimumsprinsippet. Såfremt man i fremtidig praksis identifiserer periferiulempen i en nasjonal og europeisk kontekst, ligger forholdene til rette for en holdbar anvendelse av minimumsprinsippet.

Selv i et slikt tilfelle er det imidlertid en risiko for at vurderingen preges av de sonene som allerede er fastsatt. I det inneværende godkjenningsvedtaket begrenser ESA seg til å konstatere at soneinndelingen reflekterer ulikhetene i regionale forskjeller.⁶⁴⁶ Dersom man lar de fastsatte sonene styre minimumsprinsippet, får man ikke kontrollert om grensene mellom sonene er riktig fastsatt. Vurderingen blir i stedet knyttet til gjennomsnittet i sonene som allerede er valgt. Dette problemet lar seg vanskelig løse gjennom retningslinjene, og bør håndteres i den konkrete skjønnsutøvelsen. Dette kan eksempelvis gjøres ved å teste om sonene er uttrykk for funksjonelle regioner. En noe mindre omfattende metode, er å teste yttergrensene av sonene: Dersom ytterkantene i det vesentligste sokner ut av støtteområdet – i stedet for å sokne inn mot bysentra i støtteområdet – kan de ikke sies å være rammet av de samme periferiulempene. Støtte til slike områder vil heller ikke være i samsvar med formålet om å sikre en bærekraftig befolkningsutvikling. I så fall bør soneinndelingen kreves justert fra ESAs side.

Det er altså mulig å gjøre en noe bedre vurdering av minimumsprinsippet, selv om man beholder dagens tilnærming hvor man tar utgangspunkt i de fastsatte sonene.

⁶⁴⁶ Jf. godkjenningsvedtaket avsnitt 116.

6.4.6. Fjerne sektorunntak

Retningslinjene unntar visse sektorer fra regionalstøtte. For noen sektorer, nærmere bestemt stål og syntetiske fibre, erklæres regionalstøtte uforenlig med det indre marked.⁶⁴⁷ For andre sektorer fastsetter retningslinjene at de ikke er anvendelige. Dette gjelder blant annet fiskeri, transport, flyplasser og energisektoren.⁶⁴⁸ Driftsstøtte har i tillegg egne sektorunntak. Det følger av avsnitt 17 at driftsstøtte til finanssektoren, hovedkontorer, og konsulentsektoren ikke anses forenlig med det indre marked.⁶⁴⁹ Begrunnelsen for sektorunntakene gis ikke i retningslinjene. De samme sektorunntakene finner man i GBER.⁶⁵⁰ Sektorunntakene har imidlertid tidvis vært begrunnet. I 1997-vedtaket anførte ESA at finanssektoren og telesektoren måtte unntas fordi denne i svært liten grad var rammet av avstands- og klimaulempene.⁶⁵¹ I godkjenningsvedtaket fra 1999 var derimot begrunnelsen at disse sektorene i vesentlig grad deltok i grenseoverskridende konkurranse i det indre marked.⁶⁵² Kommisjonen tok også stilling til sektorunntak i en støttesak for Portugals fjerntliggende område Azorene i 2002. Kommisjonen avviste støtte til finanssektoren (og «intra-group activities») fordi Portugal ikke hadde dokumentert kostnadmessige ulemper for denne sektoren.⁶⁵³

Kontrollorganenes praksis har skiftet frem og tilbake vedrørende sektorunntakene, særlig i nyere tid. Med innføringen av gruppeunntakshjemmelen i 2017, fjernet man sektorunntakene for transport og energi. Etter min mening er det grunn til å vurdere fjerning også av unntaket for finanssektoren. Det synes å være få grunner til å beholde unntaket i dag.

Begrunnelsen fra 1999 om unntak på grunn av sterk konkurranse i det indre marked, kan neppe anses holdbar. Den grunnleggende målsetningen om markedsintegrasjon lar seg ikke

⁶⁴⁷ Jf. RAG 2014 avsnitt 9.

⁶⁴⁸ Jf. RAG 2014 avsnitt 10 og 11.

⁶⁴⁹ Jf. RAG 2014 avsnitt 17.

⁶⁵⁰ Jf. GBER 2014 artikkel 13 bokstav d.

⁶⁵¹ Jf. ESAs vedtak 145/97/COL av 14. mai 1997 Aid in the form of regionally differentiated social security taxation (Ikke publisert i OJ) side 31.

⁶⁵² Jf. ESAs vedtak 228/99/COL av 22. september 1999 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 3, 6. januar 2000 side 4) side 18.

⁶⁵³ Jf. Kommisjonsvedtak 2003/442/EC av 11. desember 2002 om the part of the scheme adapting the national tax system to the specific characteristics of the Autonomous Region of the Azores which concerns reductions in the rates of income and corporation tax (OJ L 150, 18. juni 2003 side 52-63) se avsnitt 39 flg.

forene med å forbeholde regionalstøtte til sektorer med lite grenseoverskridende konkurranse. Konsekvensen blir i så fall at perifere regioner får større andel av foretak i «skjermet» sektor, og mindre andel av foretak i sektorer som deltar i det indre marked.

Hensynet til effektiv regionalstøtte trekker i samme retning. Kommisjonens regionalstøtteutredning viste videre at støtte var mest effektivt nettopp i sektorer med god markedsadgang til det indre marked.⁶⁵⁴ RDA-evalueringen viste på sin side at RDA-ordningen først og fremst er effektiv i tjenestesektoren. Sektorunntak i tjenestesektoren bør av denne grunn ha en særlig god begrunnelse. Noen slik begrunnelse synes ikke å foreligge for finanssektoren. Sektoren bør eventuelt unntas om konkurranseutslagene blir urimelig store. Noen slike erfaringer ble imidlertid ikke observert i perioden 2007 – 2013, hvor finanssektoren var omfattet av RDA-ordningen

Om ESA ikke gjør dette, kan norske myndigheter utfordre ESA ved en særskilt notifikasjon knyttet til finanssektoren (og eventuelt andre unntatte sektorer), som kan prøves ved domstolene i tilfelle et negativt vedtak.

6.4.7. Oppsummering

Forvaltningspraksis fremover står overfor en rekke krevende spørsmål. Kjernen i den rettspolitiske anbefalingen her bør det imidlertid være liten tvil om: fremtidig praksis må ta hensyn til vesentlige og permanente periferulempen i en europeisk kontekst. Dette tilsier i det minste en moderat innstramming og omlegging av ordningen. Ordningen må videre rette seg mot funksjonelle regioner med naturlige bysentra. Dette vil legge til rette for at ordningen sikrer bærekraftig vekst.

Det mest krevende spørsmålet er etter min mening om ESA bør ta sikte på en moderat innstramming av RDA-ordningen, eller om man bør foreta en vesentlig innstramming, hvor ordningen i all hovedsak reserveres områdene nord for Trøndelag. En vesentlig innstramming er mest i tråd med EU-domstolens strenge tilnærming til driftsstøtte, Kommisjonens tilnærming til driftsstøtte i de fjerntliggende områdene, og også i tråd med hensynet til effektiv regional utvikling. Det må imidlertid også antas å være et rom for en moderat

⁶⁵⁴ Jf. punkt 2.3.4. foran.

innstramming. Hensynet til forutberegnelighet og å unngå radikale omlegginger, tilsier at innstrammingen bør skje skrittvis. I første omgang bør den i så fall være moderat. Hensynet til å beholde det nasjonalpolitiske grunnlaget for samholdighetstiltaket, kan også underbygge dette. Det kan innvendes at slike politiske hensyn bør ansees utenforliggende – men et pragmatisk forhold til regional utvikling tilsier tvert imot at det ikke kan sees bort fra.

Alt i alt vurderer jeg det derfor slik at en moderat omlegging vil være mest hensiktsmessig fra ESAs side. Praksis bør ta sikte på noe mer støtte i områdene nord for Trøndelag, og fjerne den særlig høye satsen for bykommunene Bodø og Tromsø. Praksis bør samtidig åpne for noe støtte i Sør-Norge, men fortrinnsvis i funksjonelle regioner rundt bykommunene ved Sognefjorden og eventuelt også Mjøsa. Støttenivået her bør imidlertid i større grad reflektere at disse i liten grad er rammet av vesentlige periferiulempen i en europeisk kontekst. Når det gjelder Innlandet, er det dog spørsmål om ikke den nære avstanden til Oslo, i tillegg til nært forestående etablering av Intercity-linje, medfører at det kun et spørsmål om tid før områdene må tas ut av ordningen.

En slik moderat omlegging vil etter alt å dømme gi en noe mindre omfangsrik RDA-ordning, og således oppnå målsetningen om mindre regionalstøtte. Samtidig vil det gi mer effektiv støtte. Dette først og fremst fordi ordningen vil tilrettelegge for en viss modernisering av bosetningsmønsteret, i stedet for å motarbeide den. I tillegg vil ordningen i større grad innrettes mot områder hvor effekten er størst, nemlig i områder med urbanisering og en noe utviklet tjenestesektor.

7. AVSLUTTENDE REFLEKSJONER

Avhandlingen viser vesentlige svakheter ved dagens praksis knyttet til RDA-ordningen. Svakheterne må både tilskrives norske myndigheters utforming av ordningen, og Kommisjonens og ESAs håndheving gjennom utforming av retningslinjer, gruppeunntak, og i saksbehandlingen knyttet til enkeltvedtaket. Det er et paradoks at RDA-ordningen har est ut i omfang, og blitt mindre innrettet mot vekst, parallelt med at reforminitiativene SAAP 2005 og SAM 2012 på sin side nettopp var ment å redusere dårlig statsstøtte, og i større grad være vekstfremmende og sikre bærekraftig næringsutvikling. Ut fra målsetningene i SAAP 2005 og SAM 2012 er det tvert imot godkjenningsvedtaket fra 1999 som står seg aller best: ESAs tilnærming sørget den gang for en innstramming av det geografiske virkeområdet, og ordningen var samtidig vekstrettet med at de største byene i støtteområdet ikke hadde en egen, høyere sats.

Det er et sprik mellom målsetningene i statsstøttereformene fra 2005 og fremover, og praksis knyttet til RDA-ordningen, som ikke lar seg enkelt forklare. Samtidig kan det være grunn til å spørre hvorfor dette spriket har oppstått – særlig fordi det kan være tale om forhold som også vanskeliggjør en forbedring av statsstøttepraksis i årene fremover.

Slik jeg ser det, er det mest nærliggende at hovedårsaken til svikten i praksis ligger i de politiske mekanismene internt i Norge. De norske områdene med vesentlige periferiulemper utgjør en liten andel av befolkningen, og er ikke i nærheten av å danne noe politisk flertall alene. Det politiske tyngdepunktet ligger derfor utenfor støtteområdet – ikke innenfor. Dette gir en risiko for at det vil være et internt politisk press for å utvide støtteordningen til å omfatte langt flere regioner enn en nøytral tilnærming tilsier. Kontrollorganenes valg av reguleringsteknikk fra 2007 og fremover – med å knytte ordningen til et demografisk formål – var kanskje vellykket ut fra et ønske om å begrense at driftsstøttebruken smittet over til andre medlemsland. Valget av reguleringsteknikk kan imidlertid også ha forsterket risikoen for at internt politisk press øker det geografiske virkeområdet til områder uten behov, og for at ordningen i liten grad vektlegger vekthensyn.

I utgangspunktet kunne en slik risiko vært nøytralisert av kontrollorganenes tilnærming i de konkrete godkjenningsvedtak. Dette har likevel ikke skjedd. En mulig forklaring er skjevheten mellom norske myndigheter og ESA i administrativ kapasitet. Norske myndigheter har vesentlig større kapasitet til å underbygge støtteordningen, enn ESA har til å etterprøve den norske notifikasjonen. Et tema for kapittel tre var hvordan de sammensatte og vanskelige økonomiske vurderinger som kjennetegner forenlighetsvurderinger, tilsier begrenset domstolskontroll. Men nettopp dette kjennetegnet kan også gjøre det svært krevende for kontrollorganene å etterprøve nasjonale myndigheters pretensjoner om økonomiske og regionale fakta. RDA-godkjenningen fra 2014 bærer preg av at ESA ikke i tilstrekkelig grad har mestret oppgaven. RDA-historikken gir oss en viss advarsel om at den ønskede «more economic approach» i statsstøttesaker ikke er noen trylleformel. Kontrollorganene og nasjonale myndigheter kan bli mer økonomisk i tilnærmingen på overflaten. Samtidig kan de konkrete tiltakene i praksis blir mindre effektive for å oppnå territoriell samhörighet, og i større grad dreies mot områder uten reelt støttebehov.

Spriket mellom målsetningene i statsstøttereformen og RDA-praksis, kan imidlertid også ha andre forklaringer. Én mulig forklaring er at ESA er bevisst svakhetene, men tillegger det lite vekt fordi forstyrrelsene på samhandelen på sin side er svært begrensede. Hovedproblemet med svakhetene i dagens praksis er at det gir manglende regional likhet internt i Norge, hvilket ESA kan vurdere hovedsakelig som et internt anliggende. Det er ikke holdbart fra et rettslig perspektiv, men kan forklares ut fra en pragmatisk overvåkning og håndhevelse av EØS-avtalen: Et krav om omlegging av RDA-ordningen vil neppe være ukontroversielt, og kan tenkes å svekke oppslutningen om EØS-avtalen.

Hva årsakene til svakhetene i dagens praksis er, lar seg ikke fastslå. Forklaringen kan påvirke hvor krevende det er å korrigere kursen. Problemet med at svakerestilte regioner generelt ikke danner politisk flertall nasjonalt, er samtidig et alminnelig problem i alle EU/EØS-land.⁶⁵⁵ Det er indikasjoner på at kontrollorganene generelt bør være mer bevisst farene for at støtte i de svakeste regionene uthules, mot at støtten i stedet vris til randsonene av de sterkeste

⁶⁵⁵ En gjennomgang av Phedon Nicolaides fra 2003 tilsa at det ihvertfall dengang ikke var en sterk sammenheng mellom regionalstøtte og regionale ulikheter, se Phedon Nicolaides, «Regional State Aid: An Assessment of Community Rules and National Measures», *European State Aid Law Quarterly*, 2003 issue 4 side 543 – 551.

regionene. Det svenske regionalstøttekartet har eksempelvis i dag utelatt byene i Nord-Sverige, for i stedet å innlemme områder nærmere de store byene i sør.⁶⁵⁶ Selv om det ikke kan utelukkes at valget er godt begrunnet, er det grunn til å anta at dette neppe er formålstjenlig med tanke på utvikling av de perifere områdene av Nord-Sverige.

Et av avhandlingens sentrale utgangspunkter er at RDA-ordningen som Norges viktigste distriktspolitiske virkemiddel, samtidig har vært det største stridsspørsmålet i EØS-samarbeidet. Avhandlingen viser at spørsmålet om RDA-ordningens forenlighet er sammensatt, komplisert, reiser en rekke rettsspørsmål med uklare svar, og består av mange motstridende interesser. I tillegg er det nærliggende at nasjonalpolitiske interessekonflikter gjør statsstøttekontrollen enda mer krevende. Det kan således sies å være naturlig at forenligheten av RDA-ordningen har vært et omstridt spørsmål gjennom hele EØS-samarbeidet så langt.

At norske myndigheter har lyktes såpass godt i å vri RDA-ordningen i en politisk ønsket retning, synliggjør samtidig betydningen av aktiv deltakelse i policyutformingen på området. Generelt virker det å være vesentlig bedre forutsetninger for å påvirke i forkant av fastsettelse av regelverk, og i forkant av godkjenningsvedtak, enn gjennom rettslig prøving i ettertid. Dette har også et regionalt perspektiv. Noen fylker har lyktes med å sikre seg svakt begrunnet driftsstøtte. Andre fylker har mislyktes med å sikre at deres utfordringer i tilstrekkelig grad synliggjøres i regelverk og praksis. De nordnorske fylkene kan ha gått glipp av vesentlige utviklingsmuligheter på grunn av dette. Disse fylkene ville trolig vært godt tjent med å legge mer ressurser ned i å delta i – og å påvirke – utformingen av regelverk og praksis på området.

Et siste sentralt utgangspunkt for avhandlingen verd å nevne var fraværet av rettsdogmatiske drøftelser knyttet til forenlighetsvurderinger i statsstøtteretten. Forhåpentligvis synliggjør avhandlingen både at det er rom for flere rettslige analyser av forenlighetsvurderinger, og at det også er et nødvendig supplement til de økonomisk baserte vurderinger av statsstøtteordninger. RDA-ordningen viser hvordan tilsynelatende gjennomtenkte og avanserte økonomiske indekser og tilnærminger kan tåkelegge økonomiske og regionale

⁶⁵⁶ State aid SA.37985 (2014/N) – Sweden – Regional aid map for Sweden 2014-2020 (OJ C 210, 4. juli 2014 side 1)

realiteter, snarere enn å avdekke dem. Både rettsdogmatiske analyser og domstolsprøving av kontrollorganenes praksis er således viktig for at målsetningene i statsstøttekontrollen i størst mulig grad kan realiseres.

I denne sammenheng kan det også spørres om økt rettslig kunnskap kan redusere tvistene knyttet til ordningen, eller bidra til større forutberegnelighet. Det er ikke noe enkelt svar på dette. Men både den økte rettslige kunnskap gjennom denne avhandlingen, og den økte faktiske kunnskap gjennom RDA-evalueringen, tilsier at det bør være begrenset uenighet om at det *prinsipielt* bør være tillatt med driftsstøtte i regioner med vesentlige periferiulemper. Samtidig viser avhandlingen at det er rom for betydelig uenighet om RDA-ordningens konkrete innretning. Disse spørsmålene berører langt flere enn bare norske myndigheter og ESA. Særlig norske regioner, og nordiske naboland, har en klar interesse i både eksistensen og utformingen av RDA-ordningen. Det kan derfor ikke forventes at striden rundt RDA-ordningen kan anses tilbakelagt. Men striden fremover vil trolig i større grad knytte seg til ordningens innretning, enn til selve ordningens eksistens. Hvor krevende utfordringene i praksis vil bli fremover, vil trolig i stor grad bero på om norske myndigheter fremdeles vil forsøke å vri ordningen i retning av et mer rendyrket og defensivt distriktstiltak, enn en fremtidsrettet ordning for å sikre regional vekst.

Kildeliste

Lover

Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd

Traktater og internasjonale avtaler

Traktat om opprettelse av Det europeiske kull- og stålfellesskap (1951) (EKSF-traktaten)

Traktat om opprettelse av Det Europeiske økonomiske Fellesskap (1957) (ROMA-traktaten)

Enhetsakten (1986) OJ L 169, 29. juni 1987

Traktaten om Den europeiske union (1992) OJ C 191, 29. juli 1992 (Maastricht-traktaten)

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (1992) (ODA-avtalen)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (1992) OJ L 1, 3. januar 1994 (EØS-avtalen)

WTO-avtalen (1995)

Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter (2007) OJ C 303, 14. desember 2007 side 1

Lisboatraktaten (2007) OJ C 306, 17. desember 2007

Traktaten om den Europiske Union (Konsolidert utgave 2016) OJ C 202, 7. juni 2016 side 1-45 (TEU)

Traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte (Konsolidert utgave 2016) OJ C 202, 7. juni 2016 side 47-199 (TEUV)

Utenlandske lover

Lag (1983:1055) om nedsättning av socialavgifter och allmän löneavgift i Norrbottens län

Lag (1990:912) om nedsättning av socialavgifter.

Resolusjoner

Europaparlamentets resolusjon av 17. januar 2013 om State Aid Modernisation (2012/2920(RSP)) OJ C 440, 30. desember 2015 side 92-94

Europaparlamentets resolusjon av 12. juni 2013 on regional policy as a part of wider State support schemes (2013/2104(INI)) OJ C 65, 19. februar 2016 side 79-86

Lovforarbeider, utredninger og innstillinger

Hervik Arild og Mette Rye, Drøfting av differensiert arbeidsgiveravgift som virkemiddel for utvikling av kompetansebaserte arbeidsplasser, Underlagsnotat til Kompetansearbeidsplassutvalget (2010)

Innst. S. nr. 248 (1991-1992) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS)

St.prp. nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske samarbeidsområde (EØS)

NOU 2004: 2 Effekter og effektivitet

NOU 2004: 15 Regional statsstøtte og EØS-reglane

NOU 2012: 2 Utenfor og innenfor – Norges avtaler med EU

NOU 2015: 1 Produktivitet – grunnlag for vekst og velferd

NOU 2016: 3 Ved et vendepunkt: Fra ressursøkonomi til kunnskapsøkonomi

Prop. 84 S (2016-2017) Ny inndeling av regionalt folkevalgt nivå

Stortingsmeldinger

St.meld. nr. 25 (2004-2005) Om regionalpolitikken

Meld. St. 13 (2012–2013) Ta heile Noreg i bruk

Meld. St. 18 (2016-2017) Bærekraftige byar og sterke distrikt

Meld. St. 29 (2016-2017) Perspektivmeldingen 2017

Stortingsvedtak

St. prp. nr. 1 (2006-2007) (Finansdepartementet) Skatte-, avgifts- og tollvedtak

St. prp. nr. 1 (2006-2007) (Kommunal- og regionaldepartementet)

Prop. 118 S (2013-2014) Endringer i statsbudsjettet 2014 (endring av den differensierte arbeidsgiveravgiften og kompenserende tiltak)

Prop. 1 S (2014-2015) (Finansdepartementet)

Prop. 1 LS (2017-2018) (Finansdepartementet)

Stortingsvedtak om fastsettelse av avgifter mv. til folketrygden for 2019 (FOR-2018-12-12-1994)

Forordninger

Rådsforordning 994/98 av 7. mai 1998 on the application of Articles 92 and 93 of the Treaty establishing the European Community to certain categories of horizontal State aid, OJ L 142, 14. mai 1998 side 1-4

Rådsforordning 659/1999 av 22. mars 1999 om fastsettelse av regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93 for EØS-avtalens vedkommende, OJ L 083, 27. mars 1999 side 1-9

Kommisjonsforordning 70/2001 av 12. januar 2001 om anvendelse av EF-traktatens artikkel 87 og 88 på statsstøtte til små og mellomstore virksomheter, OJ L 010, 31. januar 2001 side 33-42

Europaparlaments- og rådsforordning 1059/2003 av 26. mai 2003 om innføring av en felles nomenklatur over regionale statistikkenheter (NUTS), OJ L 154, 21. juni 2003 side 1-41

Europaparlaments- og rådsforordning 883/2004 av 29. april 2004 om koordinering av trygdeordninger, OJ L 166, 30. april 2004 side 1 – 123

Kommisjonsforordning 800/2008 av 6. august 2008 om visse former for støttekategoriers forenelighet med det felles markedet i henhold til traktatens artikkel 87 og 88, OJ L 214, 09. august 2008, side 3-47 (GBER 2008)

Europaparlaments- og rådsforordning 1303/2013 av 17. desember 2013 om fastsettelse av felles bestemmelser om Det europeiske fond for regionutvikling, Det europeiske sosialfond, Utjevningsfondet, Det europeiske fond for utvikling av landdistriktene og Det europeiske hav- og fiskerifond, og om fastsettelse av alminnelige bestemmelser om Det europeiske fond for regionutvikling, Det europeiske sosialfond, Utjevningsfondet og Det europeiske hav- og fiskerifond samt om oppheving av rådsforordning (EF) nr. 1083/2006, OJ L 347, 20. desember 2013, side 320-469 (Strukturfondenes fellesforordning)

Kommisjonsforordning 1407/2013 av 18. desember 2013 om anvendelsen av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på bagatellmessig støtte, OJ L 352, 24. desember 2013, side 1-8.

Kommisjonsforordning 651/2014 av 17. juni 2014 om visse støttekategoriers forenlighet med det indre marked i henhold til traktatens artikkel 107 og 108, OJ L 187, 26. juni 2014 side 1-78 (GBER 2014)

Rådsforordning 2015/1588 av 13. juli 2015 om anvendelse av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte på visse former for horisontal statsstøtte, OJ L 248, 24. september 2015, side 9-29 (bemyndigelsesforordningen)

Rådsforordning 2015/1589 av 13. juli 2015 om anvendelse av artikkel 108 i traktaten om Den Europeiske Unions virkemåte, OJ L 248, 24. september 2015 side 9-29 (prosedyreforordningen)

Kommisjonsforordning 2017/1084 av 14. juni 2017 om endring av forordning (EU) nr. 651/2014 hva gjelder støtte til havne- og lufthavnsinfrastruktur, notifikeringsterskler for støtte til kultur og bevaring av kulturarv samt støtte til sportsinfrastruktur og multifunksjonell infrastruktur til rekreative aktiviteter samt regionale driftsstøtteordninger for regionene i den ytterste periferi og om endring av forordning (EU) nr. 702/2014 hva angår beregning av støtteberettigede kostnader, OJ C 156, 20. juni 2017 side 1-18

Vedtak i EU-pilaren

Kommisjonsvedtak 79/743/EEC av 27. juli 1979 om proposed Netherlands Government assistance to increase the production capacity of a cigarette manufacturer (OJ L 217, 25. august 1979 side 17-19)

Rådsvedtak 88/591/ECSC av 24 oktober 1988 on establishing a Court of First Instance of the European Communities (OJ L 319, 25. november 1988 side 1-8)

Kommisjonsvedtak 1999/690/EC av 3. februar 1999 om State aid which Germany is planning to introduce for Graphischer Maschinenbau GmbH, Berlin (OJ L 272, 22 oktober 1999 side 16-25)

Kommisjonsvedtak 2000/394/EC av 25. november 1999 on aid to firms in Venice and Chioggia by way of relief from social security contributions under Laws Nos 30/1997 and 206/1995 (OJ L 150, 23. Juni 2000)

Kommisjonsvedtak 2001/690/EC av 21. desember 2000 om reduced social contributions aid scheme notified by Sweden (OJ L 244, 14. september 2001, side 32-38)

Kommisjonsvedtak 2001/779/EC av 15. november 2000 om the State aid which Italy is planning to grant to Solar Tech srl (OJ L 292, 9. november 2001 side 45-57)

Kommisjonsvedtak av 25 juli 2001 om Authorisation for State aid pursuant to Articles 87 and 88 of the EC Treaty — Cases where the Commission raises no objections, Aid No: N 517/2000, Aid in favour of Glunz AG (OJ C 333, 28. november 2001 side 6-8)

Kommisjonsvedtak 2003/442/EC av 11. desember 2002 om the part of the scheme adapting the national tax system to the specific characteristics of the Autonomous Region of the Azores which concerns reductions in the rates of income and corporation tax (OJ L 150, 18. juni 2003 side 52-63)

Kommisjonsvedtak 2004/313/EC av 23. juli 2003 om State aid granted by Germany to Graphischer Maschinenbau GmbH (OJ L 100, 6. april 2004 side 35-39)

Kommisjonsvedtak 2006/262/EC av 21. september 2005 om State aid which Germany is planning to implement for Kronoply (OJ L 94, 1. april 2006 side 50-55)

Kommisjonsvedtak 2006/513/EC av 9. november 2005 om the State Aid which the Federal Republic of Germany has implemented for the introduction of digital terrestrial television (DVB-T) in Berlin-Brandenburg (OJ L 200, 22. juli 2006 side 14-34)

Kommisjonsvedtak 2008/854/EC av 2. juli 2008 om a State aid scheme: Misuse of aid measure N 272/98, Regional Act No 9 of 1998 (OJ L 302, 13 november 2008 side 9-18)

State aid SA.32063 (2011/NN) – Poland - LIP – Mondi Świecie Poland (OJ C 305, 10. oktober 2012 side 1)

State aid SA.37985 (2014/N) – Sweden – Regional aid map for Sweden 2014-2020 (OJ C 210, 4. juli 2014 side 1)

Kommisjonsvedtak 2015/685/EC av 8. oktober 2014 om the aid measure SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N) which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station (OJ L 109, 28. april 2015, side 44-116)

Kommisjonsvedtak 2016/632/EC av 9. juli 2014 om the State aid No SA.32009 (11/C) (ex 10/N) which Germany plans to grant to BMW AG for a large investment project in Leipzig (OJ L 113, 27 april 2016 side 1-31)

State aid SA.43624 (2015/N) – Germany – LIP – Aid to Hamburger Rieger GmbH (OJ C 323, 2. september 2016 side 1)

State Aid SA.46981 (2016/C) / ex (2016/N) – Poland – Flat rate sales tax in shipbuilding sector (OJ C 80, 2. mars 2018 side 9-19)

State Aid SA.48382 (2017/N) – Hungary – LIP – Regional investment aid to MOL Petrolkémia Zert (OJ C 80, 2. mars 2018 side 1-6)

Vedtak i EFTA-pilaren

ESAs vedtak 145/97/COL av 14. mai 1997 Aid in the form of regionally differentiated social security taxation (Ikke publisert i OJ)

ESAs vedtak 316/98/COL av 4. november 1998 on the fourteenth amendment of the Procedural and Substantive Rules in the Field of State Aid (OJ L 111, 29. April 1999 side 46 – 72).

ESAs vedtak 228/99/COL av 22. september 1999 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 3, 6. januar 2000 side 4)

ESAs vedtak 172/02/COL av 25. september 2002 om Regionally differentiated social security taxation (OJ C 52, 6. mars 2003 side 16)

Vedtak i EFTAs faste komité nr. 2/2003/SC av 1. juli 2003 (tilgjengelig som vedlegg i <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4790>, sist sjekket 1. oktober 2019).

ESAs vedtak 218/03/COL av 12. november 2003 om state aid in the form of regionally differentiated social security contributions — Norway (OJ L 145, 9. juni 2005 side 25-41)

ESAs vedtak 298/05/COL av 22. november 2005 om the proposal for regionally differentiated rates of social security contributions for certain economic sectors (Norway) (OJ L 122, 8. mai 2008 side 11)

ESAs vedtak 85/06/COL av 6. april 2007 amending, for the fifty-sixth time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new Chapter 25.B: National Regional Aid 2007 to 2013e fifty-sixth time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new Chapter 25.B: National Regional Aid 2007 to 2013, OJ L 54, 28. februar 2008 side 1 - 20

ESAs vedtak 228/06/COL av 19. juli 2006 om Regionally differentiated social security contributions (OJ C 304, 14. desember 2006 side 32)

ESAs vedtak sak 533/09/COL av 16 desember 2009 amending, for the 77th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on a simplified procedure for treatment of certain types of State aid (OJ L 75, 15. mars 2012, side 26)

ESAs vedtak 407/13/COL av 23 October 2013 amending, for the 90th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on Regional State aid for 2014-20COL of 23 October 2013 amending, for the 90th time, the procedural and substantive rules in the field of State aid by introducing a new chapter on Regional State aid for 2014-20 (OJ L 166, 5. Juni 2014, side 44-71)

ESAs vedtak 225/14/COL av 18. juni 2014 Regionally differentiated social security contributions 2014-2020 (OJ C 344, 2. oktober 2014 side 14)

ESAs vedtak 302/14/COL

ESAs vedtak 3/17/COL av 18. januar 2017 om Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area (OJ L 342, 21. desember 2017 side 35-84)

ESAs vedtak 094/17/COL av 31. mai 2017 om *The exemption rule for ambulant services under the scheme on differentiated social security contributions 2014-2020* (OJ L 99, 19. april 2018 side 18)

Vedtak i EFTAs faste komité nr. 2/2003/SC av 1. juli 2003

EØS-komiteens beslutninger

EØS-komiteens beslutning nr. 185/2017 av 22. september 2017 om endring av EØS-avtalens vedlegg XV (2019/EØS/52/36).

Notifikasjoner

Finansdepartementets brev «Differentiated social security contributions in Norway – Notification of a continuation of the system in zone V» av 10. april 2003 (tilgjengelig på www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=4791, sist sjekket 1. oktober 2019)

Finansdepartementets notifikasjon av 12. juni 2006 «State aid – Regionally – differentiated social security contributions» (tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/da/DocumentDirectAction/outputDocument?docId=3490>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Finansdepartementets notifikasjon av 3. juni 2014 « State Aid – notification of the Norwegian scheme for regionally differentiated social security contributions»

Finansdepartementets notifikasjon av 13. mars 2014 « State Aid – notification of the Norwegian scheme for regionally differentiated social security contributions» (tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/sl/14_1211_vedlegg1.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens kommunikasjoner, notater, retningslinjer og rammeverk

Com(69) 950, 15. oktober 1969 «A regional policy for the Community»

Commission Memorandum on Regional Policy in the Community to the Council, Supplement to Bulletin No. 12 1969, (tilgjengelig på <http://aei.pitt.edu/67250/1/BUL420.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019)

COM(85) 310 final, «Completing the Internal Market», White paper from the Commission to the European Council

Commission communication on the method for the application of Article 92 (3) (a) and (c) to regional aid, 88/C 212/02 (OJ C 212, 12. august 1988 side 2-10)

Commission communication on Changes to the method for the application of Article 92 (3) (c) of the EC Treaty to regional aid, 94/C 364/06 (OJ C 364, 20. desember 1994 side 8-10)

Community guidelines on State aid for rescuing and restructuring firms in difficulty, 97/C 283/02 (OJ C 283, 19. September 1997 side 2-12)

Information from the Commission – Guidelines on national regional aid 98/C 74/06 (OJ C 74, 10. mars 1998 side 9 – 18)

Multisectoral framework on regional aid for large investment projects 98/C 107/05 (OJ C 107 7. april 1998 side 1-10)

Invitation to submit comments pursuant to Article 88(2) of the EC Treaty concerning the measure C 66/99 (ex N 245/99) Regional aid map The Netherlands 2000 to 2006 (OJ C 326 av 13. november 1999)

COM(2005) 107 final 7 juni 2005 «State Aid Action Plan, Less and Better Targeted State Aid: A Roadmap for State Aid Reform 2005-2009» (SAAP 2005)

Guidelines on national regional aid for 2007-2013, 2006/C 54/08 (OJ C 54, 4. mars 2006 side 13-44)

Commission Communication on the return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules, 2009/C 195/04 (OJ C 195, 19. august 2009 side 9-20)

Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and The Committee of the Regions – EU State Aid Modernisation, COM/2012/0209 final.

Comission Staff Working Document – Common methodology for State aid evaluation, SWD(2014) 179 final (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/state_aid_evaluation_methodology_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document – Communication From The Commission – Guidelines on regional state aid for 2014 – 2020, SWD(2013) 215, (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/regional_aid/impact_assessment_report_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Guidelines on regional State aid for 2014-2020, 2013/C 209/01 (OJ C 209, 23. juli 2013 side 1-45)

Framework for State aid for research and development and innovation, 2014/C 198/01 (OJ C 198, 27. juni 2014 side 1-29)

Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020, 2014/C 200/01, (OJ C 200, 28. juni 2014 side 1-55)

Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty, 2014/C 249/01 (OJ C 249, 31. juli 2014 side 1-28)

EFTA Surveillance Authority, «Guidelines on Regional State Aid for 2014 - 2020», tilgjengelig på http://www.eftasurv.int/media/state-aid-guidelines/Consolidated_version_Regional_Guidelines_2014-2020.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Accompanying the document – Communication From The Commission – Guidelines on regional state aid for 2014 – 2020, SWD(2013) 215, (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/regional_aid/impact_assessment_report_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

COM(2010) 2020, Communication from the commission «Europe 2020 – A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth»

Litteratur

Alterskjær Bjørnar m.fl., Statsstøtte – EØS-avtalens regler om offentlig støtte (Oslo 2008)

Arnesen Finn og Halvard Haukeland Fredriksen, Agreement on the European Economic Area, (Oslo 2018)

Avdikos Vasilis og Anastassios Chardas, «European Union Cohesion Policy Post 2014: More (Place-Based and Conditional) Growth – Less Redistribution and Cohesion», Territory, Politics, Governance vol. 4 (2014) side 97 – 117.

Bachtler John, Carlos Mendez og Fiona Wishlade, EU Cohesion Policy and European Integration (Ashgate 2013)

Bacon Kelyn, European Union Law of State Aid, 2. utgave (Oxford 2013)

Bacon Kelyn, European Union Law of State Aid, 3. utgave (Oxford 2017)

Barnard Catherine, The Substantive Law of the EU, 4. utgave (Oxford 2013)

Baudenbacher Carl «Between Homogeneity and Independence: The legal position of the EFTA Court in the European Economic Area», Colombia Journal of European Law, Vol 3, Issue 2, 1997, side 169 – 227

Baudenbacher Carl «The EFTA Court: Structure and Tasks» i The Handbook of EEA Law, Carl Baudenbacher (red.) (Springer 2015) side 139 – 178

Biondi Andrea og Piet Eeckhout, «State Aid and Obstacles to Trade» i The Law of State Aid in the European Union, Andrea Biondi og Piet Eeckhout (red.) (Oxford 2003) side 103 – 116

Blauberger Michael «Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law», West European Politics, Vol. 32, No. 4, 2009, side 719 – 737

Bouchagiar Antonios, «The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission’s Soft Law?» Journal of European Competition Law & Practice, volume 8, issue 3, 2017, side 157–166

Buendia José Luis «Chapter 1: The Limited Role of the ‘Refined Economic Approach’ in Achieving the Objectives of State Aid Control: Time for Some Realism» i EC State Aid Law – Le Droit des Aides d’Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, Gil Carlos Iglesias m.fl. (red.) (Wolters Kluwer 2008)

Bull Henrik, Det indre marked for tjenester og kapital – import av finansielle tjenester (Oslo 2002)

Burke Jarleth M. «The General Court Endorses the Balancing Approach to Compatibility Assessment by the Commission for Czech Funding of Sports Facilities», *European State Aid Law Quarterly* 2016 side 446 – 451

Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU*, 4. utgave (Oxford 2013)

Cecco Francesco de, *State Aid and the European Economic Constitution* (Oxford and Portland, Oregon, 2013)

Chalmers Damian m.fl., *European Union Law*, 3. utgave (Cambridge 2014)

Christiansan Per, «Article 36 – Action for annulment», i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red). (Oslo 2018)

Combes Pierre-Phillippe og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature* (Luxembourg 2013)

Craig Paul og Gráinne De Búrca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 6. utgave (Oxford 2015)

Craig Paul, *EU Administrative Law*, 3. utgave (Oxford 2019)

Cremona Marise «State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements», *European Law Journal*, Vol. 9. No. 3, (2003) side 265 – 277

Cyndecka Malgorzata, *The Market Economy Investor Test in EU State Aid Law* (Wolters Kluwer 2016)

Dalberg-Larsen Jørgen «Kapittel 2 – Fem opfattelser af retspolitik som retsvidenskabelig aktivitet i historisk og aktuel belysning» i *Om retspolitik*, Sten Schaumborg-Müller og Jens Evald (red.) (København 2002)

De Búrca Gráinne, «The Principle of Proportionality and its Application in EC Law», *Yearbook of European Law*, Volume 13, Issue 1, (1993) side 105-150

Eckhoff Torstein og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 11. utgave (Oslo 2018)

Ehlermann Claus-Dieter, "The Contribution of EC Competition Policy to the Single Market" Common Market Law Review, (1992) side 257-282.

Evans Andrew «European Community Law of State Aid», Clarendon Press (1997) side 107 – 145

Evans Andrew, EU Regional Policy (Oxford 2005)

Fenger Niels «Proportionalitetsprincippet i EU- og EØS-retten» i Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten, Karl Harald Søvig (red.) (Bergen 2014) side 49 – 76

Fredriksen Halvard Haukeland, Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen (Bergen 2013)

Fredriksen Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 3. utgave (Bergen 2017)

Friederiszick Hans W., Lars-Hendrik Röller og Vincent Verouden «European State Aid Control: An Economic Framework» i Handbook of Antitrust Economics, Paolo Buccirossi (red.) (London 2008) side 625 – 669

Friederiszick Hans W. og Massimo Merola «Chapter 10 – regional aid» i EU State Aid Control – Law and Economics, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) (Wolters Kluwer 2016) side 317 – 373

Fritzsche Alexander, «Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law», Common Market Law Review nr. 47 (2010) side 361 – 404

Hancher Leigh, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot, EU State Aids, 5. utgave (London 2016)

Hancher Leigh, «Chapter 4 – Article 107(2) and Article 107(3)» i EU State Aids, Leigh Hancher, Tom Ottervanger og Piet Jan Slot (red.) 5. utgave, (London 2016)

Hancher Leigh og Phedon Nicolaidis «Compatibility of Aid – General Introduction» i EU State Aid Control – Law and Economics, Phillip Werner og Vincent Verouden (red.) (Wolters Kluwer 2016)

Hancher Leigh, Adrien de Hauteclocque og Francesco Maria Salerno (red.), State Aid and the Energy Sector (Hart 2018)

Hennig Martin, Frihandel med helseskadelige rus- og næringsmidler (Tromsø 2015)

Hofmann Herwig C. H. og Claire Micheau, State Aid Law of the European Union (Oxford 2016)

Hofmann Herwig C. H., «State Aid Review in a Multi-level System: Motivations for Aid, Why Control It, and the Evolution of State Aid Law in the EU» i State Aid Law of the European Union, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) (Oxford 2016)

Hreinsson Pall «General Principles» i The Handbook of EEA Law, Carl Baudenbacher (red.) (Springer 2015) side 349 – 389

Iammarino Simona, Andrés Rodriguez-Pose og Michal Storper, «Regional inequality in Europe: evidence, theory and policy implications» i Journal of Economic Geography vol 19 (2019) side 273 – 298

Ianus Ramona og Massimo Francesco Orzan, «Aid Subject to a Discretionary Assessment under Article 107(3) TFEU» i State Aid Law of the European Union, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) (Oxford 2016)

Iglesias Gil Carlos m.fl., EC State Aid Law – Le Droit des Aides d’Etat dans la CE: Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea (Wolters Kluwer 2008)

Jones Alison og Brenda Sufrin, EU Competition Law – Text, Cases, and Materials, 6. Utgave (Oxford 2016)

Jordan John, «Compatibility of regional aid systems with the Common Market», European Law Review (1976) side 236 – 242.

Kaupa Clemens «The More Economic Approach – a Reform based on Ideology?», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 (2009) s. 311- 322

Knoblich Michael, «E. Synopsis of Guidelines on regional State aid for 2007 and 2014» i *European State Aid Law – A Commentary*, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) (Berlin 2016)

Koenig Christian, «Where is State Aid Law heading to?» i *European State Aid Law Quarterly*, issue 4 (2014) side 611 – 613

Krugman Paul, *Geography and Trade* (Leuven 1991)

Lebeck Carl, «General Principles», i *The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration*, Carl Baudenbacher m.fl. (red.) (Hart Publishing 2014) side 253 – 262

López Juan Jorge Piernas, *The Concept of State Aid under EU Law – from internal market to competition and beyond* (Oxford 2015)

Lyu Shuping, Caroline Buts og Marc Jegers, «Comparing China’s Fair Competition Review System to EU State Aid Control», *European State Aid Law Quarterly* vol. 18 issue 1 (2019) s. 37 – 60

Mathijsen Pierre og Peter Dyrberg, *Mathijsen’s Guide to European Union Law*, 11. utgave (London 2013)

Mathisen Gjermund og Christian Jordal «Article 62 [Review of State aid through ESA and the Commission]» i *Agreement on the European Economic Area – A Commentary*, Arnesen m.fl. (red.) (Oslo 2018)

McCann Philip, *The Regional and Urban Policy of the European Union* (Cheltenham 2015)

Meij Arjen, «In Search of a Manifest Error: Dutch Complexities Between Certainties of the Law and Uncertainties of Economics», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 (2012) side 547 – 550

Mendes Joana, «Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing the limits of law» i *Common Market Law Review* nr. 53 (2016) side 419 – 452

Merchante Fernando Pastor, «On the Rules of Standing to Challenge State Aid Decisions Adopted at the End of the Preliminary Phase», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 (2012) side 601 – 610

Merola Massimo, «Regional Aid: Recent Trends and Some Historical Background – with special Focus on large Investment Projects», *European State Aid Law Quarterly* nr. 3 (2010) side 589 – 616

Mortelmans Kamiel, «Compensatory Justification Criterio in the Practice of the Commission in Decisions on State Aids», *Common Market Law Review*, issue 2 (1984) side 405 – 434

Myrdal Gunnar, *Economic Theory and Underdeveloped Regions* (1957)

Nicolaides Phedon, «Regional State Aid: An Assessment of Community Rules and National Measures», *European State Aid Law Quarterly* issue 4 (2003) side 543 – 551

Nicolaides Phedon, «The Compatability of State Aid with the Internal Market», *European State Aid Law Quarterly* vol 4 (2018) side 534 – 545

Ottaviano Gianmarco I.P. og Jacques-Francois Thisse «Integration, agglomeration and the political economics of factor mobility», *Journal of Public Economics* 83 (2002) side 429 – 456

Pesaresi Nicola m.fl. (red.), *EU Competition Law – Volume IV – State Aid – Book One* (Deventer 2016)

Poulsen Sune Troels, *Statsstøtteren i EU – mellem ligebehandling og påvirkning af konkurrencen* (København 2015)

Quigley Conor, *European State Aid Law and Policy*, 3. udgave (Oregon 2015)

Reisman David A. «Adam Smith on Market and State», *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, Vol 154, No. 2 (1998)

Rubini Luca, *The Definition of Subsidy and State Aid – WTO and EC Law in Comparative Perspective* (Oxford 2009)

Tim Maxian Rusche, «General Theory on Compatibility of State Aid» i *State Aid Law of the European Union*, Herwig C. H. Hofmann og Claire Micheau (red.) (Oxford 2016)

Rydelski Michael Sánchez «State Aid» i *The Handbook of EEA Law*, Carl Baudenbacher (red.) (Luxembourg 2016) side 575 – 603

Sarai Elin, *Arbeidsgiveravgift og grenseoverskridende arbeidsforhold* (Oslo 2012)

Schmauch Magnus, *EU Law On State Aid to Airlines* (Berlin 2012)

Schwalbe Ulrich, «Economic Principles of State Aid Control» i *European State Aid Law – A Commentary*, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) (Berlin/Brussel 2016) side 3 – 50

Sejersted Fredrik m.fl., *EØS-rett*, 3. utgave (Oslo 2011)

Serck-Hansen Jan, «Om det teoretiske grunnlaget for distriktspolitikken», *Sosialøkonomien* nr. 5 (1982) side 10 – 16

Sharpston Eleanor, «Effective Judicial Protection through Adequate Judicial Scrutiny – Some Reflections», *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 4, No. 6 (2013) side 453 – 454

Sinnaeve Adinda «State Aid Control: Objectives and Procedures» i *Understanding State Aid Policy in the European Community*, European Institute of Public Administration, Sanoussi Bilal og Phedon Nicolaides (red.) (Kluwer 1999)

Skoghøy Jens Edvin A. «Rett, politikk og moral – Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (1994) side 837 – 881

Skoghøy Jens Edvin, Rett og rettsanvendelse (Tromsø, 2018)

Smith Adam, An Inquiry into the Nature and Causes of the The Wealth Of Nations (1776)

Stefan Oana, Soft Law in Court – Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union (Wolters Kluwer 2012)

Stein Jonas, “The Striking Similarities between Northern Norway and Northern Sweden», Arctic Review on Law and Politics vol. 10 (2019) s. 79 – 102.

Säcker Franz Jürgen og Frank Montag, European State Aid Law – A Commentary (Berlin 2016)

Tridimas Takis, General Principles of EU Law, 2. utgave (Oxford 2006)

Verouden Vincent, «Chapter 20 – Smurfit Kappa» i Milestones in State Aid Case Law – EstAL’s First 15 Years in Perspective, Caroline Buts og José Luis Buendía Sierra (red.) (Berlin 2017) side 465 – 478

Wennerås Pål «Article 6 Homogeneity» i Agreement on the European Economic Area – A Commentary, Arnesen m.fl. (red.) (Oslo 2018) side 209 – 248

Werner Phillip, «B. Preliminary examination procedure» i European State Aid Law – A Commentary, Franz Jürgen Säcker og Frank Montag (red.) (Berlin 2016) side 1527

Werner Phillip og Vincent Verouden, EU State Aid Control – Law and Economics (Wolters Kluwer 2016)

Whish Richard og David Bailey, Competition Law, 9. utgave (Oxford 2018)

Wishlade Fiona, Regional State Aid and Competition Policy in the European Union (Kluwer 2003)

Wishlade Fiona, «Competition and Cohesion – Coherence or Conflict? European Union Regional State Aid Reform Post-2006», *Regional studies: Abingdon & spatial economic analysis*, Vol.42/5 (2008) s. 753 – 765

Wishlade Fiona, «To What Effect? The Overhaul of the Regional Aid Guidelines», *European State Aid Law Quarterly* nr. 4 (2013) side 659 – 675

Wishlade Fiona, «Another generation in Competition policy control of Regional development policy», *European Policy Research Paper* 14/5 (2015) side 16

Rettspraksis fra Høyesterett

Rt. 1977 s. 1035 *Sykejournaldommen*

HR-2015-2252-A

Rettspraksis fra EU-domstolen

Sak C-30/59 (ECLI:EU:C:1961:2) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*

Sak C-30/59 (ECLI:EU:C:1961:2) *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot High Authority of the European Coal and Steel Community.*

Sak C-25/62 (ECLI:EU:C:1963:17) *Plaumann & Co mot Kommisjonen*

Sak C-47/69 (ECLI:EU:C:1970:60) *Frankrike mot Kommisjonen*

Sak C-22/70 (ECLI:EU:C:1971:32) *Kommisjonen mot Rådet*

Sak C-70/72 (ECLI:EU:C:1973:87) *Kommisjonen mot Tyskland*

Sak C-120/73 (ECLI:EU:C:1973:152) *Lorenz*

Sak C-173/73 (ECLI:EU:C:1974:71) *Italia mot Kommisjonen*

Sak C-78/76 (ECLI:EU:C:1977:52) *Steinike og Weinlig*

Sak C-730/79 (ECLI:EU:C:1980:209) *Phillip Morris Holland BV mot Kommisjonen*

Sak C-248/84 (ECLI:EU:C:1987:437) *Tyskland mot Kommisjonen*

Sak C-310/85 (ECLI:EU:C:1987:96) *Deufil mot Kommisjonen*

Sak C-62/87 (ECLI:EU:C:1988:132) *Wallonia mot Kommisjonen*

Sak C-301/87 (ECLI:EU:C:1990:67)

Sak C-86/89 (ECLI:EU:C:1990:373) *Italia mot Kommisjonen*

Sak C-313/90 (ECLI:EU:C:1993:111) *CIRFS mot Kommisjonen*

Sak C-198/91 (ECLI:EU:C:1993:197) *William Cook plc mot Kommisjonen*

Sak C-225/91 (ECLI:EU:C:1993:239) *Matra SA mot Kommisjonen*

Sak C-387/92 (ECLI:EU:C:1994:100) *Banco Exterior de España*

Sak C-57/95 (ECLI:EU:C:1997:164) *Frankrike mot Kommisjonen*

Sak C-278/95 P (ECLI:EU:C:1997:240) *Siemens SA mot Kommisjonen*

Sak C-367/95 P (ECLI:EU:C:1998:165) *Kommisjonen mot Sytraval.*

Sak C-288/96 (ECLI:EU:C:2000:537) *Tyskland mot Kommisjonen*

Sak C-75/97 (ECLI:EU:C:1999:311) *Belgia mot Kommisjonen*

Sak C-372/97 (ECLI:EU:C:2004:434) *Italia mot Kommisjonen*

Sak C-156/98 (ECLI:EU:C:2000:467) *Tyskland mot Kommisjonen*

Sak C-351/98 (ECLI:EU:C:2002:530) *Spania mot Kommisjonen*

Sak C-113/00 (ECLI:EU:C:2002:507) *Spania mot Kommisjonen*

C-278/00 (ECLI:EU:C:2004:239) *Hellas mot Kommisjonen*

Sak C-409/00 (ECLI:EU:C:2003:92) *Spania mot Kommisjonen*

Sak C-91/01 (ECLI:EU:C:2004:244) *Italia mot Kommisjonen*

Forente saker 189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 til C-208/02 P og C-213/02 P
(ECLI:EU:C:2005:408) *Dansk Rødindustri m.fl. mot Kommisjonen*

Sak C-88/03 (ECLI:EU:C:2006:511) *Portugal mot Kommisjonen*

Sak C-110/03 (ECLI:EU:C:2005:223) *Belgia mot Kommisjonen*

Sak C-172/03 (ECLI:EU:C:2005:130) *Heiser*

Sak C-525/04 P (ECLI:EU:C:2007:698) *Spania mot Kommisjonen*

Forente saker C-75/05 P og C-80/05 P (ECLI:EU:C:2008:482) *Tyskland mot Kronofrance SA*

Sak C-250/05 P (ECLI:EU:C:2007:700) *Sniace SA mot Kommisjonen*

Sak C-390/06 (ECLI:EU:C:2008:224) *Nuova Agricast Srl mot Ministero delle Attività Produttive*

Forente saker C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P (ECLI:EU:C:2009:610)
GlaxoSmithKline Services Unlimited mot Kommisjonen

Sak C-333/07 (ECLI:EU:C:2008:764) *Société Régie Networks mot Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne*

Sak C-369/07 (ECLI:EU:C:2009:428) *Kommisjonen mot Hellas*

Forente saker C-402/07 og 432/07 (ECLI:EU:C:2007:619) *Sturgeon*

Sak C-441/07 P (ECLI:EU:C:2010:377) *Kommisjonen mot Alrosa Company Ltd*

Forente saker C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P (ECLI:EU:C:2011:368) *Comitato 'Venezia vuole vivere' m.fl. mot Kommisjonen*

Sak C-83/09 P (ECLI:EU:C:2011:341) *Kommisjonen mot Kronoply GmbH & Co. KG*

Sak C-272/09 P (ECLI:EU:C:2011:810) *KME Germany AG m.fl. mot Kommisjonen*

Sak C-464/09 P (ECLI:EU:C:2010:733) *Holland Malt BV mot Kommisjonen*

Sak C-544/09 P (ECLI:EU:C:2011:284) *Tyskland mot Kommisjonen.*

Forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:387) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen*

Sak C-224/12 P (ECLI:EU:C:2014:213) *Kommisjonen mot Nederland*

Sak C-274/12 P (ECLI:EU:C:2013:852) *Telefónica SA mot Kommisjonen*

Sak C-431/14 P (ECLI:EU:C:2016:145) *Hellas mot Kommisjonen*

Sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:577) *Dilly's Wellnesshotel GmbH*

Sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570) *Kotnik m.fl. mot Slovenia*

Sak C-415/15 P (ECLI:EU:C:2017:216) *Stichting Woonpunt m.fl. mot Kommisjonen*

Sak C-125/16 (ECLI:EU:C:2017:707) *Malta Dental Technologists Association*

Sak C-150/16 (ECLI:EU:C:2017:388) *Fondul Proprietatea SA*

Sak C-203/16 P (ECLI:EU:C:2018:505) *Dirk Andres mot Kommisjonen*

Sak C-245/16 (ECLI:EU:C:2017:521) *Neera SpA mot Regione Marche*

Sak C-300/16 P (ECLI:EU:C:2017:706) *Kommisjonen mot Frucona Košice a.s.*

Sak C-235/17 (ECLI:EU:C:2019:432) *Kommisjonen mot Ungarn*

Sak C-349/17 (ECLI:EU:C:2019:172) *Eesti Pagar AS mot Ettevõtlike Arendamise Sihtasutu*

Sak C-654/17 P (ECLI:EU:C:2019:634) *BMW mot Kommisjonen*

Rettspraksis fra Underretten

Sak T-459/93 (ECLI:EU:T:1995:100) *Siemens mot Kommisjonen*

Sak T-95/94 (ECLI:EU:T:1995:172) *Sytraval mot Kommisjonen*

Forente saker T-371/94 og T-394/94 (ECLI:EU:T:1998:140) *British Airways plc m.fl. mot Kommisjonen avsnitt 283*

Sak T-380/94 (ECLI:EU:T:1996:195) *AIUFFASS mot Kommisjonen*

Sak T-398/94 (ECLI:EU:T:1996:73) *Kahn Scheepvaart BV*

Forente saker T-126/96 og T-127/96 (ECLI:EU:T:1998:207) *BFM m.fl. mot Kommisjonen*

Forente saker T-132/96 og T-143/96 (ECLI:EU:T:1999:326)

Sak T-238/97 (ECLI:EU:T:1998:126) *Comunidad Autónoma de Cantabria mot Kommisjonen*

Forente saker T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-600/98 til T-607/97, T-1/98, T-3/98 til T-6/98 og T-23/98 (ECLI:EU:T:2000:151) *Alzetta m.fl. mot Kommisjonen*

Sak T-126/99 (ECLI:EU:T:2002:116) *Graphischer Maschinenbau GmbH mot Kommisjonen*

Sak T-206/99 (ECLI:EU:T:2001/101) *Métropole Télévision SA mot Kommisjonen*

Sak T-190/00 (ECLI:EU:T:2003:316) *Regione Siciliana mot Kommisjonen*

Forente saker T-254/00, T-270/00 og T-277/00 (ECLI:EU:T:2008:537) *Hotel Cipriani SpA mot Kommisjonen*

Sak T-27/02 (ECLU:EU:T:2004:348) *Kronofrance SA mot Kommisjonen*

Sak T-171/02 (ECLI:EU:T:2005:219) *Regione autonoma della Sardegna mot Kommisjonen*

Sak T-357/02 (ECLI:EU:T:2011:376) *Freistaat Sachsen mot Kommisjonen*

Sak T-349/03 (ECLI:EU:T:2005:211) *Corsica Ferries France SAS mot Kommisjonen*

Sak T-375/03 (ECLI:EU:T:2007:293) *Fachvereinigung Mineralfaserindustrie e. V. mot Kommisjonen*

Sak T-388/03 (ECLI:EU:T:2009:30) *Deutsche Post AG mot Kommisjonen*

Sak T-348/04 (ECLI:EU:T:2008:109) *SIDE mot Kommisjonen*

Sak T-211/05 (ECLI:EU:T:2009:304) *Italia mot Kommisjonen*

Sak T-21/06 (ECLI:EU:T:2009:387) *Tyskland mot Kommisjonen*

Sak T-162/06 (ECLI:EU:T:2009:2) *Kronoply GmbH & Co. KG mot Kommisjonen*

Sak T-177/07 (ECLI:EU:T:2010:233) *Mediaset SpA mot Kommisjonen*

Forente saker T-267/08 og T-279/08 (ECLI:EU:T:2011:209) *Region Nord-Pas-de-Calais mot Kommisjonen*

Sak T-304/08 (ECLI:EU:T:2012:351) *Smurfit Kappa Group mot Kommisjonen*

Forente saker T-394/08, T-408/08, T-453/08 og T-454/08 (ECLI:EU:T:2011:493) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen*

Forente saker T-115/09 og T-116/09 (ECLI:EU:T:2012:76) *Electrolux AB mot Kommisjonen*

Sak T-379/09 (ECLI:EU:T:2012:422) *Italia mot Kommisjonen*

Sak T-251/11 (ECLU:EU:T:2014:1060) *Østerrike mot Kommisjonen*

Sak T-319/11 (ECLI:EU:T:2014:186) *ABN Amro Group NV*

Sak T-488/11 (ECLI:EU:T:2014:497) *Sarc mot Kommisjonen*

Sak T-162/13 (ECLI:EU:T:2016:341) *Magic Mountain Kletterhallen GmbH mot Kommisjonen*

Sak T-671/14 (ECLI:EU:T:2017:599) *BMW mot Kommisjonen*

Sak T-68/15 (ECLI:EU:T:2018:563) *HH Ferries I/S m.fl. mot Kommisjonen*

Sak T-284/15 (ECLI:EU:T:2018:950) *AlzChem AG mot Kommisjonen*

Sak T-356/15 (ECLI:EU:T:2018:439) *Østerrike og Luxembourg mot Kommisjonen*

Sak T-631/15 (ECLI:EU:T:2018:944) *Stena Line Scandinavia AB mot Kommisjonen*

Opinions

Generaladvokat Flynn's opinion i sak C-84/82 (ECLI:EU:C:1984:28) *Tyskland mot Kommisjonen*

Generaladvokat Jacobs' opinion i sak C-269/90 (ECLI:EU:C:1991:317) *Technische Universität München*

Generaladvokat Cosmas' opinion i sak C-83/98 P (ECLI:EU:C:1999:577) *Frankrike mot Ladbroke Racing m.fl*

Generaladvokat Geelhoeds opinion i sak C-278/00 (ECLI:EU:C:2003:494) *Hellas mot Kommisjonen*

Generaladvokat Tizzanos opinion i sak C-12/03 P (ECLI:EU:C:2004:318) *Kommisjonen mot Tetra Laval BV avsnitt 89.*

Generaladvokat Légers opinion i sak C-40/03 P (ECLI:EU:C:2005:93) *Rica Foods (Free Zone) NV mot Kommisjonen*

Generaladvokat Bots opinion i forente saker C-75/05 P og C-80/05 P *Tyskland mot Kronofrance*

Generaladvokat Bots opinion i forente saker C-630/11 P til C-633/11 P (ECLI:EU:C:2013:194) *Regione autonoma della Sardegna m.fl. mot Kommisjonen avsnitt 53 – 66*

Generaladvokat Wahls opinion i sak C-493/14 (ECLI:EU:C:2016:174) *Dilly's Wellnesshotel GmbH*

Generaladvokat Wahls opinion i sak C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:102) *Kotnik m.fl.*

Rettspraksis fra EFTA-domstolen

Sak E-2/94 *Scottish Salmon Growers Association Limited mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 1994-1995 side 59

Sak E-4/97 *Den norske Bankforening mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 1999 side 1

Sak E-3/98 *Rainford-Towning*, EFTA Ct. Rep. 1998 side 205

Sak E-6/98 *Norge mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 1999 side 74

Sak E-8/00 *LO*, EFTA Ct. Rep. 2002 side 114

Forente saker E-5/04, E-6/04 og E-7/04 *Fesil ASA og Finnfjord Smelteverk AS mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2005 side 117

Sak E-3/05 *ESA mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2006 side 102

Sak E-2/06 *EFTAs overvåkningsorgan mot Norge*, EFTA Ct. Rep. 2007 side 164

Sak E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2008 side 62

Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal*, EFTA Ct. Rep. 2008 side 259

Sak E-9/12 *Island mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2013 side 454

Sak E-1/13 *Míla ehf mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2014 side 4

Sak E-19/13 *Konkurrenten.no AS mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2015 side 52

Sak E-23/14 *Kimek Offshore AS mot EFTAs overvåkningsorgan*, EFTA Ct. Rep. 2014 side 412

Sak E-28/15 *Jabbi*, EFTA Ct. Rep. 2016 side 575

Rapporter og utredninger

Rapport of the Heads of Delegation to the Ministers of Foreign Affairs, Brussel 21. April 1956 (tilgjengelig på https://www.cvce.eu/content/publication/1997/10/13/4dd69921-433b-4bc0-acec-808f72fec9ae/publishable_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «First General Report on the Activities of the Communities» av 12. februar 1968 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/efe33680-e3c7-4f53-8de7-98733c6965a2>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens "Second General Report on the Activities of the Communities» av 11 februar 1969 (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/31346/1/GEN_RPT_2nd_1968_1.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «Report on the Regional Problems in the Enlarged Community» COM(73) 550 final av 2. mai 1973, Bull EC, Supp 8/73

Kommisjonens «Tenth Report on Competition Policy» 1980 (Tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1980_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Committee for the study of economic and monetary union, «Report on economic and monetary union in the European Community», Luxembourg, 17. April 1989 (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «14th Report on Competition Policy» av 18. mars 1990 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3c93e6fa-934b-4fb9-b927-dc9fed71ccfe/language-en>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «23rd Report on Competition Policy» 1993 (tilgjengelig på <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/7db4a243-39f3-4ba4-a5b7-1cb48f8ca6d3/language-en>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «1st Report on Cohesion Policy» 1996 (tilgjengelig på http://aei.pitt.edu/42144/1/1st_social_cohesion.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

«Regionale og distriktspolitiske effekter av differensiert arbeidsgiveravgift – En rapport fra 'Effektutvalget'» Oslo, desember 2002, side 61 (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/red/2004/0047/ddd/pdfv/168012-effektutvalgetunderveisrapport.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019).

Ådne Cappelen og Lasse Sigbjørn Stambøl, «Virkinger av å fjerne regionale forskjeller i arbeidsgiveravgiften og noen mulige mottiltak» (SSB Notater 2003/31), (tilgjengelig på https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/notat_200331/notat_200331.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019).

NHO, «Snøhvit og andre eventyr – ringvirkninger av olje- og gassaktiviteten i nord», 2006 (tilgjengelig på http://www.aksjonsprogrammet.no/vedlegg/Snohvit_12des.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019-

Elisabeth Angell, Stig Karlstad og Ivar Lie, «NORUT Rapport 2011:6 – Problemstillinger om differensiert arbeidsgiveravgift i nord». (tilgjengelig gjennom <https://norut.no/nb/publications/problemstillinger-om-differensiert-arbeidsgiveravgift-i-nord>, sist sjekket 1. oktober 2019).

Ramboll, Final Report 2012 – Ex-post Evaluation of the Regional Aid Guidelines 2007-2003 (tilgjengelig på <https://www.uokik.gov.pl/download.php?id=986>, sist sjekket 1. oktober 2019).

Kommunal- og regionaldepartementets rapport av 27. juni 2013 (revidert 1. juli 2013) «Distriktsindeksen 2013 – metode, datakilder og kvalitetssikring», (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/a68496278db445a9bbf85a7ccb54c143/distriktsindeksen-2013---metode-datakilder-og-kvalitetssikring-rev.-1.7.2013.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Pierre-Philippe Combes og Tanguy van Ypersele, *The role and effectiveness of regional investment aid – The point of view of the academic literature*, Luxembourg 2013

Norconsult AS, «Regionalt Differensiert Arbeidsgiveravgift RDA i sone 4a (Bodø og Tromsø kommuner) – Sannsynliggjøring av sammenheng mellom viktige utviklingstrender og endring av RDA i 2014» (tilgjengelig på <https://www.custompublish.com/getfile.php/2548564.1308.aauvpxqqr/2014-02-17+Rapport+Regionalt+Differensiert.pdf?force=1&3&>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Report for the hearing in Case E-23/14 (tilgjengelig på <https://lovdata.no/pro/#document/NLX6/eu/62014rh0023>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens «Investment for jobs and growth; Promoting development and good governance in EU regions and cities; Sixth Report on Economic, Social and Territorial

Cohesion» av 23. juli 2014, (tilgjengelig på http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/cohesion6/6cr_en.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

OECD Regional Development Working Papers 2014/05 «What Makes Cities More Productive? Evidence on the Role of Urban Governance from Five OECD Countries» (tilgjengelig på <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jz432cf2d8p-en.pdf?expires=1568884607&id=id&accname=guest&checksum=90BA455122C4A4C2B55E3D24BEBEFBAD>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Hans W. Friederiszick og Massimo Merola, «Regional state aid control in Europe: A legal and economic assessment», *ESMT Working Paper*, No. 15-05, tilgjengelig på <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/125142/1/842131930.pdf> (sist sjekket 1. oktober 2019)

Joakim Blix Prestmo, Birger Strøm og Hilde Karoline Midsem, «Ringvirkninger av petroleumsnæringer i norsk økonomi», *SSB Rapporter 2015/8* (tilgjengelig på <https://www.ssb.no/nasjonalregnskap-og-konjunkturer/artikler-og-publikasjoner/attachment/218398?ts=14b82bba2f0>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Hildegunn Stokke «Regional payroll tax cuts and individual wages: Heterogeneous effects across education groups» *Working paper*, 2016 (tilgjengelig på http://www-sre.wu.ac.at/ersa/ersaconfs/ersa16/Paper169_HildegunnStokke.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommisjonens Competition DG, «State Aid Scoreboard 2017: Results, trends and observation regarding EU28 State Aid expenditure reports for 2016», Brussel 2017 (tilgjengelig på https://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/state_aid_scoreboard_%202017.pdf, sist sjekket 19. september 2019)

OECD (2017), *OECD Territorial Reviews: Northern Sparsely Populated Areas*, OECD Publishing, Paris. (tilgjengelig på <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264268234->

[en.pdf?expires=1568884039&id=id&accname=ocid195681&checksum=A34C731A125D6CCA32B32B382EE6AE6A](https://www.regjeringen.no/contentassets/32B32B382EE6AE6A), sist sjekket 1. oktober 2019)

Kommunal- og regionaldepartementets utkast til rapport om «Distriktsindeksen – gjennomgang og sammensetning og vektning av indikatorer» sendt til uttalelse til kommuner og fylkeskommuner i slutten av 2017 (tilgjengelig på https://www.regjeringen.no/contentassets/9dc1e3258bad46f0bc911b02e7131c30/distriktsindeksen_utkast_uttalelse.pdf, sist sjekket 1. oktober 2019)

Even Høydahl, SSB Notater 2017/40 «Ny sentralitetsindeks for kommunene» SSB Notater 2017/40 (tilgjengelig på <https://www.ssb.no/befolkning/artikler-og-publikasjoner/attachment/330194?ts=15fdd63c098>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Hyejin Ku, Uta Schönberg og Ragnhild C. Schreiner, «How Do Firms Respond To Place-Based Tax Incentives?», *NBER Working Paper No. 25115*, September 2018 (tilgjengelig på <https://www.nber.org/papers/w25115.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Samfunnsøkonomisk Analyse, «Evaluation of the regionally differentiated social security contributions in Norway – Report 26-2018» (Tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/7acc75557158472ba2760bf738f0eda2/evalueringsrapport.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Asplan Viak, «Gjennomgang av distriktsindeksen», 18. februar 2019, (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/contentassets/11537c5824b6444e88b702f5af9fb1b1/utkast---gjennomgang-distriktsindeks.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019).

Nettsider og annet

Dokument nr. 15 – Bind II (2005 – 2006) – Spørsmål til skriftlig besvarelse med svar

Kommunaldepartementets pressemelding av 13. mars 2014 «Regjeringen foreslår at flere kommuner får differensiert arbeidsgiveravgift» (tilgjengelig på

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/Regjeringen-foreslar-at-flere-kommuner-far-differensiert-arbeidsgiveravgift-/id753007/>, sist sjekket 1. oktober 2019)

Pressemelding fra Kommisjonen av 7. januar 2019: «State aid: Commission to prolong EU State aid rules and launch evaluation» (tilgjengelig på http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-182_en.htm, sist sjekket 1. oktober 2019).

Pressemelding fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet av 12. mai 2015 (tilgjengelig på <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/styrker-forutsigbarheten-i-kommunereformen/id2410857/>, sist sjekket 1. oktober 2019).

ESAs brev av 19. juni 2017, «Foreign undertaking excluded from differentiated social security tax in 2007 (complaint)» (tilgjengelig på <http://www.eftasurv.int/media/uncategorized/Foreign-undertaking-excluded-from-differentiated-social-security-tax-in-2007.pdf>, sist sjekket 1. oktober 2019)

NRK Trøndelag, 9. mai 2019, «Ny storkommune fikk massiv hyllest – nå kan den rives i stykker», tilgjengelig på <https://www.nrk.no/trondelag/den-nye-storkommunen-orkland-fikk-massiv-hyllest--na-kan-den-rives-i-stykker-av-arbeidsgiveravgift-1.14544496> (sist sjekket 1. oktober 2019)

Side	Avsnitt	Original tekst	Rettes til
20	1	Kommisjonene	Kommisjonen
24	1	rettstilstalden	rettstilstanden
25	tekstboks	Avgiftsnivået er som følger: Sone 1	(slettet)
31	Fotnote 94	, for thamending	(slettet)
38	3	problematisk	problematiske
40	3	2024	2023
42	3	domstolens	domstolenes
46	1		(overflødig mellomrom slettet)
47	1	bestemmelsen	Bestemmelsen
48	1		det (tilføyd)
51	2		er (tilføyd)
67	1	Slik	Slike
77	1		vil (tilføyd)
89	2	tilføyelsen	tilføyelsen
94	2	generelt	(slettet)
97	Fotnote 306	.	Jf.
100	2	for	(slettet)
102	2	av	(slettet)
133	3	<i>Propapier</i>	<i>Smurfit Kappa</i>
133	3	<i>Propapier</i>	<i>Smurfit Kappa</i>
138	1	gjelder	gjelde
266	3	omoderat mlegging	moderat omlegging

