



Risør kommune
Postboks 158
4952 RISØR

Vår referanse: 24/01069-2
Ansvarlig advokat: Stig Eidissen
Deres referanse:

Dato: 12.06.2024

Statsstøtterettslig vurdering knyttet til forvaltning av tomtefesteavtaler

1. Sammendrag

Risør kommune er bortfester av flere tomter. I 2017 vedtok bystyret at næringsfester kan innløses på samme vilkår som bolig- og fritidsfester etter tomtefesteloven § 37. Vilkårene for dette er at innløsningsprisen er 25 ganger årlig festeavgift (justert etter konsumprisindeksen). Kommunen har bedt om å få utredet om innløsning på disse vilkårene innebærer ulovlig offentlig støtte.

Som det fremgår av vurderingen nedenfor, beror svaret på om en slik innløsning utgjør ulovlig offentlig støtte på den enkelte festekontrakt og virksomheten til den enkelte fester.

Innløsning på vilkårene fra 2017-vedtaket vil normalt være gunstigere enn vanlige markedsvilkår, og derfor utgjøre en økonomisk fordel i statsstøtterettslig forstand. Forutsatt at det foreligger en økonomisk fordel, vil det sentrale spørsmålet i denne saken deretter bli om tilførsel av fordelen kan forstyrre konkurransen og samhandelen i EØS-området. Dette vil for det første bero på hva slags (om noen) næringsaktivitet festeren driver. For det andre vil det bero på størrelsen på den økonomiske fordelen.

Disse vilkårene for når et offentlig tiltak utgjør offentlig støtte er til dels skjønnsmessige, og det kan derfor være vanskelig å gi en sikker konklusjon. Når det gjelder de søknader om innløsning av fester som kommunen nå skal ta stilling til, er det ut fra de forelagte opplysninger en viss risiko for at innløsning av festekontrakten til Buvikveien 21 AS på vilkårene fra 2017-vedtaket vil utgjøre ulovlig offentlig støtte. For innløsning av festekontrakten til Sørlandet Feriesenter AS' fremstår det svært lite sannsynlig at innløsning av festekontrakten på vilkårene fra 2017-vedtaket kan utgjøre ulovlig offentlig støtte.

2. Kort om saksforholdet vurderingen bygger på

Risør kommune er bortfester av flere tomter. I 2017 vedtok bystyret at næringsfester kan innløses på samme vilkår som bolig- og fritidsfester etter tomtefesteloven § 37. Vilkårene for dette er at innløsningsprisen er 25 ganger årlig festeavgift (justert etter konsumprisindeksen).

Kommunen har mottatt to søknader om innløsning av festeavtaler. Kommunen har opplyst at det er tale om næringsfester. Den ene som har søkt om innløsning, er Buvikveien 21 AS. Buvikveien 21 AS har søkt om

innløsning av til sammen tre festetomter. Den andre som har søkt om innløsning er Sørlandet Feriesenter AS, da for ett enkeltstående tomtefeste.

Vurderingen bygger ellers på dokumentasjon oversendt av kommunen. Dersom det viser seg at faktum er annerledes enn det jeg har lagt til grunn i vurderingen i det videre, kan dette også påvirke riktigheten av konklusjonene.

3. Rettslig vurdering

3.1. Generelt om sakens rettslige sider

Spørsmålet Risør kommune ønsker vurdert, er i hvilken utstrekning innløsning av næringsfester basert på vedtaket i 2017-vedtaket innebærer ulovlig offentlig støtte. Svaret på dette spørsmålet beror til dels på hva kommunen avtalerettslig er forpliktet til overfor festerne. Som jeg kort begrunner nedenfor, legger jeg til grunn for denne vurderingen at kommunen *ikke* er avtalerettslig forpliktet overfor den enkelte fester til å godta søknader om innløsning på vilkårene fra 2017-vedtaket.

Hvorvidt innløsning av festekontrakter ellers kan utgjøre ulovlig offentlig støtte, beror på en konkret vurdering av om vilkårene i statsstøttebegrepet er oppfylt. Jeg redegjør derfor generelt for statsstøttebegrepet nedenfor, og foretar en konkret vurdering av de søknadene om innløsning kommunene i dag har til behandling.

Når det gjelder generelle krav til eiendoms- og økonomiforvaltningen, er det etter kommuneloven § 14-1 første ledd et grunnleggende krav at kommuner forvalter økonomien slik «at den økonomiske handleevnen blir ivaretatt over tid». Det er presisert i forarbeidene at bestemmelsen «markerer idealet om en sunn og langsiktig økonomiforvaltning», jf. Prop.46 L (2017-2018) s. 380. Samtidig klargjør forarbeidene at bestemmelsen ikke er egnet for noen lovlighetskontroll, og at det skal svært mye til for å kunne fastslå at et vedtak rettslig sett vil være i strid med generalbestemmelsen (samme sted s. 184).

Offentlig eiendom må også generelt forvaltes i tråd med i tråd med god forvaltningsskikk, jf. blant annet HR-2021-2510-A Elsparkesykkeldommen avsnitt 56. Det alminnelige kravet til god forvaltningsskikk kan også innebære en viss plikt til effektiv ressursbruk. Det er nok på samme måte som for § 14-1 første ledd en høy terskel for å konstatere eventuelt brudd på god forvaltningsskikk i denne sammenheng.

Et overordnet poeng i denne sammenheng er at det forhold at noe er statsstøtterettslig lovlig, ikke betyr i seg selv at det er verken nødvendig eller hensiktsmessig. Det offentlige bør generelt vurdere hvordan man kan oppnå de ønskede formål med så lite ressursbruk som mulig. Dette kan også være viktig av hensyn til andre aktører i kommunen, særlig eventuelle konkurrenter til foretak som mottar offentlige midler.

3.2. Avtalerettslige forutsetninger for min vurdering

En sentral forutsetning for den statsstøtterettslige vurderingen, er om kommunen er avtalerettslig forpliktet overfor den enkelte fester til å godta søknader om innløsning på vilkårene som følger av 2017-vedtaket. Jeg legger til grunn at kommunen ikke har inngått noen særskilt avtale med den enkelte fester utover å fastsette det generelle vedtaket i 2017. Etter alminnelige norske regler om avtalebinding, kan dette

vedtaket kun få avtalerettslige konsekvenser for kommunen dersom vedtaket gir avtalemotpartene rimelig grunn til å tro at kommunen har avtalerettslig bundet seg til de vedtatte innløsningsvilkår.

Vedtaket er i utgangspunktet nærliggende å oppfatte som en vedtatt policy for kommunen selv. Festerne har ikke gitt noen motytelse i forbindelse med vedtaket. Etter min vurdering er det derfor liten grunn til å tro at vedtaket i seg selv ga festerne rimelig grunn til å tro at kommunen forpliktet seg til en innløsningspris på 25 ganger årlig festeavgift.

Jeg går ikke noe nærmere inn i spørsmålet om eventuell avtalebinding her. Dette kan jeg vurdere nærmere dersom det er ønskelig. Jeg forutsetter for den videre vurdering at kommunen ikke er avtalerettslig forpliktet overfor den enkelte fester til å godta søknader om innløsning på vilkårene i 2017-vedtaket.

3.3. Statsstøtterettslig vurdering av mulig innløsning

3.3.1. Generelt om statsstøtteregelverket

EØS-avtalen artikkel 61 (1) fastsetter en generell hovedregel som forbyr offentlig støtte (omtales vekselvis som statsstøtte). Som offentlig støtte regnes tiltak som oppfyller følgende vilkår.

- (1) Tiltaket må innebære en økonomisk fordel for mottakeren (fordelsvilkåret)
- (2) Tiltaket må være gitt av det offentlige eller av offentlige midler (statsmidlerkriteriet)
- (3) Mottaker av den økonomiske fordelten må anses som et foretak (foretaksvilkåret)
- (4) Tiltaket må begunstige enkelte foretak (selektivitetsvilkåret)
- (5) Tiltaket må vri eller true med å vri konkurransen (konkurransesvridningsvilkåret)
- (6) Tiltaket må være egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området (samhandelsvilkåret)

Alle vilkår må være oppfylt for at et tiltak er offentlig støtte, og dermed er forbudt. Vilråene er stort sett nokså vide, og dersom et offentlig tiltak først innebærer en økonomisk fordel til et foretak i som deltar i grenseoverskridende konkurranse, skal det generelt lite til for at de øvrige vilråene er oppfylt.

Ved næringsdrivendes innløsning av festekontrakter er det i første rekke fordelsvilkåret og samhandelsvilkåret som kan være tvilsomt. Dersom disse vilkår først er oppfylt, er det liten grunn til å tro at øvrige vilkår ikke er oppfylt. Jeg skal derfor redegjøre nærmere for disse to vilkår, og vurdere om vilråene kan være oppfylt knyttet til de to søknadene kommunen nå skal behandle.

Statsstøtteregelverket bygger på et generelt forbud mot å iverksette statsstøtte. Dersom et tiltak er å anse som statsstøtte, vil det i utgangspunktet være omfattet av notifikasjonsplikten og iverksettelsesforbudet etter støtteprosessloven §§ 4 og 5. Dette gjelder imidlertid ikke dersom det foreligger unntak fra notifikasjonsplikten. Mulige unntak fra notifikasjonsplikten er det ikke nødvendig å gå inn i her.

3.3.2. Nærmere om vilrået om økonomisk fordel

Vilkåret om at tiltaket må innebære en økonomisk fordel for støttmottakeren følger av at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 61 taler om tiltak som «begunstiger» enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer.

Så lenge man står overfor et offentlig tiltak som kan sammenlignes med et tiltak truffet av en ikke-offentlig markedsaktør, er det den såkalte markedsaktørtesten som avgjør om det foreligger en økonomisk fordel, jf. blant annet sak C-127/16 P SNCF Mobilités avsnitt 158. Og dersom markedsaktørtesten kommer til anvendelse, så foreligger det kun en økonomisk fordel i statsstøttebegrepets forstand dersom mottakeren klart ikke ville oppnådd en tilsvarende fordel fra en privat aktør (se blant annet forente saker C-331/20 P mfl. Volotea avsnitt 113).

Når kommunen vurderer innløsning av en festetomt, er det tale om en disposisjon som gjøres innenfor rammen av et kontraktsforhold. Det er tale om en disposisjon som kan sammenlignes med et tiltak truffet av en ikke-offentlig markedsaktør. Markedsaktørprinsippet vil derfor komme til anvendelse for slike disposisjoner. Det innebærer at det kun foreligger en økonomisk fordel dersom kommunen godtar innløsning av festekontrakten på vilkår som *klart* avviker fra det en normalt forsiktig markedsaktør ville gjort.

En normalt forsiktig markedsaktør må generelt kunne antas å godta innløsning av en bortfestet eiendom til en pris som tilsvarer tomtens markedsverdi. Lengden av gjenstående festekontrakt kan spille inn i vurderingen.

Hvorvidt et tiltak kan anses tilstrekkelig markedsmessig til ikke å utgjøre en økonomisk fordel, beror også på det offentliges fremgangsmåte ved fastsettelsen av vilkårene i en avtale. Dersom det offentlige skaffer et forsvarlig grunnlag for å vurdere markedsverdien og sin egen forhandlingsposisjon, og opptrer på en forsvarlig måte for å ivareta sin posisjon best mulig, vil det sjelden være grunnlag for å si at de endelige vilkår avviker fra det en normalt forsiktig markedsaktør ville godtatt.

Det er av kommunen opplyst at Sørlandet Feriesenter AS sin festetomt har en markedsverdi på kr. 100 000, mens innløsning på 2017-vilkårene gir en pris på kr. 20 000. Videre har Buvikveien 21 AS sine tre festetomter en samlet markedsverdi på kr. 3 800 000 (med dagens regulering), og kr. 16 000 000 (under forutsetning av at eiendommene omreguleres til bolig). I begge disse tilfellene synes altså innløsning på 2017-vilkårene å medføre en fordel som selskapene som fester tomtene ikke ville fått under normale markedsforhold.

Når det gjelder størrelsen på fordelene, er denne i utgangspunktet kr. 80.000 for Sørlandet Feriesenter AS. For Buvikveien 21 AS er størrelsen på den økonomiske fordelene mer uklar. Kommunen har etter det opplyste innhentet takst som forutsetter en bestemt regulering. Antakelig vil det mest presise i dette tilfellet, være å innhente en takst basert på sannsynligheten for omregulering til bolig, hvor man gjør et visst fratrekk for risikoen for et negativt utfall i en reguleringsprosess.

Jeg har ikke grunnlag for å gå nærmere inn i den eksakte størrelsen av den økonomiske fordelene knyttet til innløsning av festeavtalene på vilkårene i 2017-vedtaket.

3.3.3. Nærmere om vilkåret om påvirkning av samhandelen

Samhandelsvilkåret krever at et tiltak må være *egnet til å påvirke samhandelen* i EØS-området for å utgjøre statsstøtte. Det at et støttebeløp er lite, eller at foretaket som mottar støtten er lite, utelukker ikke at

tiltaket kan være egnet til å påvirke samhandelen. Dersom et tiltak styrker et foretak som konkurrerer mot andre foretak i andre EØS-land, er dette normalt tilstrekkelig for å konstatere påvirkning på samhandelen.¹

Samtidig tilsier nyere rettspraksis at for tiltak med hovedsakelig lokal effekt, er vilkåret om påvirkning på samhandelen ikke oppfylt dersom virkningen ikke er mer **enn marginal** (se Underrettens sak T-728/17 *Marinvest* avsnitt 103–104 og også sak T-582/20 *Ighoga* avsnitt 169).

Generelt vil påvirkningen av samhandelen ta utgangspunkt i den (eventuelle) økonomiske fordel tiltaket innebærer. Spørsmålet blir deretter om tilføringen av denne økonomiske fordelen, er egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området. Sentralt i denne vurderingen er hva slags virksomhet støttemottaker driver. Dette innebærer at dersom innløsning av et tomtefeste først utgjør en økonomisk fordel i statsstøtterettslig forstand, vil det bero på hva slags næringsvirksomhet støttemottaker driver om tiltaket er egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området. Det er i denne sammenheng nødvendig å være oppmerksom på at dersom fester er et aksjeselskap som inngår i et konsern, er det normalt konsernet som sådan som må vurderes som støttemottaker.

Selv om små støttebeløp i seg selv ikke utelukker at samhandelen kan påvirkes, har EØS-retten vanligvis regler for bagatellmessig støtte. Disse er imidlertid per dags dato utløpt. Frem til 31. desember 2023 fulgte det imidlertid av forordningen om bagatellmessig støtte at tiltak under en samlet beløpsgrense på 200 000 EUR over en treårsperiode, som ellers oppfylte vilkårene i forordningen, ikke ble ansett for å påvirke konkurransen og samhandelen. Den nye EU-forordningen øker denne grensen til 300 000 EUR. Når den nye EU-forordningen tas inn i EØS-avtalen og gjennomføres i norsk rett, kan denne brukes for å yte lovlig bagatellstøtte i forbindelse med innløsning av tomtefeste. Per dags dato må imidlertid spørsmålet om mulig påvirkning på samhandelen løses ut fra en tolkning av samhandelsvilkåret i EØS-avtalen artikkel 61.

Vurderingen av påvirkning på samhandelen må gjøres konkret.

Når det gjelder innløsningen til Sørlandet Feriesenter AS er det etter mitt syn svært lite sannsynlig at en økonomisk fordel i størrelsesorden kr. 80 000 kan være egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området. Støttebeløpet er svært lite, og virksomheten driver en økonomisk aktivitet som synes å være svært lokal.

Når det gjelder innløsningen til Buvikveien 21 AS, fremgår det av offentlig tilgjengelige opplysninger at selskapet er heleid av Tetre AS. Selskapet inngår derfor i et konsern, slik at Tetre AS, inkludert sine underliggende selskaper, må anses som støttemottaker. Tetre AS fremstår å være heleier eller medeier i en rekke andre selskaper, dels eiendomsselskaper, og dels andre investeringer. Jeg har ikke foretatt noen fullstendig gjennomgang av selskapets økonomiske aktivitet. Ut fra de nevnte opplysningene her, fremstår det å være en mulighet for at selskapet anses å drive i en viss **grenseoverskridende konkurranse**. Spørsmålet er imidlertid usikkert. Den eventuelle økonomiske fordelen ved en innløsning på vilkårene fra 2017-vedtaket må antas å ha en verdi et sted mellom nærmere **MNOK 4 og MNOK 16**. Dette er også et støttebeløp som kan være tilstrekkelig til at samhandelen kan påvirkes. Dette er imidlertid også noe usikkert, og beror både på en nærmere vurdering av selskapets aktiviteter, og hva støttebeløpet mer presist må anses å være. Ut fra de forelagte opplysninger fremstår det samlet sett å være **en viss risiko** for at innløsning av

¹ ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet punkt 192.

festeavtalen på vilkårene fra 2017-vedtaket kan oppfylle samhandelsvilkåret. Spørsmålet kan vurderes grundigere ved behov. Det er i så fall naturlig å innhente en uavhengig verdivurdering som tar høyde for reguleringsrisiko. Det er imidlertid ikke gitt at en grundigere vurdering vil redusere den rettslige tolkningsusikkerheten i nevneverdig grad.

3.4. Oppsummering

På bakgrunn av gjennomgangen ovenfor er det svært lite sannsynlig at en eventuell innløsning av festekontrakten av Sørlandet Feriesenter AS på vilkårene fra 2017-vedtaket oppfyller alle seks vilkår for å utgjøre statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61.

Det er en viss risiko for at en eventuell innløsning av de tre festekontraktene til Buvikveien 21 AS oppfyller alle seks vilkår for å utgjøre statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61.

4. Konsekvensen av at det er gitt ulovlig offentlig støtte gjennom innløsning

Som nevnt er det ikke sannsynlig at de mulige innløsninger som jeg har vurdert her, vil utgjøre statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61. Kommunen har imidlertid også ønsket beskrevet de rettslige konsekvensene av at det eventuelt skjer en tildeling av ulovlig offentlig støtte gjennom innløsning av festeavtaler. Som det fremgår av punkt 3.1, kan dette generelt foreligge dersom alle seks vilkår i statsstøttebegrepet er oppfylt. Herunder må vilkårene for innløsning være klart gunstigere enn det enn normalt forsiktig markedsaktør ville godtatt i kommunens sted.

Statsstøtte er som nevnt i utgangspunktet notifikasjonspliktig og underlagt et iverksettelsesforbud etter støtteprosessloven §§ 4 og 5. Samtidig må det vurderes om det forelå et unntak fra notifikasjonsplikten etter forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte. Det er først dersom støttetiltaket ikke hadde et slikt unntak fra notifikasjonsplikten, at tildelingen utgjør et brudd på iverksettelsesforbudet. Det har imidlertid formodningen mot seg at støtte tildelt uten en nærmere vurdering på forhånd, skal oppfylle noe unntak fra notifikasjonsplikten.

Kommuner som iverksetter ulovlig statsstøtte, er pliktig å tilbakeføre den ulovlige støtten etter støtteprosessloven § 12. Et vedtak om tilbakeføring er et enkeltvedtak etter forvaltningsloven, og må være forsvarlig saksbehandlet i forkant. Herunder må man foreta en forsvarlig og korrekt vurdering av hvor stort beløp som utgjør ulovlig offentlig støtte. Dette er generelt krevende når støtten består av et brudd på markedsaktørtesten i en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det normale er at selve støtteelementet kreves tilbakeført, og at avtalen ellers blir stående, jf. HR-2023-1807-A avsnitt 88. Støttemottaker kan imidlertid etter omstendighetene gjøre gjeldende i en egen sak at kontraktsforpliktelsene er endret som følge av tilbakeføringsplikten. Dette vil antakelig kun gjelde i den utstrekning en slik endring av kontraktsforpliktelsene ikke går på bekostning av en effektiv tilbakeføring av ulovlig støtte, jf. HR-2023-1807-A avsnitt 89. Hva dette konkret innebærer, kan være krevende å ta stilling til, og jeg går derfor ikke nærmere inn i dette her.

Det følger av støtteprosessloven § 14 at støttegiveren kun kan fatte enkeltvedtak etter § 12 med krav om tilbakeføring av ulovlig støtte i «inntil tre år etter at støtten ble tildelt. Tildelingstidspunktet er generelt det tidspunkt støttemottakeren fikk *rett* på å motta støtten. EØS-tilsynet ESA kan på sin side innlede saker om tilbakeføring av ulovlig støtte i opptil ti år etter at støtten ble tildelt, jf. ODA protokoll 3 del II artikkel 15. I

tilfeller hvor det offentlige er avskåret fra å kreve tilbakeføring på grunn av treårsfristen, kan det være grunn til å vurdere å gjøre ESA oppmerksom på saken. Dersom støttebeløpet er innenfor reglene for bagatellstøtte, fremstår dette generelt som unødvendig. Det samme må etter mitt syn normalt også gjelde hvor det ikke er sannsynlighetsovervekt for at alle seks vilkår i statsstøttebegrepet er oppfylt. Dette bør imidlertid vurderes konkret i den enkelte sak.

Med vennlig hilsen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Stig Eidissen'.

Stig Eidissen
advokat

Telefon: +47 99264876

E-post: stig.eidissen@ks.no