



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 7. november 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster  
dommer Erik Thyness  
dommer Knut Erik Sæther  
dommer Are Stenvik  
dommer Christian Lund

**HR-2024-2041-A, (sak nr. 23-179307SIV-HRET)**  
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 6. oktober 2023

Frogn kommune

(advokat Per Andreas Bjørgan)

KS – Kommunesektorens organisasjon  
(partshjelper)

(advokat Frode Lauareid)

mot

Fitness Group Nordic AS

X

Family Sports Club AS

(advokat Svein Terje Tveit – til prøve)  
(Rettslig medhjelper:  
advokat Andreas Nordby)

## S T E M M E G I V N I N G

(1) Dommer **Lund:**

**Sakens spørsmål og bakgrunn**

- (2) Saken gjelder spørsmålet om driftstilskudd Frogn kommune ga til et kommunalt foretak utgjør ulovlig statsstøtte.
- (3) Drøbak Frogn Idrettsarena KF er et kommunalt foretak i Frogn kommune. Foretaket driver Bølgen bad & aktivitetssenter, som er et bade- og treningsanlegg som ligger ved Seiersten idrettspark. Bølgen treningssenter er en del av anlegget og det kommunale foretaket.
- (4) Bølgen bad & aktivitetssenter skulle etter planen åpne i januar 2018, men åpnet først i juni 2019. På grunn av den utsatte åpningen vedtok kommunestyret driftstilskudd til Bølgen treningssenter for 2019 med 3 200 000 kroner. Tilskuddet ble ført som såkalt negativt fond.
- (5) Anlegget, inkludert Bølgen treningssenter, måtte i mars 2020 stenge som en følge av covid-19-pandemien. Kommunen dekket driftsunderskuddet i Bølgen treningssenter også for 2020.
- (6) Kommunen engasjerte i 2021 konsultentselskapet BDO for å gjøre en gjennomgang og vurdering av fremtidig lønnsomhet i Bølgen treningssenter. BDO avga sin rapport 3. februar 2022. BDO anbefalte at kommunen ga ytterligere driftstilskudd til Bølgen treningssenter, i første omgang for 2021 og 2022.
- (7) I styremøte 9. februar 2022 i Drøbak Frogn Idrettsarena KF ble det vedtatt å søke om driftsstøtte for Bølgen treningssenter for regnskapsårene 2021 og 2022 med til sammen 10 600 000 kroner. Kommunestyret godkjente i møte 16. februar 2022 søknaden og fattet følgende vedtak:
- «1. Det gis driftstilskudd til Drøbak Frogn idrettsarena KF for å dekke utgiftene i treningssenteret:
    - a. Med 5,104 millioner kroner for 2021
    - b. Med 5,5 millioner kroner for 2022
    - c. Samlet tilskudd på 10,604 dekkes av disposisjonsfondet med angitt beløp i hhv 2021 og 2022
  - 2. Et eventuelt driftsoverskudd i treningssenteret for 2022 skal tilbakeføres til Frogn kommune gjennom en avregning på opparbeidede underskudd (negativt fond) i treningssenteret.»
- (8) Driftstilskuddene ble senere redusert til det som viste seg å bli de faktiske underskuddene, henholdsvis 3 870 000 kroner for 2021 og 2 341 000 kroner for 2022, slik at samlet tilskudd utgjør 6 211 000 kroner.
- (9) Driftstilskuddet for 2021 ble pre-notifisert til EFTAs overvåkingsorgan (ESA) som støtte forenelig med EØS-avtalen i henhold til artikkel 61 nr. 2 og nr. 3. Driftstilskuddet for

2022 ble meldt til ESA under EUs gruppeunntaksforordning nr. 651/2014 (GBER) artikkel 55 om støtte til sportsinfrastruktur.

- (10) Fitness Group Nordic AS, Family Sports Club AS og X – heretter i hovedsak omtalt som «treningssentrene» – gikk 4. mai 2022 til søksmål mot Frogn kommune der det ble gjort gjeldende at kommunen hadde gitt ulovlig statsstøtte til Bølgen treningscenter. I dom 13. januar 2023 fra Follo og Nordre Østfold tingrett ble kommunen frifunnet, og saksøkerne ble dømt til å betale sakens kostnader.
- (11) Treningssentrene anket dommen til Eidsivating lagmannsrett, som 6. oktober 2023 avsa dom med følgende domsslutning:
- «1. Frogn kommunes tildeling av tilskudd til dekning av driftsunderskudd for 2021 og 2022 i Drøbak Frogn Idrettsarena KF avdeling Bølgen Trening, utgjør brudd på iverksettelsesforbudet etter EØS-avtalen artikkel 61 og er ulovlig.
  2. Frogn kommune dømmes til å betale erstatning til Fitness Group Nordic AS med 200 000 – tohundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
  3. Frogn kommune dømmes til å betale erstatning til Family Sports Club AS med 250 000 – tohundreogfemtitusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
  4. Frogn kommune dømmes til å betale erstatning til A med 75 000 – syttifemtusen – kroner innen 2 to – uker fra forkynnelse av dommen.
  5. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Frogn kommune til Fitness Group Nordic AS, Family Sports Club AS og A 1 236 690 – enmilliontohundreogtrettisekstusensekshundreogtretti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.
  6. Hver av partene bærer egne sakskostnader for tingretten.»
- (12) Dommen er avsagt under dissens. Flertallet mente at kommunens tildeling av støtte ikke hadde grunnlag i en støtteordning som eksisterte før EØS-avtalen trådte i kraft. Tilskuddet for 2021 var iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet i støtteprosessloven § 5. Tilskuddet for 2022 var ulovlig fordi det ikke oppfylte kravet om incentiveeffekt i GBER artikkel 6. Mindretallet mente at driftstilskuddene var gitt under en eksisterende støtteordning og dermed var lovlig.
- (13) Frogn kommune har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen.
- (14) Under behandlingen for Høyesterett har KS – Kommunesektorens organisasjon opptrådt som partshjelper for Frogn kommune, jf. tvisteloven § 15-7. Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO), Hovedorganisasjonen Virke og staten v/Nærings- og fiskeridepartementet har inngitt skriftlige innlegg for å belyse allmenne interesser, jf. tvisteloven § 15-8.

### Partenes syn på saken

- (15) *Frogn kommune* har i hovedsak gjort gjeldende følgende:
- (16) Det må skilles mellom tre ulike disposisjoner som er foretatt på ulikt grunnlag og til ulike tidspunkter: (i) dekning av foretakets forpliktelser i løpet av 2021, (ii) vedtak om tilskudd til dekning av driftsunderskudd for 2021 og (iii) vedtak om tilskudd til dekning av driftsunderskudd for 2022. Ingen av disposisjonene utgjør statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Kommunens tiltak for å opprettholde driften svarer til det man kan anta at en rasjonell privat eier ville ha gjort i en tilsvarende situasjon. Vilkåret om samhandelseffekt er heller ikke oppfylt.
- (17) Tilskuddene fra kommunen har uansett blitt gitt under en støtteordning som er eldre enn EØS-avtalen. Iverksettelsesforbudet gjelder ikke for slike eksisterende støtteordninger. Kommuner kan ikke gå konkurs, og det kan ikke tas utlegg i deres eiendeler. Kommunal drift innebærer at kommunen har ubegrenset ansvar for alle forpliktelser og underskudd i kommunal virksomhet skal dekkes av kommunens midler. Disposisjonene kommunen foretok for å opprettholde driften ligger innenfor – og er en følge av – de rettslige rammene for kommunal virksomhet.
- (18) Dersom en eller flere av kommunens disposisjoner skulle anses som ny statsstøtte, foreligger det ikke brudd på iverksettelsesforbudet, jf. støtteprosessloven § 5. Driftstilskuddet for 2021 er vedtatt, men ikke utbetalt. Bølgen treningssenter har dermed ikke fått et ubetinget tilsagn om støtte, jf. HR-2023-1807-A *Boligbygg* avsnitt 58. Driftstilskuddet for 2022 ble gitt i henhold til GBER. Bølgen bad & aktivitetssenter er «sportsinfrastruktur» etter gruppeunntaket. Driftsstøtten har insentiveffekt i henhold til artikkel 6 ettersom treningssenteret søkte om støtte før den støtteberettigede aktiviteten ble utført.
- (19) *Frogn kommune* har lagt ned følgende påstand:
- «1. *Frogn kommune* frifinnes.
  2. *Frogn kommune* tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (20) *Fitness Group Nordic AS, X og Family Sports Club AS* har i hovedsak gjort gjeldende:
- (21) Lagmannsretten fant det bevist at verken BDO eller kommunen foretok noen markedsaktørtest som viste at driftstilskuddene i Bølgen treningssenter ville være markedsmessige. Tilskuddene fra kommunen ble håndtert som offentlig støtte. Lagmannsretten la dermed til grunn at det forelå en økonomisk fordel. Høyesterett skal ikke prøve lagmannsrettens bevisvurdering. Lagmannsrettens rettsanvendelse er korrekt. Det er uansett ikke markedsmessig med løpende lån, ettergivelse av gjeld og tilskudd til et foretak som er i vedvarende økonomiske vanskeligheter og som ikke har mulighet til å betjene opparbeidet gjeld.
- (22) Tilskuddene er egnet til å påvirke samhandelen mellom partene til EØS-avtalen. Terskelen for å konstatere samhandelseffekt er lav. Bølgen treningssenter har både aktuelle og potensielle konkurrenter med grenseoverskridende virksomhet.

- (23) Kommune­lov­giv­ning­en er ingen rettsakt som etablerer en støtteordning for å gi tilskudd til kommunal næringsvirksomhet. Tilskuddene kommunen har gitt Bølgen trenings­sen­ter er uansett ikke basert på konkursimmuniteten. Støtten kommunen har gitt trenings­sen­teret er derfor ikke basert på en eksisterende støtteordning.
- (24) Kommunens støtte for 2021 er iverksatt og dermed i strid med støtteprosessloven § 5. Støtten ble iverksatt ved kommunens vedtak om tildeling i februar 2022. På dette tidspunktet var tilskuddene for driftsåret 2021 allerede gitt og forbrukt. At kommunen valgte å regnskapsføre tilskuddet som ikke utbetalt, kan ikke være avgjørende og åpner for omgøelser.
- (25) Driftstilskuddet for 2022 utgjør ikke lovlig støtte etter GBER artikkel 55. Bølgen trenings­sen­ter utgjør ikke «sportsinfrastruktur». Vil­kåret om insentiveffekt er heller ikke oppfylt. Støtten gjaldt hele driftsåret 2022 og søknaden ble dermed inngitt etter at aktiviteten var startet, jf. GBER artikkel 6.
- (26) Ankemotpartene har nedlagt følgende påstand:
- «1. Anken forkastes.
  2. Fitness Group Nordic AS, Family Sports Club AS og X tilkjennes saks­kostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.»
- (27) *KS – Kommunesektorens organisasjon* har sluttet seg til de synspunktene Frogn kommune har gjort gjeldende. Det er nedlagt følgende påstand:
- «1. Frogn kommune vert frifunnen
  2. KS vert tilkjent saks­kostnader»
- (28) *Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO)* har i sitt skriftlige innlegg særlig fremhevet at et standpunkt om at kravene på tilskudd er basert på konkursimmunitet som en eksisterende støtteordning, vil kunne ha uheldige samfunnsmessige konsekvenser. En slik forståelse vil ha stor betydning for konkurransen mellom offentlige og private virksomheter og vil gjøre statsstøttereglene mindre effektive.
- (29) *Hovedorganisasjonen Virke* har i sitt skriftlige innlegg i hovedsak sluttet seg til ankemotpartenes syn.
- (30) *Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet* har i sitt skriftlige innlegg vist til at ESA foreløpig har konkludert med at norske kommuners konkursimmunitet er å anse som en eksisterende støtteordning. Ved parallell behandling har EU-domstolen slått fast at nasjonale domstoler i kraft av lojalitetsplikten og hensynet til effektiv håndhevelse av støttereguleringen skal respektere konklusjonene i Kommisjonens vurderinger av om det foreligger statsstøtte eller ikke. Staten reiser derfor spørsmål om Høyesterett av hensyn til kompetansefordelingen mellom ESA og norske domstoler bør legge til grunn de konklusjonene som fremgår av ESAs brev fra 2015.

## Mitt syn på saken

### *Oversikt over statsstøttereguleringene*

- (31) EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 har følgende ordlyd:
- «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.»
- (32) Bestemmelsen gjelder som norsk lov, se EØS-loven § 1.
- (33) For at det skal foreligge ulovlig offentlig støtte etter artikkel 61 nr. 1 må seks kumulative vilkår være oppfylt: (i) Støtten må være gitt av offentlige midler, (ii) mottakeren må drive EØS-rettslig økonomisk aktivitet (foretaksbegrepet), (iii) støtten må utgjøre en økonomisk fordel, (iv) støtten må begunstige enkelte foretak (selektivitetskravet), (v) støtten må vri eller true med å vri konkurransen og (vi) støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. De vilkårene det er uenighet om i denne saken er vilkåret om at støtten må utgjøre en økonomisk fordel og vilkåret om at støtten må være egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene.
- (34) Hvordan statsstøttereguleringene håndheves er regulert av blant annet protokoll 3 til avtale 2. mai 1992 mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA). Dette regelverket er nå gjennomført i støtteprosessloven. Støttegiveren skal sende melding om ny offentlig støtte til ESA før støtten iverksettes, jf. støtteprosessloven § 4 første ledd. Støtten kan ikke iverksettes før ESA har godkjent støtten, se § 5.
- (35) Etter støtteprosessloven § 4 andre ledd gjelder ikke notifikasjonsplikten for blant annet støtte som var iverksatt før EØS-avtalen trådte i kraft, såkalt eksisterende støtte. Slik støtte kan iverksettes uten å vente på ESAs godkjennelse.
- (36) Det er bare ESA som har myndighet til å godkjenne støttetiltak, jf. ODA protokoll 3 del II artikkel 3. Nasjonale domstoler har imidlertid myndighet til å håndheve iverksettelsesforbudet, herunder ved et privat søksmål, jf. Prop. 212 L (2020–2021) kapittel 10. Det er også sikker rett at nasjonale domstoler kan ta stilling til erstatningskrav fra konkurrenter av støttemottakeren som følge av brudd på iverksettelsesforbudet. I disse sammenhengene kan det være nødvendig for de nasjonale domstoler å ta prejudisielt stilling til om vilkårene for støtte i artikkel 61 nr. 1, er oppfylt.

### *Kommunelovgivningen som en eksisterende støtteordning?*

#### *Innledning*

- (37) Frogn kommune gjør gjeldende at det rettslige rammeverket for kommunal virksomhet utgjør en eksisterende støtteordning og at tilskuddene til Bølgen treningssenter er gitt i henhold til denne støtteordningen. I så fall foreligger det ikke noen notifikasjonsplikt til ESA og heller ikke noe brudd på iverksettelsesforbudet.

*EØS-rettslig rammeverk*

- (38) Som nevnt tidligere skal alle planer om å gi «ny offentlig støtte» meldes til ESA av den berørte EFTA-staten, og slik støtte kan ikke iverksettes før ESA har godkjent støtten, se støtteprosessloven § 4 og § 5 og ODA protokoll 3 del II artikkel 2 og 3. I artikkel 1 bokstav c er «ny støtte» definert som all støtte som ikke er «eksisterende støtte». Dette sistnevnte begrepet er definert i bokstav b som blant annet «all støtte som eksisterte før EØS-avtalen trådte i kraft i vedkommende EFTA-stat, dvs. støtteordninger og individuell støtte som var iverksatt før og som fortsatt gjelder etter EØS-avtalens ikrafttredelse». Begrepet «støtteordning» er definert i bokstav d som følger:

«[E]nhver rettsakt som uten at det kreves ytterligere gjennomføringstiltak danner grunnlaget for tildeling av enkeltvis støtte til foretak bestemt på en generell og abstrakt måte, og enhver rettsakt som kan danne grunnlaget for tildeling av støtte til ett eller flere foretak på ubestemt tid og/eller for et ubestemt beløp, uten at støtten er knyttet til et bestemt prosjekt».

- (39) Definisjonene gir begrenset veiledning om hva som skal anses som en eksisterende støtteordning. I EU-domstolens dom 9. august 1994 i sak C-44/93 *Namur* avsnitt 28 uttales det på generell basis at spørsmålet om støtte skal klassifiseres som ny støtte eller endring i eksisterende støtte, må avgjøres «by reference to the provisions providing for it». Støtten må dermed være basert på og gitt i henhold til den eksisterende støtteordningen. Slik jeg ser på saken er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de to alternative formene for støtteordning som bestemmelsen oppstiller.

*Kommunelovgivningen*

- (40) Det følger av kommuneloven § 29-1 andre ledd at en kommune ikke kan tas under konkursbehandling. Det kan heller ikke tas utlegg eller arrest i eiendelene til en kommune, se § 29-1 første ledd. Samtidig hefter kommuner ubegrenset for alle forpliktelser de påtar seg. Dette inkluderer forpliktelsene til et kommunalt foretak, som ikke er et eget rettssubjekt, men en del av kommunen, jf. kommuneloven § 9-1. Som det er uttalt i Prop. 46 L (2017–2018) side 350 innebærer dette «reelt sett en generalgaranti for den økonomiske virksomheten som foregår i kommunen».
- (41) Det skal utarbeides regnskap for hvert kommunale foretak, som skal bestå blant annet av driftsregnskap og balanseregnskap, se kommuneloven § 14-6 første og andre ledd. I kommuneloven § 14-12 er det regler om inndekning av merforbruk i kommunale foretak. Foretaket skal dekke inn et merforbruk i driftsregnskapet året etter at det oppstod, se første ledd. Dersom dette ikke fullt ut gjøres, skal resterende beløp overføres fra kommunekassen til foretaket i budsjettet for det andre året etter at merforbruket oppsto, se andre ledd første setning. Hvis merforbruket i foretaket likevel ikke er dekket inn etter dette, skal kommunekassen overføre resterende beløp i budsjettet for påfølgende år, se andre ledd andre og tredje setning. Både regnskapsføringen og inndekningen av merforbruk er etterfølgende regnskapsoperasjoner som følge av at regnskapet ikke gjelder en egen juridisk enhet og at merforbruket allerede er dekket løpende av kommunen som dens egne forpliktelser.

*Er kommunelovgivningen en eksisterende støtteordning?*

- (42) Konkursimmuniteten for kommuner har eksistert siden 1927 og gjenfinnes nå – som nevnt – i kommuneloven § 29-1. Det er dermed en regel som er betydelig eldre enn EØS-avtalen. Dersom kommunenes konkursimmunitet er en eksisterende støtteordning, vil støtte gitt i henhold til ordningen ikke utgjøre ny støtte. Iverksettelsesforbudet vil da ikke få anvendelse.
- (43) I brev 15. desember 2015 fra ESA til Nærings- og fiskeridepartementet gjorde ESA en vurdering av blant annet kommunelovgivningen opp mot støtteregelverket i EØS-avtalen. ESAs undersøkelser ble igangsatt etter reglene for eksisterende støtte, jf. ODA protokoll 3 del II artikkel 17. ESA fremhevet at konkursimmuniteten ville gi bedre lånevilkår og andre forretningsvilkår for den kommunale enheten. ESAs foreløpige konklusjon var at konkursimmuniteten utgjorde en eksisterende støtteordning, og at den ikke var forenelig med EØS-avtalen artikkel 61 eller 59.
- (44) ESAs undersøkelser er foreløpig ikke avsluttet. Nærings- og fiskeridepartementet nedsatte en arbeidsgruppe for å vurdere blant annet om det norske regelverket var i samsvar med EØS-avtalens regler om offentlig støtte. Arbeidsgruppen ble ledet av professor Erling Hjelmeng ved Universitetet i Oslo og fremla sin rapport – *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører* – i 2018. I rapporten konkluderte arbeidsgruppen med at kommunens konkursimmunitet ikke kunne anses som en generell støtteordning, da spørsmålet om det foreligger en fordel må vurderes nærmere etter markedsaktørprinsippet og også må påvises konkret, se rapporten side 154.
- (45) Jeg trenger ikke å ta stilling til om kommunenes konkursimmunitet utgjør en eksisterende støtteordning. Det skyldes – som jeg kommer til nå – at jeg uansett mener at de tilskuddene som er gitt i saken her, ikke er gitt i henhold til denne ordningen.

*Er driftstilskuddene i saken gitt i henhold til kommunelovgivningen?*

- (46) Jeg tar utgangspunkt i at det offentlige – også kommuner – står fritt til å starte og drive økonomisk aktivitet, jf. EØS-avtalen artikkel 125 om at avtalen ikke skal berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten.
- (47) Det er også klart at tilskudd til en offentlig drevet økonomisk virksomhet kan utgjøre tilskudd under en eksisterende støtteordning. Et eksempel er her EFTA-domstolens dom 22. august 2011 i sak E-14/10 *Konkurrenten.no*. Saken gjaldt spørsmålet om betydelige tilskudd fra Oslo kommune til AS Oslo Sporveier og AS Sporveisbussene utgjorde ulovlig offentlig støtte. Tilskuddene ble gitt i henhold til bestemmelsen i den nå opphevede samferdselslova 1976 § 24 a, som bestemte at fylkeskommunene hadde ansvaret for å gi tilskudd til drift av lokale rutesamband. EFTA-domstolen mente at i den grad tilskudd fra Oslo kommune ble gitt for å finansiere driften av ikke-lønnsomme bussruter, var det korrekt å anse slike tilskudd som eksisterende støtte, se avsnitt 74 i dommen.
- (48) I saken fra EFTA-domstolen var tilskuddene gitt i henhold til en særskilt lovbestemt støtteordning om drift av lokale rutesamband. Det er en annen situasjon enn i saken her, der etablering og drift av den økonomiske aktiviteten ikke skjer som ledd i en særskilt støtteordning.



- (49) Frogn kommune valgte å starte en økonomisk aktivitet ved å etablere et treningssenter. En slik etablering skjer ikke i kraft av konkursimmuniteten eller andre regler i kommunelovgivningen. Kommunen må ved etableringen av næringsvirksomhet følge EØS-avtalens regler om statsstøtte. Det har kommunen også gjort i saken her. Tingretten har rettskraftig avgjort at kommunen gjorde tilfredsstillende og forsvarlige markedsmessige vurderinger i forbindelse med etableringen av treningssenteret, og at det ikke ble gitt noen økonomisk fordel i den forbindelse.
- (50) Når det gjelder støtte under foretakets drift, er denne i saken her knyttet til tilskudd for å muliggjøre videre drift av foretaket. Dette er støtte av en annen type enn de fordelene et kommunalt foretak eventuelt oppnår ved gunstigere lånevilkår eller andre forretningsvilkår som følger av kommunenes ubegrensede ansvar og konkursimmunitet.
- (51) For likviditetsstøtten som ble gitt gjennom 2021 har Frogn kommune vist til at denne er forankret i kommuneloven § 14-1 tredje ledd om at økonomiforvaltningen i kommunen skal gjøres slik at betalingsforpliktelse kan innfris ved forfall. Den løpende understøttelsen er derfor en del av den eksisterende støtteordningen.
- (52) Dette kan ikke føre frem. At forpliktelse skal betales ved forfall er en alminnelig kontraktsrettslig regel. Det er ikke noe som er særegent for kommuner, og det er ikke en konsekvens av konkursimmuniteten.
- (53) Vedtakene om driftstilskudd fra Frogn kommune til Bølgen treningssenter ble fattet i februar 2022. På det tidspunkt hadde kommunen – noe forenklet – valget mellom å videreføre eller nedlegge driften. Hvis kommunen besluttet å legge ned virksomheten ville kommunens ubegrensede ansvar og konkursimmuniteten medført at alle fordringshaverne hadde fått full dekning.
- (54) Alternativet var å fortsette driften, som var det kommunen besluttet å gjøre. Denne beslutningen hadde – på samme måte som den tidligere beslutningen om å etablere treningssenteret – ikke sitt grunnlag i konkursimmuniteten eller andre bestemmelser i kommunelovgivningen.
- (55) Dette gjelder særlig klart for driftstilskuddet for perioden etter at driftstilskuddet ble vedtatt i februar 2022. Ved å beslutte videre drift av treningssenteret pådro kommunen seg ansvar for fremtidige forpliktelser. Dette er ikke en følge av kommunelovgivningens regler om konkursimmunitet eller ubegrenset ansvar.
- (56) Konklusjonen må være den samme for driftstilskuddet for 2021. Gjennom 2021 dekket kommunen de løpende forpliktelsene til Bølgen treningssenter. Dette etablerte en gjeldspost i foretakets regnskap overfor kommunen. Driftstilskuddet for 2021 innebar at det ble overført kapital for å gjøre opp denne gjelden – først som et lån og deretter ved motregning hvis ESA godkjenner tilskuddet. Dette ble gjort for å redusere Bølgen treningssenters gjeldsbelastning, for derved å legge til rette for videre drift. Heller ikke dette er gjort som en konsekvens av reglene om konkursimmunitet i kommunelovgivningen.
- (57) Frogn kommune har vist til kommuneloven § 14-12, der det er bestemmelser om inndekning av merforbruk i kommunale foretak. Jeg kan ikke se at reglene her endrer

vurderingene. Reglene i kommuneloven kapittel 14 er, som jeg har vært inne på tidligere, i hovedsak regler om regnskapsføring og økonomiforvaltning. Reglene synliggjør driftsunderskudd i kommunale foretak og gir regler om hvordan dette skal inndekkes. Regnskapsføringen er etterfølgende posteringer av disposisjoner som er foretatt. De tilskuddene Frogn kommune har gitt, er ikke gjort i henhold til kommuneloven § 14-12. De er, som nevnt, gjort for å tilrettelegge for videre drift.

- (58) Jeg er etter dette kommet til at driftstilskuddene gitt fra Frogn kommune til Drøbak Frogn Idrettsarena KF ikke er gitt under en eksisterende støtteordning.
- (59) Det må etter dette vurderes om det er gitt støtte som er uforenelig med EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. De omtvistede spørsmålene er om driftstilskuddene utgjør en økonomisk fordel og om støtten er egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Hvis disse spørsmålene besvares bekreftende, må det vurderes om støtten er gitt på lovlig måte etter statsstøttereglene.

***Er det gitt en økonomisk fordel etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1?***

*EØS-rettslig rammeverk*

- (60) For å avgjøre om et tilskudd av offentlige midler til et foretak utgjør offentlig støtte, er det utviklet et *markedsaktørprinsipp*. Prinsippet innebærer at det skal gjøres en vurdering av om investeringer foretatt av det offentlige er gjort på markedsmessige vilkår eller ikke. Markedsaktørprinsippet er anvendelig når det offentlige opptrer som eier eller investor, og ikke i egenskap av offentlig myndighet, se EU-domstolens dom 17. november 2022 i forente saker C-331/20 P *Volotea SA* og C-343/20 P *easyJet Airline Co. Ltd.* avsnitt 108 og EU-domstolens storkammerdom 5. juni 2012 i sak C-124/10 P *EDF* avsnitt 79 og 81.
- (61) Markedsaktørprinsippet kan være anvendelig selv om den offentlige myndigheten da den ga tilskuddet behandlet det som offentlig støtte og på det tidspunktet ikke påberopte markedsaktørprinsippet, se *Volotea/easyJet*-dommen avsnitt 116 og EU-domstolens dom 16. mars 2016 i sak T-103/14 *Frucona Košice* avsnitt 116 og 117.
- (62) I de forente sakene *Volotea* og *easyJet* er markedsaktørprinsippet formulert som følger i avsnitt 113:
- «Hvad navnlig angår anvendelsen af princippet om den private aktør i en markedsøkonomi i et givet tilfælde følger det af Domstolens faste praksis, at dette indebærer, at Kommissionen efter en samlet vurdering, der tager hensyn til alle de relevante forhold i den foreliggende sag, skal godtgøre, at den eller de virksomheder, der drager fordel af den pågældende statslige foranstaltning, klart ikke ville have opnået en tilsvarende fordel fra en privat aktør, der normalt anses for forsigtig og omhyggelig, og som befinder sig i en situation, der ligger så tæt som muligt på den situation, som den pågældende stat befinder sig i, og som handler under sædvanlige markedsvilkår.»
- (63) Det sentrale er altså om mottakeren klart ikke ville ha oppnådd en tilsvarende fordel fra en privat aktør. I avsnitt 114 er det presisert at vurderingstemaet er om fordelene, da den ble gitt, «kunne anses for at fremstå som økonomisk, forretningsmessig og finansielt rasjonell,

henset til de kortsigtede og langsigtede rentabilitetsperspektiver samt til de andre forretningsmessige eller økonomiske interesser, som den omfattede».

- (64) Markedsaktørtesten knytter seg til grunnlaget for tiltaket og må vurderes i et *forhåndsperspektiv*. Ved gjennomføring av markedsaktørtesten kan man derfor bare bygge på informasjon som var tilgjengelig og prognoser som kunne forutses på tidspunktet for tilføringen av fordelene, se EDF-dommen avsnitt 105. Dette innebærer at markedsaktørtesten normalt må gjennomføres *før* fordelene tildeles, se avsnitt 83 i EDF-dommen. Hvis det ikke er gjennomført forutgående vurderinger vil ikke det være avgjørende i seg selv, men fraværet av slike vurderinger kan være et vesentlig element som kan tyde på at markedsaktørtesten ikke er oppfylt, se EU-domstolens dom 10. desember 2020 i sak C-160/19 P *Comune di Milano* avsnittene 113 og 117.
- (65) Der det er ESA eller EU-kommisjonen som reiser sak om mulig ulovlig støtte, følger det av avsnitt 84 i EDF-dommen at den offentlige aktøren må fremlegge bevis for at beslutningen var «basert på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rasjonel privat investor, som befinner seg i en situation, som ligger så tætt som mulig på den situation, som nevnte medlemsstat befinner seg i, under de foreliggende omstendigheter ville have utført inden at foretage en sådan investering med henblik på å fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering». Dersom slike bevis fremlegges, er det ESA som må sannsynliggjøre at det foreligger en fordel som omhandlet i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, jf. avsnitt 111 i *Volotea/easyJet*-dommen referert til ovenfor.
- (66) De ovenstående dommene sier ikke noe om hvor omfattende den offentlige enhets vurderinger i forkant av investeringen må være for at markedsaktørtesten skal være oppfylt. Dette vil avhenge av blant annet kompleksiteten og verdien av den aktuelle transaksjonen, se ESAs «Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area» fra 18. januar 2017, avsnitt 79, note 133. Samme sted står det at vurderingene normalt bør utføres med bistand fra sakkyndige og at vurderinger gjort av uavhengige eksperter kan bidra til å bekrefte troverdigheten av vurderingene.
- (67) Ved søksmål for norske domstoler om erstatningskrav for brudd på statsstøttereglene gjelder vanlige prosessregler, inkludert regler om bevisbyrde og beviskrav. Det er imidlertid en forutsetning at det såkalte effektivitetsprinsippet oppfylles. De nasjonale prosessreglene må derfor ikke gjøre det uforholdsmessig vanskelig eller praktisk umulig å utøve de rettighetene EØS-retten gir, jf. ESAs retningslinjer for nasjonale domstolers statsstøttekontroll (254/09/COL) avsnitt 67 med videre henvisninger.

*Hva skal omfattes av fordelsvurderingen?*

- (68) Det følger av det jeg har sagt ovenfor at det først må avgjøres om Frogn kommune opptrådte som eier – og ikke som offentlig myndighet – i det kommunale foretaket, slik at markedsaktørprinsippet er anvendelig. Dersom dette besvares bekreftende må det vurderes om kravene etter markedsaktørtesten er oppfylt.
- (69) Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at Frogn kommune opptrådte som eier og ikke som offentlig myndighet ved etableringen og driften av treningssenteret. Det er som nevnt rettskraftig avgjort at Frogn kommune ved etableringen av treningssenteret gjorde

tilfredsstillende og forsvarlige markedsmessige vurderinger som oppfylte markedsaktørtesten. Spørsmålet er dermed om kommunen i den videre driften av treningssenteret – og ved beslutninger om ytterligere tilskudd til senteret – har gitt det kommunale foretaket økonomiske fordeler som en privat eier i en tilsvarende situasjon klart ikke ville gitt. Gitt den økonomiske utviklingen i treningssenteret, må man ta stilling til på hvilke tidspunkter kommunen måtte vurdere videre kapitalbidrag til senteret, hvor grundige slike vurderinger måtte være og hvilke kvalitative krav som må stilles til beslutningsgrunnlaget.

- (70) Saken her gjelder tre ulike disposisjoner. Den første er den løpende understøttelsen av driften av Bølgen treningssenter som skjedde gjennom 2021. De to andre er vedtakene fra februar 2022 om driftstilskudd for henholdsvis 2021 og 2022.
- (71) Disposisjonene henger nøye sammen. Som jeg har redegjort for tidligere, medførte den løpende understøttelsen av driften gjennom 2021 at det oppstod en gjeldspost overfor kommunen i foretakets regnskap. Gjennom de to vedtakene om tilskudd i februar 2022 ble denne gjelden slettet og ny kapital ble gjort tilgjengelig for å dekke forventet underskudd på driften i 2022. Dette ble gjort for å legge til rette for videre drift.
- (72) Som nevnt er det sentrale spørsmålet som skal besvares på grunnlag av markedsaktørprinsippet om det kommunale foretaket klart ikke ville ha oppnådd en tilsvarende fordel fra en privat aktør. I saken her er det et spørsmål om en privat aktør klart ikke ville ha skutt inn tilsvarende kapitalbeløp for å videreføre driften. Dette må som nevnt vurderes i et forhåndsperspektiv. Hvorvidt beslutningene i ettertid viste seg å være tapsbringende, er irrelevant.
- (73) Jeg minner også om at Bølgen treningssenter drives i et kommunalt foretak, slik at Frogn kommune har ubegrenset ansvar for foretakets forpliktelser. Sammenligningen må derfor gjøres opp mot en privat aktør som også har ubegrenset ansvar for driften i virksomheten. Dette innebærer at spørsmålet om videre drift av virksomheten vil skje på grunnlag av om foretaket kan forventes å gi markedsmessig avkastning *fremover i tid*. Virksomhetens tidligere resultater er uten betydning idet foretakets kontant- og gjeldssituasjon – med forbehold for nedleggelseskostnader som må anses som en kostnad som bare oppstår ved nedleggelse – er den samme uavhengig av om virksomheten drives videre eller legges ned.
- (74) Når det gjelder tilskuddene knyttet til 2021, er vedtaket i februar 2022 – slik jeg ser det – bare en etterfølgende postering gjort av kommunen. Den reelle beslutningen om å gi tilskuddene ble truffet løpende og uformelt gjennom 2021, ved at kommunen videreførte driften i stedet for å legge den ned. Vurderingstemaet ved fordelsvurderingen vil være om en privat eier i en tilsvarende situasjon klart ikke ville bidratt med tilsvarende kapital for å muliggjøre videre drift.
- (75) For så vidt gjelder driftsstøtten for 2022, var det formelle vedtaket i februar 2022 i hovedsak et forhåndstilsagn. Tilskuddet må da vurderes på grunnlag av fremtidsutsiktene i begynnelsen av 2022. Videre må det tas stilling til om de vurderinger som ble gjort før vedtaket i februar 2022, og de rapporter som ble innhentet i den forbindelse, oppfyller kravene som stilles etter markedsaktørprinsippet.

*Grunnlaget for å gjøre en fordelsvurdering i saken*

- (76) For tingretten erkjente kommunen at driftstilskuddene for 2021 og 2022 ble gitt som støtte i form av tilskudd. Tingretten la til grunn at det forelå en økonomisk fordel og gjorde ingen markedsaktørtest.
- (77) Også for lagmannsretten erkjente kommunen at den hadde håndtert driftstilskuddene som offentlig støtte og ikke som en investering basert på en markedsaktørtest. Basert på dette uttalte lagmannsrettens flertall følgende, på side 24 i dommen:
- «Kommunen har opplyst at det ikke ble foretatt noen markedsaktørtest i forbindelse med vedtaket av driftstilskudd, men at dette ble håndtert som offentlig støtte. BDO har heller ikke foretatt noen markedsaktørtest. Lagmannsretten legger da til grunn at det foreligger en økonomisk fordel og at heller ikke retten skal foreta en slik test.»
- (78) Verken for tingretten eller lagmannsretten ble den løpende likviditetsunderstøttelsen gjennom 2021 problematisert. Partenes anførsler og underrettens behandling knyttet seg til vedtakene gjort i februar 2022.
- (79) Frogn kommunes argumentasjon for lagmannsretten bygget på at det var gitt støtte som utgjorde en økonomisk fordel etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Det var da korrekt av lagmannsretten ikke å vurdere nærmere om kommunens disposisjoner var markedsmessige, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd andre setning. Sitatet fra lagmannsrettens dom gjengitt ovenfor må forstås i den sammenheng, og kan ikke – etter mitt syn – oppfattes som en bevisvurdering som Høyesterett er bundet av. Sitatet viser tvert imot at lagmannsretten ikke gjorde noen bevisvurdering opp mot kravene som følger av markedsaktørprinsippet.
- (80) Jeg kan heller ikke se at lagmannsretten i andre deler av dommen har gjort noen bevisvurdering opp mot kravene etter markedsaktørprinsippet. Lagmannsretten siterer og kommenterer BDO-rapporten på side 24–25 i dommen, men det skjer i forbindelse med spørsmålet om iverksettelsesforbudet er brutt. Lagmannsretten vurderer ikke der om BDO-rapporten underbygger at en privat aktør klart ikke ville skutt inn tilsvarende kapitalbeløp for å videreføre driften. Det hadde lagmannsretten ingen foranledning til å gå inn på, i og med at lagmannsretten – basert på Frogn kommunes påstandsgrunnlag – kunne legge til grunn at det var gitt en økonomisk fordel etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.
- (81) For Høyesterett gjør Frogn kommune nå gjeldende – blant annet med henvisning til BDO-rapporten – at ankemotpartene ikke har sannsynliggjort at kommunens disposisjoner klart avviker fra det en rasjonell privat eier ville ha gjort i en sammenlignbar situasjon. Kommunen anfører med dette at det må legges til grunn at vilkåret om økonomisk fordel etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 ikke er oppfylt, og at kommunen dermed skal frifinnes.
- (82) Dette er en ny anførsel for Høyesterett. En avgjørelse av anken på dette grunnlaget vil, som nevnt tidligere, kreve en vurdering av om Frogn kommune har oppfylt kravene som følger av markedsaktørprinsippet. Dette vil kunne innebære å vurdere hvilken betydning markedsaktørtesten som ble gjennomført ved etableringen av treningssenteret har ved senere beslutninger om tilskudd til den løpende drift. Det kan være behov for bevisføring om hvilke vurderinger kommunen gjorde gjennom 2021 ved den løpende understøttelsen som da ble gitt. Covid-19-pandemiens betydning kan i den forbindelse være relevant. Om BDO-rapporten, sett i sammenheng med kommunens egne vurderinger, oppfyller

markedsaktørtesten – gitt den situasjonen kommunen var i på det tidspunktet denne ble utarbeidet – vil være et sentralt spørsmål.

- (83) Denne bevisvurderingen har lagmannsretten ikke gjort. Heller ikke for Høyesterett har det vært bevisførsel som gjør at Høyesterett forsvarlig kan ta stilling til spørsmålet.
- (84) Jeg finner det mest forsvarlig at den nye anførselen – med tilhørende bevisførsel – først behandles av lagmannsretten. Dersom kommunen ikke skal frifinnes på et annet grunnlag, mener jeg derfor at lagmannsrettens dom må oppheves, jf. tvisteloven § 30-14 andre ledd. Etter mitt syn åpner § 30-14 andre ledd for dette selv om lagmannsretten ikke har begått noen feil. Fordelsvurderingen ved en ny behandling i lagmannsretten må skje i samsvar med de retningslinjer jeg har redegjort for tidligere.
- (85) Etter rådslagningen er jeg kjent med at mindretallet har et annet syn på spørsmålet om opphevelse, blant annet basert på at lagmannsretten har gjort en bevisvurdering Høyesterett er bundet av. Som det fremgår av det jeg allerede har sagt, er jeg ikke enig i at lagmannsretten har gjort noen bevisvurdering opp mot markedsaktørtesten. Jeg bemerker at jeg dermed heller ikke nødvendigvis er enig i mindretallets forståelse av BDO-rapporten opp mot kravene som følger av markedsaktørprinsippet.

### ***Samhandelskriteriet***

- (86) Et annet vilkår for at det skal foreligge ulovlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, er at støtten «påvirker samhandelen» mellom EØS-landene. Det er ikke noe krav om å påvise en faktisk effekt på samhandelen. Det er tilstrekkelig at støtten er egnet til å ha en slik effekt og at dette ikke er helt hypotetisk eller antatt, se EU-domstolens dom 15. mai 2019 i sak C-706/17 *Achema mfl.* avsnitt 89 og 90. Av avsnitt 92 følger det at vilkåret vil være oppfylt der støtten styrker posisjonen til et foretak som konkurrerer med andre foretak i samhandel mellom EØS-landene. Det er ikke nødvendig at det foretaket som mottar støtte, selv deltar i samhandel innenfor EØS-området, fordi støtten uansett kan svekke utenlandske foretaks mulighet til å etablere seg i markedet til det foretaket som mottar støtte, se avsnitt 93 i *Achema*-dommen.
- (87) Frogn kommune har vist til at nyere praksis fra Kommisjonen og ESA hever terskelen for samhandelseffekt. Ved tiltak som bare har lokal virkning – og der støttemottakeren kun leverer varer eller tjenester til en begrenset del av en medlemsstat og ikke tiltrekker seg kunder fra andre medlemsstater – anses ikke samhandelskriteriet som oppfylt der det ikke er påregnelig at tiltaket ville ha mer enn en marginal effekt på grenseoverskridende investeringer eller etableringer, se ESAs «Guidelines on the notion of State aid as referred to in Article 61(1) of the Agreement on the European Economic Area», datert 18. januar 2017, avsnitt 196.
- (88) Det er noe uklart i hvilken grad den nyere praksisen fra ESA og Kommisjonen er forenelig med dommer fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen. Det får – slik jeg ser saken – ikke avgjørende betydning.
- (89) Det er lite tvilsomt at treningssentrene i Frogn kommune ikke i nevneverdig grad tiltrekker seg kunder fra andre land. Jeg finner det imidlertid heller ikke tvilsomt at markedet for treningssentre i kommunen er grenseoverskridende, i den forstand at det kan tiltrekke seg

investeringer fra utlandet. Da Frogn kommune skulle etablere treningssenteret inngikk det først – etter en offentlig anbudskonkurranse – en intensjonsavtale med treningssenterkjeden Actic om dette. Actic er en svensk treningssenterkjede med sentre i Sverige, Tyskland og Østerrike, samt omkring 20 treningssentre i Norge. Fitness Group Nordic AS – som er en av ankemotpartene i denne saken – driver treningssentre under merkenavnet «EVO». EVO har omkring 70 treningssentre i Norge, hvorav ett i Drøbak. EVO har også treningssentre i Tyskland, Østerrike og Sveits.

- (90) I BDO-rapporten er det lagt til grunn at det er plass til tre treningssentre i Frogn. Dersom det gis støtte til ett av disse, vil det styrke dette senterets posisjon i konkurransen med andre sentre. Det vil også gjøre det vanskeligere for treningssentre fra andre land å etablere treningssentre i Frogn. Støtten har derfor mer enn bare marginal effekt på muligheten for grenseoverskridende investeringer eller etableringer.
- (91) Basert på partenes innlegg for Høyesterett legger jeg til at vår sak ligger annerledes an enn ESAs beslutning 8. mai 2024 om Narvikfjellet skianlegg, der det ble gitt betydelig støtte til oppgradering av anlegget. I den saken var ESAs vurdering – i stor grad basert på den lange avstanden fra Narvik til konkurrerende skianlegg – at støtten bare ville ha en marginal effekt på grenseoverskridende investeringer eller etableringer. Det er en annen situasjon enn i vår sak, der etablering av utenlandske aktører i Frogn kommune fremstår som betydelig mer aktuelt. Også statstøttesaken i EU-kommisjonens sak SA.52512, som KS har vist til, ligger annerledes an enn vår sak og tilsier ikke et annet resultat.
- (92) Jeg har etter dette kommet til at støttetiltaket har samhandelseffekt.

### *Er driftstilskuddet for 2021 iverksatt?*

- (93) Frogn kommune gjør gjeldende at den uansett skal frifinnes for å ha gitt ulovlig støtte for 2021, da en eventuell ulovlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, ikke er iverksatt.
- (94) Det følger av ODA protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 at ny offentlig støtte ikke kan iverksettes før den er godkjent av ESA. Regelen gjenfinnes nå også i støtteprosessloven § 5. ESA har i saken her ikke godkjent støtten. Spørsmålet for Høyesterett er om en eventuell støtte for 2021 er iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet.
- (95) Det følger av praksis fra EU-domstolen at en tildeling av støtte anses gitt når støttemottakeren har fått rett til å motta støtten, jf. EU-domstolens dom 19. desember 2019 i sak C-385/18 *Arriva Italia mfl.* avsnitt 36. I forarbeidene til støtteprosessloven er det også lagt til grunn at tildelingstidspunktet for støtte «er det tidspunktet da støttemottaker ble gitt et rettslig bindende, uforbeholdent tilsagn om støtte», se Prop. 212 L (2020–2021) side 47. Det samme er lagt til grunn i HR-2023-1807-A *Boligbygg* avsnitt 60.
- (96) I vår sak er det klart at Bølgen treningssenter gikk med underskudd i 2021. Lagmannsrettens flertall skriver følgende om hvordan dette ble håndtert gjennom 2021:

«Det er uomtvistet at Bølgen Trening ble understøttet likviditetsmessig av kommunen ved ikke eller bare i begrenset grad å bli belastet for husleie, lønn til ansatte og andre løpende forpliktelser. Det er ikke fremlagt noen oversikt som viser hvilke beløp kommunen har unnlatt å belaste Bølgen Trening med gjennom 2021. Etter flertallets

syn må det antas at beløpene ligger på omkring samme størrelse som driftsunderskuddet ettersom Bølgen Trening ikke hadde noen egenkapital og heller ikke avskrivbare driftsmidler av betydning.»

- (97) Jeg legger dette til grunn.
- (98) Driftstilskuddet for 2021 ble vedtatt i februar 2022. I resultatregnskapet for Drøbak Frogn Idrettsarena KF er beløpet inntektsført som tilskudd. Det fremgår av regnskapet at tilskuddet ikke vil bli utbetalt til treningssenteret før det er godkjent av ESA.
- (99) Jeg forstår dette slik at tilskuddet i regnskapet til Drøbak Frogn Idrettsarena KF inntil videre står som en fordring mot kommunen. Dersom ESA godkjenner tilskuddet vil fordringen komme til utbetaling. Dette vil skje ved at fordringen avregnes mot den gjelden virksomheten har opparbeidet seg overfor kommunen som følge av den likviditetsmessige understøttelsen fra kommunen gjennom 2021.
- (100) Treningssentrene har gjort gjeldende at støtten for 2021 ble iverksatt senest ved kommunens vedtak om tildeling i februar 2022. Det kommunale foretaket fikk da en ubetinget rett på tilskuddet. Forbeholdet om at tilskuddet først ville komme til utbetaling ved ESAs godkjenning utgjør ingen realitet, da den økonomiske realiteten er at tilskuddet var benyttet allerede. Noe annet ville også åpne for omgåelser av regelverket ved å tilsløre tildelt støtte som gjeld og fordringer som motregnes når ESAs godkjenning foreligger.
- (101) Frogn kommune gjør gjeldende at driftsstøtten for 2021 er vedtatt, men ikke utbetalt i påvente av den støtterettslige avklaringen. Drøbak Frogn Idrettsarena KF har dermed ikke fått en ubetinget rett til støtten. Treningssentrenes syn ville i praksis gjøre det umulig for kommuner som driver virksomhet i kommunale foretak å gi driftsstøtte basert på notifikering til og godkjenning av ESA.
- (102) Jeg tar utgangspunkt i at iverksettelsesforbudet er et vesentlig element i håndhevelsessystemet for støttereglene i EØS/EU. Det sikrer at støtte ikke kan iverksettes før det er godkjent av ESA eller Kommisjonen. Det bidrar til å gjøre regelverket mer effektivt. Muligheten for privat håndhevelse for nasjonale domstoler bygger også direkte på forbudet.
- (103) Statsstøttereglene er også virkningsbasert, i den forstand at det er de faktiske virkninger av et tiltak som er avgjørende, ikke hva som er formålet eller begrunnelsen for tiltaket, se for eksempel EDF-dommen avsnitt 77. Den faktiske konsekvens av den måten kommunen har gitt støtte på, er at Drøbak Frogn Idrettsarena KF har fått tilført midler for drift av Bølgen treningssenter før ESA har godkjent støtten.
- (104) Jeg vil i den sammenheng også vise til den rolle og kompetanse nasjonale domstoler har i statsstøttesakene. I EU-domstolens dom 21. november 2013 i sak C-284/12 *Deutsche Lufthansa* slo domstolen fast at nasjonale domstoler skal sikre private parters rettigheter mot mulig ulovlig støtte inntil Kommisjonen – i vår sak ESA – har tatt stilling til om det foreligger ulovlig støtte, se avsnitt 28 i dommen. I avsnitt 31 uttales det:

«Formålet med de nationale retters opgave er følgelig at træffe de nødvendige foranstaltninger til at afhjælpe ulovligheden af støttens gennemførelse, således at støttemodtageren ikke bevarer den frie rådighed herover i den tid, der forløber, indtil Kommissionen vedtager sin afgørelse.»



- (105) Den måten kommunen ga støtten på medfører at Bølgen treningssenter kan fortsette sin virksomhet frem til ESAs konklusjon foreligger. Jeg er enig med treningssentrene i at dette synes å stride mot formålet med iverksettelsesforbudet.
- (106) Jeg er ikke enig med Frogn kommune i at støtten for 2021 bare er vedtatt, men ikke utbetalt. Den økonomiske realiteten er at Drøbak Frogn Idrettsarena KF, ved Frogn kommunes likviditetsunderstøttelse gjennom 2021, løpende har blitt tilført midlene omfattet av driftstilskuddet.
- (107) Jeg er heller ikke enig med kommunen i at en slik løsning vil gjøre det umulig for kommuner å gi driftsstøtte til kommunale foretak. Driftsstøtte og annen økonomisk støtte kan gis så lenge det ikke utgjør støtte i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Som jeg har redegjort for tidligere, vil en del av vurderingen være om løpende driftstilskudd må anses som en økonomisk fordel etter bestemmelsen. For virksomhet som faller inn under GBER har kommuner også mulighet til å gi støtte uten hinder av iverksettelsesforbudet. Videre vil mange kommunale tiltak omfattes av reglene om bagatellmessig støtte, jf. Kommisjonsforordning (EU) nr. 1407/2013.
- (108) Jeg har etter dette kommet til at Frogn kommunes anførsel om frifinnelse for driftstilskuddet gitt for 2021 fordi støtten ikke er iverksatt, ikke fører frem. Driftstilskuddet må vurderes som en del av spørsmålet om det kommunale foretaket har blitt gitt en økonomisk fordel i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Eventuell ulovlig støtte som er gitt for 2021, må anses som iverksatt i strid med ODA protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3, jf. støtteprosessloven § 5.

***Er støtten for 2022 omfattet av gruppeunntaksforordningen (GBER)?***

*Innledning*

- (109) Kommisjonsforordning 651/2014 – her omtalt som GBER – unntar visse kategorier støtte fra kravet til notifikasjon til ESA. Støtte til disse formålene anses forenelig med EØS-avtalen artikkel 61 nr. 2 og 3 og kan iverksettes uten forutgående godkjenning av ESA, se GBER artikkel 3.
- (110) Støtten for 2022 ble meldt av Frogn kommune til ESA i henhold til GBER, som støtte til sportsinfrastruktur. For Høyesterett er spørsmålet om støtte til Drøbak Frogn Idrettsarena KF, som Bølgen treningssenter er en del av, er å anse som sportsinfrastruktur etter GBER. Videre er det spørsmål om søknaden om støtte ble sendt inn så sent at det ikke er anledning til å gi støtte under forordningen.
- (111) Jeg nevner for fullstendighetens skyld at det er forutsatt at GBER ikke skal omfatte støtte til virksomheter i økonomiske vanskeligheter, se GBERs fortale punkt 14 og artikkel 1 nr. 4 bokstav c. Av samme bestemmelse fremkommer det imidlertid også at forordningen kan anvendes til å gi støtte til virksomheter som ikke var i økonomiske vanskeligheter 31. desember 2019, men som kom i økonomiske problemer i løpet av 2020 og 2021. Lagmannsrettens flertall la til grunn at dette gjaldt Bølgen treningssenter, slik at GBER kan anvendes for støtte til virksomheten. Jeg legger dette til grunn.

*Er det tale om «sportsinfrastruktur» etter GBER artikkel 55?*

- (112) GBER ble innført i 2014 og avløste da Kommissjonsforordning nr. 800 fra 2008, som hadde samlet og utvidet en rekke gruppeunntaksforordninger for ulike formål. Bakgrunnen for gruppeunntakene er at støtte innen visse områder og til visse formål generelt sett anses forenelig med statsstøttereglene, se for eksempel GBERs fortale punkt 1. Regelverket gjør det mulig for offentlige myndigheter å gi støtte til ulike sektorer og selskaper uten å søke om godkjenning hos ESA i forkant. Gruppeunntaket gjør et unntak fra hovedregelen om at all støtte skal notifiseres til og godkjennes av ESA/Kommisjonen. I EU-domstolens storkammerdom 5. mars 2019 i sak C-349/17 *Eesti Pagar* uttaler domstolen at GBER derfor må tolkes restriktivt, se avsnitt 60.
- (113) Muligheten til å gi støtte til sportsinfrastruktur kom inn med GBER i 2014, som artikkel 55. Begrepet er ikke nærmere forklart i forordningen. Det følger av artikkel 55 at sportsinfrastruktur ikke må brukes utelukkende av en enkelt profesjonell bruker, men at den må være tilgjengelig for flere. Støtten kan bestå i både investeringsstøtte og driftsstøtte. Utgifter til driftsstøtte kan omfatte blant annet lønnskostnader, strømkostnader, husleie og kostnader til administrasjon.
- (114) Det er ikke fremlagt noen praksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen om hva som kan anses som sportsinfrastruktur. EU-Kommisjonen har imidlertid i en avgjørelse fra 2017 – SA.37900 (2013/FC) lagt til grunn at danske treningssentre var omfattet av artikkel 55 i GBER.
- (115) I vår sak har Frogn kommune varslet ESA om støtten i brev 1. mars 2022. Det opplyses der at støtten er gitt til Bølgen bad & aktivitetssenter, som treningssenteret er en del av. Det er opplyst at Bølgen bad & aktivitetssenter er eid av Frogn kommune og at det drives av det kommunale foretaket Drøbak Frogn Idrettsarena KF. Kommunestyrets vedtak gjelder driftstilskudd til Drøbak Frogn Idrettsarena KF for å dekke utgiftene i treningssenteret.
- (116) Drøbak Frogn Idrettsarena KF drifter som nevnt Bølgen bad & aktivitetssenter. I tillegg drifter det kommunale foretaket Frognhallen og det koordinerer all aktivitet i Seiersten Idrettspark. Bølgen treningssenter er en del av dette. Etter mitt syn må anleggskomplekset på Seiersten – stadion, Frognhallen og Bølgen bad & aktivitetssenter – anses som sportsinfrastruktur som omfattes av GBER artikkel 55.
- (117) Det kan være mer tvilsomt om Bølgen treningssenter – som driver en kommersiell aktivitet som kan hevdes å ligge utenfor formålene GBER skal oppfylle – skal anses som sportsinfrastruktur. Jeg trenger ikke ta stilling til dette, da jeg uansett mener at støtten Frogn kommune har gitt ikke oppfyller kravene til insentiveffekt.

*Har støtten insentiveffekt?*

- (118) For å være omfattet av GBER er det etter artikkel 6 et vilkår at støtten har insentiveffekt. Slik effekt anses å foreligge dersom støttemottakeren «før projektets eller aktivitetens påbegyndelse» har sendt inn en skriftlig søknad til støttegiver, se artikkel 6 nr. 2. Søknaden skal blant annet gi en beskrivelse av prosjektet, «herunder dets start- og slutdato». I artikkel 2 nr. 23 er «arbejdets påbegyndelse» definert som «enten påbegyndelsen af etablerings-/anlægsarbejdet i forbindelse med investeringsprojektet eller det første retligt

bindende tilsagn om kjøb af udstyr eller indgåelse af andre forpligtelser, som gør investeringen irreversibel, alt efter hvad der indtræffer først.»

- (119) Begrunnelsen for å oppstille et slikt krav er at formålet med GBER er å gi støtte til prosjekter og virksomheter som ellers ikke ville ha blitt gjennomført. Kravet sikrer at støtten er nødvendig og fungerer som et insentiv til å utvikle nye prosjekter eller aktiviteter, slik at det ikke gis støtte til aktiviteter som støttemottakeren likevel ville gjennomført, se avsnitt 63 i Eesti Pagar-dommen referert til tidligere. Av avsnitt 64 i dommen følger det at kravet er ment å være «enkelt, relevant og hensigtsmessigt».
- (120) Driftstilskuddet for 2022 til Drøbak Frogn Idrettsarena KF ble foreslått av BDO i deres rapport 3. februar 2022. Styret i Drøbak Frogn Idrettsarena KF vedtok i styremøte 9. februar 2022 å søke kommunen om driftsstøtte for 2022. Rådmannen i kommunen ga sin innstilling 11. februar 2022 og kommunestyret vedtok 16. februar å gi driftstilskuddet for 2022.
- (121) Kommunen har vist til at styret i det kommunale foretaket kun søkte om 80 prosent av de budsjetterte driftskostnadene. Da søknaden ble sendt 9. februar 2022 var det gått mindre enn 20 prosent av året. Søknaden knyttet seg derfor til driftsutgifter som ikke var pådratt. Den støtteberettigede aktiviteten var derfor ikke påbegynt.
- (122) Jeg er ikke enig med kommunen i dette. Det fremgår av saksbehandlingen i Frogn kommune at støttebeløpet ble satt til 80 prosent av berettigede kostnader for å unngå at støtten – i henhold til GBER artikkel 55 nr. 10, 11 og 12 – måtte gis med en tilbakebetalingsmekanisme dersom støttebeløpet viste seg å overstige driftsunderskuddet, se for eksempel rådmannens innstilling side 3. Støtten det ble søkt om var således 80 prosent av driftsunderskuddet for hele 2022, ikke 100 prosent av driftsunderskuddet etter februar 2022. Dette viser seg også ved at da det senere viste seg at driftsunderskuddet ble lavere enn forventet, ble støtten nedjustert til 100 prosent av faktisk driftsunderskudd.
- (123) Det kan hevdes at vilkåret om insentiveffekt er oppfylt for perioden i 2022 etter at det ble søkt om støtte. Som nevnt skal vilkårene i GBER tolkes restriktivt og de skal være enkle å forvalte. I saken her har man søkt om støtte for hele driftsåret 2022 etter at aktiviteten det året er drevet mer enn en måned. Jeg konkluderer derfor – under noe tvil – med at det er søkt som støtte for aktivitet som er påbegynt. Støtte kan da ikke gis etter GBER, jf. artikkel 6 nr. 1 og 2.

### ***Sammenfatning***

- (124) Med unntak for vilkåret om at det må være gitt en økonomisk fordel er jeg kommet til at alle vilkårene for ulovlig støtte i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1, er oppfylt. Spørsmålet om det er gitt en økonomisk fordel har ikke Høyesterett bevismessig grunnlag for å avgjøre.
- (125) Det har ikke betydning for mitt syn om man anser kommunelovgivningen for en eksisterende støtteordning, da tilskuddene i denne saken uansett ikke har sitt grunnlag i en slik eventuell eksisterende støtteordning.
- (126) Det er ikke grunnlag for å frifinne kommunen uavhengig av om det er gitt støtte som er uforenelig med EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. En eventuell støtte gitt for 2021 må anses å

ha blitt iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet. En eventuell støtte gitt for 2022 er ikke omfattet av GBER.

### ***Konklusjon og sakskostnader***

- (127) Basert på det ovenstående mener jeg at lagmannsrettens dom må oppheves. Ved den nye behandlingen skal lagmannsretten vurdere om Drøbak Frogn Idrettsarena KF gjennom likviditetstilførselen i 2021 og vedtakene om driftstilskudd i februar 2022 – som tilrettela for fortsatt drift av treningssenteret – ble tilført en økonomisk fordel i henhold til EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.
- (128) Når det gjelder påstanden nedlagt av KS, vil jeg bemerke at partshjelper som opptrer i henhold til tvisteloven § 15-7 første ledd bokstav b) bare unntaksvis skal legge ned påstand om realiteten, jf. NOU 2001: 32B side 823. I denne saken skulle KS derfor etter mitt syn kun ha lagt ned påstand om tilkjenning av sakskostnader.
- (129) Krav på sakskostnader for tingretten og lagmannsretten må fastsettes av lagmannsretten ved deres nye behandling av saken, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.
- (130) Med det resultatet jeg har kommet til har ikke noen av partene vunnet saken fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Det er ikke grunn til å tilkjenne sakskostnader etter tvisteloven § 20-3. Partene bærer dermed sine egne sakskostnader for Høyesterett. Det samme gjelder for KS.
- (131) Jeg stemmer for denne

### **D O M :**

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- (132) Dommer **Stenvik:**

### **Dissens**

- (133) Jeg enig i førstvoterendes redegjørelse for de rettslige utgangspunktene. Jeg er også enig i at tilskuddene til Bølgen treningssenter har potensiell samhandelsvirkning og ikke er gitt i medhold av en eksisterende støtteordning, i at driftstilskuddet for 2021 er iverksatt og i at driftstilskuddet for 2022 ikke er unntatt fra iverksettelsesforbudet i medhold av forordning nr. 651/2014. Jeg har imidlertid et annet syn på kommunens nye anførsel for Høyesterett, og jeg er av den grunn kommet til et annet resultat enn førstvoterende.
- (134) Som førstvoterende allerede har vært inne på, erkjente kommunen for tingretten og lagmannsretten at tilskuddene representerte en fordel for Bølgen treningssenter og dermed utgjorde «støtte» etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. I kommunens sluttinnlegg til lagmannsretten beskrives tilskuddene som «Covid-19 relatert driftsstøtte», og den rettslige

problemstillingen formuleres som et spørsmål om «støttetildelingene overholder det støtterettslige iverksettelsesforbudet». I lagmannsrettens dom er kommunens anførsler om tilskuddenes karakter gjengitt på denne måten:

«Frogn kommune har håndtert driftstilskuddene som offentlig støtte. Kommunen har ikke vurdert støtten som en investering basert på en markedsaktørtest. Det vil være en komplisert vurdering av hva en sammenlignbar privat eier ville ha gjort under Covid-19 pandemien.»

- (135) Kommunen har ikke pekt på noen feil ved denne gjengivelsen.
- (136) Ettersom kommunen erkjente at tilskuddene utgjorde støtte, er lagmannsrettens vurdering av spørsmålet forholdsvis kortfattet. Førstvoterende har gjengitt det sentrale avsnittet i lagmannsrettens dom, men jeg finner grunn til å gjenta det for sammenhengens skyld:
- «Kommunen har opplyst at det ikke ble foretatt noen markedsaktørtest i forbindelse med vedtaket av driftstilskudd, men at dette ble håndtert som offentlig støtte. BDO har heller ikke foretatt noen markedsaktørtest. Lagmannsretten legger da til grunn at det foreligger en økonomisk fordel og at heller ikke retten skal foreta en slik test.»
- (137) For Høyesterett har kommunen endret standpunkt. Den anfører nå at tilskuddene ikke utgjør støtte, og at lagmannsrettens konklusjon er basert på feil rettsanvendelse.
- (138) Ettersom det kun er anket over rettsanvendelsen, må kommunens nye anførsel vurderes på grunnlag av det saksforholdet som fremgår av lagmannsrettens domsgrunner, jf. blant annet Rt-2006-788 avsnitt 33 og HR-2017-2165-A avsnitt 89. Rettspraksis har åpnet for å supplere lagmannsrettens domsgrunner med kjensgjerninger som er vitterlige eller ubestridte, men det er ikke aktuelt i saken her.
- (139) Kommunens angrep på lagmannsrettens rettsanvendelse følger to linjer.
- (140) Den første argumentasjonslinjen kan sammenfattes slik: Ifølge EU-domstolens praksis er det Kommisjonen som må godtgjøre at foretaket som har mottatt offentlige midler, klart ikke ville ha kunnet oppnå en tilsvarende fordel fra en privat eier. Det samme kravet må stilles til en privat part som søker å håndheve statsstøtteforbudet gjennom søksmål. Ettersom ankemotpartene ikke har godtgjort at kommunens disposisjoner klart avviker fra det en privat eier ville gjort i en tilsvarende situasjon, skulle lagmannsretten frifunnet kommunen.
- (141) Kjernen i denne argumentasjonen er at lagmannsretten har anvendt reglene om bevisbyrde feil. Etter mitt syn kan dette argumentet klart ikke føre frem. Siden partene for lagmannsretten var enige om at tilskuddene utgjorde støtte, forelå det ikke noe omtvistet faktisk spørsmål som måtte løses ved anvendelse av bevisbyrderegler. Det er heller ingen ting i lagmannsrettens dom som tyder på at den har anvendt bevisbyrderegler på dette punkt, enn mindre at slike regler er anvendt feil.
- (142) Kommunens andre argumentasjonslinje kan i korthet beskrives slik: Kommunen foretok en vurdering med bistand fra BDO før tilskuddene ble gitt. BDO sammenlignet kommunens handlingsalternativer med de en privat aktør ville stått overfor i en tilsvarende situasjon og konkluderte med at det var grunnlag for videre drift. Ettersom BDO-rapporten ikke gir grunnlag for å konstatere et klart avvik fra det en privat aktør ville ha gjort i en tilsvarende

situasjon, skulle lagmannsretten i samsvar med markedsaktørprinsippet kommet til at tilskuddene ikke representerte en fordel for foretaket, og dermed ikke utgjorde støtte.

- (143) Denne argumentasjonslinjen forutsetter at markedsaktørprinsippet er anvendelig.
- (144) Markedsaktørprinsippet er bare anvendelig når og i den utstrekning en offentlig myndighet har opptrådt som eier («shareholder»). I dette ligger at tiltaket må bygge på en investeringsbeslutning basert på en forsvarlig økonomisk vurdering av avkastningsmuligheten. Vurderingen må være sammenlignbar med den en rasjonell privat aktør ville gjennomført under lignende omstendigheter. Jeg viser til EDF-dommen avsnitt 80–84, som også førstvoterende har vært inne på, samt til arbeidsgrupperapporten *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører*, avgitt til Nærings- og fiskeridepartementet i 2018. Her heter det på side 84:

«Det er ESA som må bevise at et tiltak utgjør offentlig støtte, det vil si at alle kumulative vilkår i EØS-avtalen artikkel 61(1) er oppfylt, mens staten må bevise at et tiltak er i tråd med markedsaktørprinsippet. Dokumentasjon utarbeidet etter at tiltaket er blitt iverksatt er irrelevant. Det offentlige må bevise at det ble foretatt en helhetlig og økonomisk forsvarlig analyse av tiltaket før det ble iverksatt, og at denne analysen bekreftet at det offentlige med rimelighet kunne forvente en rimelig avkastning innen rimelig tid. En forretningsplan, detaljerte økonomiske vurderinger, markedsanalyser o.l. må kunne fremvises.»

- (145) Kommunen har ikke gjort gjeldende at det ble foretatt en vurdering av investeringen før de løpende driftstilskuddene ble utbetalt gjennom 2021. For vurderingen av om disse tilskuddene utgjør støtte, er følgelig markedsaktørprinsippet klart ikke anvendelig.
- (146) Som underlag for vedtaket 16. februar 2022 om driftstilskudd for 2021 og 2022, har kommunen vist til BDO-rapporten. Spørsmålet blir derfor om denne rapporten viser at tiltaket ble gjennomført som en investering, basert på en forsvarlig økonomisk vurdering av avkastningsmuligheten som kan sammenlignes med den en rasjonell privat aktør ville foretatt under lignende forhold. Hvis dette spørsmålet besvares benektende, er markedsaktørprinsippet ikke anvendelig.
- (147) Det mandatet kommunen ga til BDO, viser at den ville undersøke muligheten for å yte driftstilskudd på grunnlag av markedsaktørprinsippet. Konklusjonen fra BDO var imidlertid at investeringen ikke kunne forventes å gi avkastning, og at tiltaket ikke var sammenlignbart med en rasjonell privat investors tilskudd i form av ansvarlig lån eller egenkapital i en tilsvarende situasjon. BDO fant med andre ord ikke grunnlag for å gjennomføre en markedsaktørtest. Dette fremgår av lagmannsrettens domsgrunner. Jeg viser til den allerede siterte uttalelsen om at BDO «ikke [har] foretatt noen markedsaktørtest». Videre viser jeg til lagmannsrettens saksfremstilling, hvor det blant annet fremgår:

«I rapport 3. februar 2022 anbefalte BDO blant annet at kommunen måtte vurdere å gi driftstilskudd til Bølgen Trening for 2021 og 2022 for å dekke underskudd i treningssenteret. BDO mente at Bølgen Trening ikke hadde evne til å betjene driftstilskudd som ytterligere lån (negativ fond), slik at dette burde gis som rent driftstilskudd og dermed offentlig støtte. BDO mente at slik støtte kunne gis etter General Block Exemption Regulation (GBER) artikkel 55 om støtte til sportsinfrastruktur.»

- (148) Under lagmannsrettens syn på saken er BDO-rapporten nærmere beskrevet. Flertallet gir her uttrykk for følgende vurderinger:

«Som det fremgår av BDO-rapporten innebar forpliktelsene som Bølgen Trening hadde pådratt seg overfor Frogn kommune gjennom negative fond og øvrige lån, at Bølgen Trening ikke hadde betjeningsevne for ytterligere gjeld. Ettersom tertialrapporten for 1. tertial 2021 viste et betydelig negativt avvik i forhold til budsjett, og hvor det fremdeles var strenge smittevernbegrensninger for treningssentre, må Frogn kommune allerede tidlig i 2021 ha vært klar over at Bølgen Trening måtte forvente et betydelig driftsunderskudd dette året. Sett på bakgrunn av allerede pådratte forpliktelser, må kommunen også tidlig i 2021 ha vært klar over at Bølgen Trening ikke kunne pådra seg ytterligere betydelige gjeldsforpliktelser, slik det fremgår av BDO-rapporten. Kommunen valgte likevel å fortsette virksomheten i Bølgen Trening.»

- (149) Det fremgår klart av dette at Bølgen treningssenter ikke hadde kapasitet for ytterligere låneopptak, og at kommunen derfor ikke kunne forvente markedsmessig avkastning på driftstilskuddene for 2021 og 2022.

- (150) Min tolkning av lagmannsrettens domsgrunner bekreftes av innholdet i BDO-rapporten. I rapportens punkt 5.4 heter det blant annet:

«Vi har vurdert om den budsjetterte driftsmarginen vil gjøre det mulig for Bølgen Bad å betjene lånene som er gitt fra Frogn kommune til investeringer og til dekning av underskuddene gjennom pandemien.

...

Vi ser altså at selv med kommunens lave rente og en driftsmargin i overkant av det som er vanlig i bransjen, vil det være vanskelig for treningssenteret å betjene gjelden som er opparbeidet.

...

Vi bedømmer at virksomheten ikke har egen betjeningsevne for låneopptak. En rasjonell privat investor kan i en tilsvarende situasjon skyte inn kapital i virksomheten, enten som ansvarlig lån eller som egenkapital. Ved ansvarlig lån eller kapitalinnskudd er investoren utbytteberettiget når resultatene tillater dette. Normalt vil investor forvente en avkastning på det ansvarlige lånet / kapitalinnskuddet i form av et fremtidig utbytte. Det er ikke uvanlig med lang løpetid, avdragsfrihet eller resultatavhengig tilbakebetaling for ansvarlige lån fra rasjonelle private investorer til selskap de har investert i.

Det er vanskelig å gjøre denne typen analyser nå i pandemien, da deler av kapitalen har oppstått som følge av driften i en underskuddsperiode, som i privat sektor har vært delvis dekket opp ved offentlige tilskudd.

Vi anbefaler derfor at kommunen vurderer å gi driftstilskudd til Bølgen Bad, i første omgang for 2021 og 2022. Tilskudd kan gis med hjemmel i gruppeunntaksforordningens artikkel 55 om støtte til idrettsinfrastruktur.»

- (151) Det fremgår av dette – på samme måte som av lagmannsrettens domsgrunner, slik jeg tolker disse – at kommunen ikke kunne forvente noen avkastning på kapitaltilskuddet som ble besluttet i februar 2022. Tiltaket ble følgelig ikke gjennomført som en investering

basert på en forsvarlig økonomisk vurdering av avkastningsmuligheten som kan sammenlignes med den en rasjonell privat aktør ville foretatt i en tilsvarende situasjon. Markedsaktørprinsippet er da ikke anvendelig. Lagmannsrettens konklusjon om at det ikke skal foretas en markedsaktørtest, er følgelig basert på korrekt rettsanvendelse.

- (152) Lagmannsrettens uttalelse om at kommunen ikke kunne forvente avkastning på investeringen, er utslag av en bevisvurdering som Høyesterett må legge til grunn. Den omstendighet at kommunen ved behandlingen i lagmannsretten innrømmet at tilskuddet utgjorde støtte, slik at det ikke ble nødvendig for lagmannsretten å gå nærmere inn på spørsmålet om markedsaktørprinsippet er anvendelig, medfører ikke at man kan se bort fra lagmannsrettens bevisvurdering. Regelen i tvisteloven § 11-2 første ledd andre punktum om at retten bare kan bygge på påstandsgrunnlag som er påberopt, innebærer ikke at lagmannsretten skal avstå fra å foreta en bevisvurdering, bare at rettens avgjørelsesgrunnlag i saker med fri rådighet i hovedsak må ligge innenfor det sett av faktiske omstendigheter som partene i sine prosedyrer har fremhevet som grunnlag for sine standpunkter, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 4. utgave 2022 side 958–960.
- (153) Ut over de to argumentasjonslinjene jeg har behandlet ovenfor, har kommunen kritisert lagmannsrettens uttalelse om at tilskuddene «ble håndtert som offentlig støtte». Jeg er enig med kommunen i at det ikke utelukker anvendelse av markedsaktørprinsippet at et tiltak er blitt notifisert eller pre-notifisert til ESA, eller at det er blitt meldt i henhold til gruppefritaksforordningen. Det fremgår imidlertid klart av lagmannsrettens dom at det ikke var på dette grunnlaget markedsaktørprinsippet ble ansett uanvendelig, men av de grunner jeg allerede har beskrevet.
- (154) Min konklusjon er etter dette at kommunens angrep på lagmannsrettens rettsanvendelse ikke fører frem.
- (155) I motsetning til førstvoterende mener jeg at det i en slik situasjon ikke er grunnlag for å oppheve lagmannsrettens dom etter tvisteloven § 30-14 andre ledd. Når det i en sak med fri rådighet bare er anket over rettsanvendelsen og anken ikke fører frem, er det ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til bevis som lagmannsretten ikke har vurdert. Anken skal da forkastes, jf. tvisteloven § 29-23 andre ledd, jf. § 30-3 første ledd.
- (156) Jeg stemmer etter dette for at anken forkastes og at Frogn kommune og KS pålegges å erstatte ankemotpartenes sakskostnader.
- (157) Dommer **Thy Ness:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Lund.
- (158) Dommer **Sæther:** Likeså.
- (159) Dommer **Webster:** Likeså.



(160) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.