NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 29. september 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Borgar Høgetveit Berg
dommer Knut Erik Sæther

HR-2023-1807-A, (sak nr. 22-135401SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 2. juni 2022

Oslo kommune	(Kommuneadvokaten i Oslo v/advokat Ane Grimelid – til prøve)
mot	
Grønnegata 21 AS	(advokat Robert Lund – til prøve)

Møter i saken i medhold av tvisteloven § 30-13:

Staten v/Nærings- og fiskeridepartementet	(Regjeringsadvokaten v/advokat Pål Erik Wennerås)

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

(1) Dommer **Falkanger**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

(2) Saken gjelder spørsmål om et kommunalt foretak ved kjøp av fast eiendom betalte overpris som utgjorde ulovlig offentlig støtte, og hvordan tilbakeføringen av eventuell ulovlig støtte skal skje.

(3) Flere politiske partier i Oslo kommune inngikk i 2013 den såkalte Tøyen-avtalen, som blant annet stilte opp et mål om at kommunen skulle erverve minst 600 boliger vest i Oslo for personer som er vanskeligstilte på boligmarkedet. Oppdraget ble lagt til det kommunale foretaket Boligbygg Oslo KF (Boligbygg), som i 2016 etablerte en egen innkjøpsavdeling på tre–fire personer for å gjennomføre dette. Boligbygg er en del av Oslo kommune.

(4) Som ledd i gjennomføringen av Tøyen-avtalen inngikk Boligbygg i 2016 avtale med Grønnegata 21 AS om kjøp av 16 andelsleiligheter og 9 garasjeplasser i Grønnegata 21 i bydel Frogner. Grønnegata 21 AS fremsatte 21. juni 2016 tilbud på andelene i særskilte dokumenter for hver andel. Boligbygg aksepterte tilbudene ved påtegning på hvert enkelt dokument. Kjøpekontrakter for hver andel ble imidlertid først signert 19. desember 2016. Den samlede kjøpesummen var på 75 055 000 kroner. På vegne av Boligbygg signerte A – som var fagansvarlig for innkjøp i nevnte innkjøpsavdeling – både akseptene og kjøpekontraktene. Det er på det rene at styret i Boligbygg hadde fullmakt fra bystyret til å kjøpe eiendommer opp til en verdi av 50 millioner kroner, mens A hadde fullmakt fra styret i Boligbygg til å kjøpe for inntil 15 millioner kroner.

(5) Etter oppslag i mediene om at Boligbygg angivelig skulle ha betalt overpris for en rekke eiendommer, engasjerte kommunen i oktober 2017 Deloitte AS til å granske Boligbyggs kjøp av til sammen 632 boenheter. Deloitte konkluderte med at Boligbygg hadde manglende styring og kontroll med sine anskaffelser, og at spesielt bygårder var kjøpt til pris over eller betydelig over markedsverdi.

(6) Etter å ha innhentet ytterligere verdivurderinger forhåndsvarslet kommunen 26. mars 2019 Grønnegata 21 AS om krav om tilbakeføring av overpris etter støtteloven 1992 § 5. Prosessvarsel ble sendt 23. mai 2019 for å unngå foreldelse av kravet.

(7) Byråden for næring og eierskap traff 3. juni 2019 – etter fullmakt – vedtak med slik slutning:

> «1. Ulovlig støtte gitt ved kjøpet av 16 andeler og ni parkeringsplasser i Grønnegata 21 fra Grønnegata 21 AS 23.06.16 kreves tilbakeført.
>
> 2. Støtten omtalt i vedtakspunkt 1 utgjør 13 000 000 kroner.
>
> 3. Støtten kreves tilbake med tillegg av renter i henhold til den enhver tid gjeldende rentesats regnet fra iverksettelsen av støtten til tilbakeføring skjer.»

(8) Kommunen tok 18. juni 2019 ut stevning mot Grønnegata 21 AS ved Oslo tingrett, med påstand om tilbakeføring av «ulovlig støtte … oppad begrenset til 17 055 000 kroner».

(9) Den 27. juni 2019 klaget Grønnegata 21 AS over byrådens vedtak. Kommunens klagenemnd besluttet 10. mars 2020 å opprettholde vedtaket.

(10) I søksmålet avsa Oslo tingrett 7. februar 2021 dom med slik domsslutning:

> «1. Grønnegata 21 AS frifinnes.
>
> 2. Oslo kommunes vedtak av 3. juni 2019, opprettholdt av Oslo kommunale klagenemnd den 10. mars 2020, er ugyldig.
>
> 3. Oslo kommune dømmes til å betale saksomkostninger med 4 744 747 – firemillionersyvhundreogførtifiretusensyvhundreogførtisyv – kroner til Grønnegata 21 AS.»

(11) Tingretten fant svakheter ved vedtaket som samlet sett medførte at det var ugyldig. Det ble særlig vist til at det ikke var tilstrekkelig utredet om det forelå ulovlig statsstøtte.

(12) Oslo kommune anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 2. juni 2022 avsa dom med slik domsslutning:

> «1. Anken forkastes.
>
> 2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Oslo kommune 5 500 000 – femogenhalvmillion – kroner til Grønnegata 21 AS innen to uker fra forkynnelsen av dommen.»

(13) Lagmannsretten fant at Grønnegata 21 AS hadde fått ulovlig offentlig støtte gjennom salget, men at den var begrenset til rundt åtte millioner kroner. Etter lagmannsrettens syn hadde imidlertid ikke kommunen tilstrekkelig hjemmel til å kreve de åtte millioner kronene tilbakeført samtidig som avtalen ellers ble fastholdt. Et slikt inngrep i en gjensidig bebyrdende avtale, uten grunnlag i alminnelige avtalerettslige regler, ville etter lagmannsrettens syn representere et eget inngrep som krever en klar lovhjemmel. Støtteloven § 5 første ledd ga ikke en slik hjemmel.

(14) Oslo kommune har anket dommen til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen knyttet til spørsmålet om kommunen har tilstrekkelig hjemmel til å kreve tilbakeføring av statsstøtten.

(15) I tillegg til å anføre at lagmannsrettens dom er riktig på det punktet anken gjelder, har Grønnegata 21 AS i anketilsvaret fastholdt en rekke av de øvrige innsigelser som selskapet for de tidligere instanser har gjort gjeldende mot kommunens krav.

(16) Staten har holdt muntlig innlegg i saken etter tvisteloven § 30-13. EFTAs overvåkningsorgan (ESA) og KS – kommunesektorens organisasjon – har avgitt skriftlige innlegg. Det er dessuten fremlagt enkelte nye bevis og skriftlige forklaringer.

Partenes syn på saken

(17) Den ankende part – *Oslo kommune* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(18) Avtalen om salg av 16 leiligheter og 9 parkeringsplasser i Grønnegata 21 innebar ulovlig offentlig støtte etter EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 på 13 millioner kroner.

(19) At støtte gjennom ubalanserte avtaler – slik som her – omfattes av reglene om ulovlig offentlig støtte, er ikke tvilsomt. Det er effekten av tiltaket på mottakerens økonomiske stilling som er avgjørende. Formålet med støtten har ikke betydning.

(20) Ved avgjørelsen av om en transaksjon innebærer ulovlig støtte, må det tas utgangspunkt i hva en alminnelig forstandig privat markedsaktør ville ha gjort i en tilsvarende situasjon, basert på informasjon som var tilgjengelig på tidspunktet for transaksjonen. Boligbygg kan ikke sammenlignes med en ordinær boligkjøper, men med en bygårdskjøper som ville foreta tilsvarende kjøp, og som ville ta hensyn til avkastning i form av leieinntekter.

(21) Vurderingen av hva som var markedsverdi, må ta utgangspunkt i det tidspunktet da støttemottakeren kunne innrette seg etter støtten. Det kunne Grønnegata 21 AS gjøre 23. juni 2016, da avtalen mellom partene ble inngått. At Boligbygg ikke hadde fått samtykke fra styret eller byråden, kan ikke være avgjørende. Avtalene om kjøp av andelene inneholdt ikke noe forbehold om slikt samtykke. Tvert imot var poenget med å selge andelene enkeltvis, og ikke hele eiendommen samlet, nettopp å unngå kravet om samtykke. Mye taler for at dette var en omgåelse av begrensningene i Boligbyggs fullmakt, men det er uten betydning. Hverken styret i Boligbygg eller byråden har senere gitt slikt samtykke, og det har heller aldri vært partenes intensjon at et slikt etterfølgende samtykke skulle gis. Partene anså seg bundet allerede gjennom avtalen 23. juni 2016. Kommunens hypotetiske adgang til å si seg ubundet av avtalen på grunn av manglende fullmakt kan ikke medføre at vurderingen av om Grønnegata 21 AS mottok støtte, skal ta utgangspunkt i et senere tidspunkt.

(22) Bevisføringen viser at avtalen medførte en økonomisk fordel for Grønnegata 21 AS på 13 millioner kroner. Dette beløpet utgjorde ulovlig støtte. Det er da tatt hensyn til en «rimelig prismargin», slik praksis fra ESA legger opp til. Konklusjonen bygger blant annet på uavhengige sakkyndige som har vurdert spørsmålet på forsvarlig grunnlag.

(23) Det er ikke tvilsomt at Grønnegata 21 AS var støttemottaker. At midlene ble brukt til utbytte til aksjonærer, endrer ikke dette. Det er videre klart at støtten kan tilregnes det offentlige, idet Boligbygg er en del av Oslo kommune.

(24) Støtten innebar eller kunne innebære en vridning av konkurransen, og den var egnet til å påvirke samhandelen i EØS-området. Det dreide seg ikke bare om en rent lokal virkning, og støttebeløpet var ikke så beskjedent at støtten likevel var lovlig.

(25) Det hefter ikke saksbehandlingsfeil ved vedtaket om tilbakeføring av den ulovlige støtten. Saken ble forsvarlig utredet, og det er gjennomført en reell klagebehandling av habile aktører. Under enhver omstendighet var det tale om et lovbundet vedtak som domstolene kan prøve fullt ut. Eventuelle saksbehandlingsfeil har derfor ikke hatt betydning.

(26) Støtteloven § 5 gir hjemmel til å pålegge støttemottakere tilbakebetalingsplikt, også der ulovlig støtte er gitt som en del av et avtaleforhold, slik som her. De kontraktsrettslige konsekvensene må vurderes separat og har ikke betydning for det offentligrettslige kravet om tilbakeføring. Det blir opp til støttemottaker å gjøre gjeldende eventuelle avtalerettslige innsigelser i et eget spor. Noe annet ville ha innebåret et brudd på EØS-retten, som stiller krav om at nasjonale myndigheter på en effektiv måte sørger for tilbakeføring av ulovlig støtte. Uansett vil også en kontraktsrettslig vurdering føre til det samme resultatet. En konsekvens av den ulovlige støtten må bli delvis ugyldighet, slik at støttebeløpet også på dette grunnlaget må tilbakeføres.

(27) Kommunen har krav på ESAs markedsrente fra støtten ble utbetalt. Fra betalingsfristen i vedtaket har det påløpt forsinkelsesrenter.

(28) Oslo kommune har lagt ned slik påstand:

> «1. Grønnegata 21 AS tilbakefører ulovlig offentlig støtte mottatt fra Oslo kommune ved Boligbygg Oslo KF, oppad begrenset til 13 000 000 kroner.
>
> 2. Grønnegata 21 AS betaler til Oslo kommune av beløpet i punkt 1 rente etter EFTAs overvåkningsorgans enhver tid gjeldende sats, for perioden 21. desember 2016 til og med 12. juli 2019.
>
> 3. Grønnegata 21 AS betaler til Oslo kommune av beløpet i punkt 1 med tillegg av rentebeløpet etter punkt 2, forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling m.m. for perioden 13. juli 2019 frem til betaling skjer.
>
> 4. Oslo kommune tilkjennes fulle sakskostnader.»

(29) Ankemotparten – *Grønnegata 21 AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:

(30) Saken gjelder reelt sett prøving av klagenemndas vedtak 10. mars 2020. Dette er beheftet med en rekke saksbehandlingsfeil. Allerede det at kommunen tok ut stevning i saken før forvaltningsprosessen var ferdigstilt, indikerer at behandlingen ikke har vært forsvarlig. En rekke av instruksene som gjelder for forberedelsen av saken i bystyrets sekretariat, er ikke overholdt. Aktørene var inhabile, og det skjedde ikke noen reell og forsvarlig klagebehandling. Begrunnelsen var heller ikke tilstrekkelig. Dessuten skulle departementet ha vært involvert. Det er klart at feilene kan ha virket inn på vedtaket.

(31) Avtalen med kommunen om salg av Grønnegata 21 innebar ikke ulovlig offentlig støtte. Det avgjørende tidspunktet for vurderingen er da kommunen ble rettslig forpliktet og Grønnegata 21 AS fikk en ugjenkallelig rett etter avtalen. Slik var situasjonen ikke 23. juni 2016. På grunn av manglende fullmakt kunne kommunen trekke seg, og slik var det også etter at kjøpekontraktene ble signert 19. desember 2016, muligens også langt senere. Det er uomtvistet at kjøpesummen var markedsmessig per desember 2016.

(32) Selv om vurderingen tar utgangspunkt i forholdene 23. juni 2016, fikk ikke Grønnegata 21 AS en økonomisk fordel gjennom salget. De 16 leilighetene og 9 garasjene ble solgt til markedspris, og selskapet er derfor ikke i en bedre økonomisk situasjon enn uten avtalen. De verdivurderingene som kommunen har fremlagt, bygger på uriktige rettslige prinsipper og har også andre vesentlige svakheter. Det skulle ha vært tatt hensyn til at markedet var historisk sterkt, og at det var forventning om betydelig verdistigning.

(33) Mange hensyn utover pris kan være relevante og begrunne betalingsvillighet. Ved bruken av det såkalte markedsaktørprinsippet har kommunen anvendt feil underkategori. Dessuten har man tatt utgangspunkt i selgeren, ikke kjøperen, slik man skulle ha gjort. Det blir videre uriktig å legge inn et krav om profitt. Boligbyggs formål er å dekke et lovpålagt boligtilbud, ikke profitt.

(34) Grønnegata 21 AS skulle videre ha vært tilstått en langt videre skjønnsmargin enn kommunen har gjort.

(35) Perspektivet som kommunen har anlagt, vil – om det skulle være riktig – ramme en rekke offentlige kjøp og salg og i realiteten fungere som en kontraktsrettslig prisavslagsbestemmelse.

(36) Uansett er ikke Grønnegata 21 AS støttemottaker, siden midlene er brukt til å betale utbytte til selskapets aksjonærer. Kjøpet kan dessuten ikke tilregnes Oslo kommune. Det var Boligbygg som sto bak kjøpet, og det skjedde uten nødvendig fullmakt fra kommunen.

(37) En støtte er videre bare ulovlig i den utstrekning den påvirker samhandelen i EØS-området. Det er ikke tilfellet her. Det aktuelle salget dreide seg om en disposisjon av lokal karakter. Eventuell overpris var ikke egnet til å ha innvirkning på andre investorer. Beløpet er dessuten relativt beskjedent.

(38) Under enhver omstendighet kan ikke kommunen kreve at Grønnegata 21 AS tilbakefører overprisen. Det ville innebære at selskapet tvinges til å avstå eiendommen til betydelig lavere pris enn avtalt. Selskapet må kunne velge mellom å stå i avtalen som den er, og at den tilsidesettes som ugyldig. Tilbakeføring ved restitusjon er en effektiv og treffsikker måte å sikre forpliktelsene etter EØS-avtalen. Støtteloven § 5 er ingen avtalerettslig ugyldighetsregel.

(39) Grønnegata 21 AS har lagt ned slik påstand:

> «Prinsipalt:
> 1. Anken forkastes.
>
> 2. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten med 7 426 275 kroner.
>
> 3. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.
>
> Subsidiært:
> 1. Grønnegata 21 AS frifinnes mot at partene tilbakefører sine respektive ytelser.
>
> 2. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten med 7 426 275 kroner.
>
> 3. Grønnegata 21 AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

(40) *Staten ved Nærings- og fiskeridepartementet* har opptrådt i saken, jf. tvisteloven § 30-13 første ledd, og har særlig fremhevet:

(41) Lagmannsrettens tolkning av støtteloven § 5 er uriktig. Tolkningen vil innebære at norsk rett ikke er i samsvar med EØS-retten, som forbyr offentlig støtte og påbyr tilbakeføring ved overtredelser. Dette gjelder også støtte gjennom privatrettslige avtaler mellom det offentlige og støttemottaker. Statene må ha et regelverk som sikrer full og effektiv tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte.

(42) Støtteloven § 5 må forstås slik at den oppfyller disse kravene. Ordlyden tilsier klart at ved overpris er det den delen av vederlaget som utgjør støtte, som skal tilbakeføres. Denne forståelsen – som også har god forankring i andre rettskilder – utfordrer ikke legalitetsprinsippet.

(43) Tilbakeføringen kan skje på andre måter enn ved kontant betaling, men forutsetningen er at det skjer på en måte som er like effektiv og egnet. Når markedsverdien har forandret seg etter kjøpet, slik som her, vil avtalerettslig restitusjon være i strid med tilbakeføringsplikten. Avtalen vil i utgangspunktet være upåvirket av tilbakeføringen av støttebeløpet. Støttemottakeren kan imidlertid i etterkant av tilbakeføringen gjøre gjeldende avtalerettslige beføyelser i en egen sak. Disse beføyelsene må likevel ikke være av en slik karakter at de underminerer formålet med plikten til å tilbakeføre ulovlig støtte.

(44) Staten har ikke lagt ned påstand.

Mitt syn på saken

Innledende merknader

(45) Innledningsvis finner jeg grunn til å knytte noen bemerkninger til hva som er sakens gjenstand.

(46) Kommunen har krevd at Grønnegata 21 AS skal tilbakeføre et bestemt beløp, nemlig 13 millioner kroner. Kommunen har altså ikke knyttet påstanden direkte til kommunens vedtak 3. juni 2019 eller klagenemndas vedtak 10. mars 2020, der det ble besluttet at Grønnegata 21 AS skal tilbakeføre 13 millioner kroner. Bakgrunnen er – antar jeg – at det var kommunen som tok ut søksmål i saken. Det var altså ikke Grønnegata 21 AS som angrep vedtaket ved søksmål. Som tilsvar til kommunen har imidlertid Grønnegata 21 AS angrepet kommunens vedtak, også for Høyesterett.

(47) Slik jeg ser det, oppstår tilbakeføringskrav først når rette myndighet fatter et vedtak om at tilbakeføring skal skje, jf. Rt-2013-1665 avsnitt 38. Et eventuelt tilbakeføringskrav i vår sak oppsto dermed ved kommunens vedtak.

(48) I realiteten dreier saken seg derfor om hvorvidt dette vedtaket – eller snarere klagenemndas vedtak – er gyldig. Jeg legger dette til grunn i det følgende. Påstanden er imidlertid fremsatt som et krav om penger. Konsekvensen av eventuell ugyldighet må da bli at Grønnegata 21 AS frifinnes for kravet.

Innebar kjøpet av andelene i Grønnegata 21 ulovlig statsstøtte?

Noen rettslige utgangspunkter

(49) EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 lyder slik:

> «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.»

(50) Bestemmelsen er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1.

(51) Flere vilkår må være oppfylt for at det skal foreligge ulovlig offentlig støtte etter artikkel 61 nr. 1. Jeg nevner særlig at tiltaket må innebære bruk av offentlige midler, og at ett eller flere bestemte foretak må få en økonomisk fordel som ikke andre foretak får. Dessuten må tiltaket være potensielt konkurransevridende og egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-statene.

(52) Om kravet om økonomisk fordel uttales det i avsnitt 66 i ESAs retningslinjer om statsstøttebegrepet, vedlegg til ESAs beslutning nr. 3/17/COL av 18. januar 2017, at artikkel 61 nr. 1 stiller krav om «any economic benefit which an undertaking could not have obtained under normal market conditions, that is to say in the absence of State intervention».

(53) Det følger blant annet av 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 113 at man ved vurderingen skal bruke «princippet om den private aktør i en markedsøkonomi», noe som innebærer at det må påvises at virksomheten «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».

(54) Enhver økonomisk fordel som stammer fra offentlige midler, skal i utgangspunktet anses som offentlig støtte, for eksempel offentlige lån og garantier som ikke gis på markedsvilkår. Det samme gjelder skatte- og avgiftsfritak, eller andre former for skattefordeler, som gis til enkelte sektorer eller bedrifter. Også offentlig kjøp av varer eller tjenester til overpris, eller salg av offentlige formuesgoder under markedspris, kan innebære at en eller flere bedrifter får en økonomisk fordel som utgjør offentlig støtte. At dette også gjelder der det offentlige kjøper fast eiendom, fremgår uttrykkelig av Kommisjonens avgjørelse i sak C 12/2009 *Karjaportti* av 12. juni 2012 avsnitt 156:

> «I princippet finder det markedsøkonomiske investorprincip ligeledes anvendelse på en stats køb af jord eller andre aktiver. Et sådant køb kunne omfatte statsstøtte, hvis det ikke kan betragtes som en normal kommerciel transaktion.»

(55) Ved vurderingen av om det offentliges kjøp er en slik «normal kommerciel transaktion», og derved ikke ulovlig støtte, må man ha et kjøperperspektiv – ikke et selgerperspektiv.

(56) Som det fremheves blant annet i EU-domstolens dom i Volotea- og easyJet-sakene, må det dreie seg om en fordel som mottaker «klart» ikke ville ha fått på markedsvilkår. I avtaletilfelle er det således bare klar under- eller overpris som omfattes.

(57) Hverken årsaken til eller formålet med støtten er relevant, jf. ESAs retningslinjer avsnitt 67.

(58) Vurderingen av om det dreier seg om en økonomisk fordel, må foretas ut fra omstendighetene da støtten ble gitt. Dette er uttrykkelig sagt i Prop. 212 L (2020–2021) side 48. Der fremgår at tildelingstidspunktet er avgjørende, det vil si «det tidspunktet da støttemottaker ble gitt et rettslig bindende, uforbeholdent tilsagn om støtte».

(59) Dette samsvarer med EU-domstolens praksis om at det avgjørende er det tidspunktet da myndigheten forplikter seg til å yte støtten, jf. Underrettens dom 25. januar 2018 i sak T-818/14 *Brussels South Charleroi Airport* avsnitt 72, der det sies at «det følger af Domstolens praksis, at kriteriet for tidsfæstelsen af tildelingen af støtte er tidspunktet for den retligt bindende handling, hvorved den nationale kompetente myndighed forpligter sig til at yde støtten til støttemodtageren ...».

(60) Vurderingen skal altså ta utgangspunkt i det tidspunktet da myndigheten forpliktet seg til å gi støtte ved et ubetinget og rettslig bindende tilsagn. Det er først på dette tidspunktet at mottakeren vil kunne innrette seg etter støtten. I kontraktsforhold vil både støttegiver og mottaker binde seg. Det avgjørende vil likevel være når støttegiveren har bundet seg, og ikke når støttemottakeren har bundet seg.

Konkret vurdering av riktig tidspunkt for fordelsvurderingen

(61) I kommunens vedtak 3. juni 2019 ble det lagt til grunn at spørsmålet om Grønnegata 21 AS fikk en fordel gjennom salget, måtte vurderes ut fra omstendighetene 23. juni 2016. Det må antas at klagenemnda har lagt det samme til grunn.

(62) Grønnegata 21 AS har gjort gjeldende at det riktige ville ha vært å ta utgangspunkt i et langt senere tidspunkt, siden Boligbyggs aksept 23. juni 2016 skjedde uten nødvendig fullmakt. Som følge av at boligprisene i Oslo steg kraftig i tiden etter 23. juni 2016, vil dette spørsmålet ha stor betydning for om kommunens beregning av ulovlig støtte og tilbakeføringskrav er korrekt.

(63) Den 23. juni 2016 aksepterte altså Boligbygg å kjøpe de 16 andelene og 9 garasjeplassene. Tilbudene ble fremsatt av Grønnegata 21 AS i 16 ulike brev, og akseptene skjedde ved påtegning av A på hvert av disse. Selve kontraktene ble først signert 19. desember 2016, også da ved A. Som nevnt var A fagansvarlig for innkjøp i Boligbygg.

(64) Det er på det rene at styret i Boligbygg bare hadde fullmakt til å inngå avtaler om kjøp der kjøpesummen var under 50 millioner kroner. Avtaler som oversteg denne summen, måtte godkjennes av bystyret. As fullmakt var som nevnt begrenset til 15 millioner kroner.

(65) Ved at kjøpet gjaldt de enkelte andeler og garasjeplasser, og ikke bygården i sin helhet, lå hvert av kjøpene formelt under fullmaktsgrensene. Men som lagmannsretten peker på,

fremstår oppdelingen av salget i andeler som en omgåelse av fullmaktene. Realiteten var at Boligbygg 23. juni 2016 gjorde ett kjøp til 75 055 000 kroner, og at kjøpene samlet sett – slik det var riktig å se dem – derved innebar at Boligbygg handlet uten nødvendig fullmakt. Lagmannsretten legger til grunn at B, som representerte Grønnegata 21 AS, kjente til dette. B har bekreftet dette i sin forklaring for Høyesterett.

(66) Kommunens aksept ved A 23. juni 2016 inneholdt ikke noe forbehold om godkjennelse fra styret i Boligbygg eller bystyret. Det gjorde heller ikke kontraktene 19. desember 2016. Dette kan imidlertid ikke være avgjørende. Selv uten et slikt forbehold vil en overskridelse av fullmakt gjøre at avtalen ikke er bindende dersom den andre parten kjenner eller burde kjenne til overskridelsen. For styret heter det i vedtektene for Boligbygg § 7 siste ledd:

> «Styrets vedtak i saker som skal endelig avgjøres av Oslo bystyre, jfr. 1. ledd, er ikke bindende for Oslo kommune, før de er godkjent av bystyret.»

(67) Bestemmelsen kan ikke uten videre være avgjørende i de tilfeller der avtalemotparten hverken kjente til eller burde ha kjent til overskridelsen. Men som nevnt er ikke dette situasjonen i vår sak, og da får dagjeldende kommunelov 1992 § 74 anvendelse:

> «Har noen som representerer foretaket utad, ved handling på vegne av foretaket overskredet sin myndighet, er handlingen ikke bindende for kommunen eller fylkeskommunen hvis medkontrahenten innså eller burde innsett at myndigheten ble overskredet, og det derfor ville stride mot redelighet å gjøre disposisjonen gjeldende.»

(68) I vår sak hadde hverken styret i Boligbygg eller A myndighet til å inngå avtalene. Dette innebærer at kommunen også etter 23. juni 2016 kunne gjøre gjeldende at avtalen ikke var bindende. Kommunen ville ikke ha avgitt et rettslig bindende tilsagn før bystyret hadde samtykket til avtalen. Først da kunne selskapet fullt ut innrette seg på at støtten var gitt. Akkurat når dette skjedde, er uklart. Kontrakten ble som nevnt signert 19. desember 2016, men også det skjedde ved A og innebar ikke noe slikt samtykke. På et eller annet tidspunkt må antakelig bystyret anses for å ha gitt samtykke, ved konkludent adferd eller på annen måte, men saken er ikke godt nok opplyst til at jeg finner grunnlag for å gå nærmere inn på dette.

(69) For meg er det tilstrekkelig å konkludere med at kommunen i hvert fall i løpet av 2016 ikke hadde gitt et ubetinget og rettslig bindende tilsagn om støtte.

(70) Vedtaket om tilbakeføring av statsstøtte bygger derved på uriktig rettsanvendelse knyttet til vurderingstidspunktet. Det er videre på det rene at eiendomsprisene steg kraftig i Oslo etter 23. juni 2016. Det er opplyst for Høyesterett at kvadratmeterprisen for boliger i bydel Frogner fra juni 2016 til årets slutt steg fra rundt 75 000 kroner til rundt 85 000 kroner. De nærmere detaljene i utviklingen i eiendomsmarkedet går jeg imidlertid ikke inn på, da det er åpenbart at det kan ha virket inn på vedtakets innhold at kommunen har lagt uriktig tidspunkt til grunn. Som nevnt vil det bare være klar overpris som utgjør støtte.

(71) Vedtaket er etter dette ugyldig, og det er da heller ikke grunnlag for tilbakeføringskravet.

Hvordan skulle ulovlig støtte ha vært tilbakeført?

(72) Med denne konklusjonen er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på de andre innsigelsene som er reist mot tilbakeføringskravet. Foranlediget av lagmannsrettens dom, kommunens anke og av at partene og staten inngående har prosedert spørsmålet om hvordan støtte i så fall skulle tilbakeføres, og at det er et behov for rettsavklaring på området, vil jeg imidlertid si noe om mitt syn på hvordan en slik tilbakeføring skal skje.

(73) Etter protokoll 3 del I artikkel 1 nr. 3 og del II artikkel 3 til avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) er det forbudt å iverksette støtte som faller innenfor EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1 uten godkjennelse fra ESA. Forbudet – ofte omtalt som iverksettelsesforbudet – innebærer også plikt for statene til på eget initiativ å sørge for at støtte som er tildelt i strid med forbudet, tilbakeføres, jf. EU-domstolens storkammerdom 5. mars 2019 i sak C-349/17 *Eesti Pagar AS* avsnitt 92:

> «Det følger heraf, at når en national myndighed konstaterer, at støtte, som den har tildelt i medfør af forordning nr. 800/2008, ikke opfylder de fastsatte betingelser for at være omfattet af fritagelsen fastsat i denne forordning, påhviler det denne myndighed mutatis mutandis at overholde de samme betingelser som de i nærværende doms præmis 89 anførte, herunder pligten til på eget initiativ at tilbagesøge den ulovligt tildelte støtte.»

(74) Formålet med tilbakeføringsplikten er å rette opp skjevheten som har oppstått i markedet som følge av den ulovlige støtten. Støttemottakeren fratas den økonomiske fordelen vedkommende har hatt i forhold til konkurrentene, og situasjonen fra tiden før støtten ble tildelt, gjenopprettes, jf. Eesti Pagar-dommen avsnitt 131:

> «Hvad angår de nævnte konsekvenser skal det bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at ophævelse af en uretmæssig støtte ved at kræve den tilbagebetalt med henblik på at genoprette den oprindelige situation er den logiske følge af, at støtten er fundet ulovlig. Det hovedformål, som forfølges med tilbagebetalingen af ulovligt ydet statsstøtte, er nemlig at fjerne den konkurrencefordrejning, som er forårsaget af den konkurrencefordel, som er opnået ved en sådan støtte. Ved denne tilbagebetaling af støtten mister støttemodtageren den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte genoprettes … .»

(75) Med virkning fra 1. januar 2023 fremgår for norsk retts vedkommende iverksettelsesforbudet og den tilhørende plikten til å kreve tilbake ulovlig støtte av støtteprosessloven §§ 5 og 12. På vedtakstidspunktet var imidlertid tilbakeføringsplikten hjemlet i støtteloven § 5 første ledd, som lød slik:

> «Dersom meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61 er tildelt før EFTAs overvåkningsorgan har godkjent meldingen, eller EFTAs overvåkningsorgan finner at støtten er i strid med EØS-avtalens regler om offentlig støtte, kan støtten kreves tilbakeført.»

(76) Det har tidligere i saken vært reist spørsmål om bestemmelsen ga hjemmel for å innkreve støtte gitt i form av ubalanserte avtaler. For Høyesterett synes partene imidlertid å være enige om at bestemmelsen ga slik hjemmel. Jeg er enig i dette. Paragraf 5 gjaldt «meldepliktig støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61». Som jeg har fremholdt tidligere, omfatter artikkel 61 alle former for støtte. Denne forståelsen underbygges av forarbeidene til loven. I Ot.prp. nr. 98 (2001–2002) side 6 heter det:

> «Regelen avløyser noverande § 3. Formålet med endringa er å gjere det klart at all stønad som fell inn under verkeområdet for loven, her medrekna indirekte stønad, også kan vere gjenstand for krav om tilbakeføring etter § 4.»

(77) Dette er utdypet på side 4 i proposisjonen.

(78) Partene er imidlertid fortsatt uenige om på hvilken måte slik tilbakeføring skal skje. Kommunen og staten har fremholdt at tilbakeføring – i hvert fall som den klare hovedregel – skal skje ved at selve støttebeløpet tilbakeføres, altså den delen av vederlaget som anses som ulovlig statsstøtte. Bare der andre måter å tilbakeføre på har samme effekt, kan slike alternativer være aktuelle. Grønnegata 21 AS har mot dette anført at tilbakeføring normalt skal skje ved at kontraktsytelsene tilbakeføres i sin helhet.

(79) I et stigende marked – slik som tilfellet var i denne saken – kan valget mellom de to alternativene gi store utslag.

(80) Paragraf 5 sier ikke noe helt uttrykkelig om denne problemstillingen, men det er klart mest nærliggende å lese bestemmelsen slik kommunen og staten gjør. Det er «meldepliktig støtte» som kan kreves tilbakeført, og det er naturlig å lese dette slik at det siktes til det elementet som utgjør ulovlig støtte, og ikke til avtalen i sin helhet. Med en slik forankring i ordlyden utfordrer ikke denne tolkningen legalitetsprinsippet.

(81) Så vidt jeg kan se, behandles ikke dette spørsmålet eksplisitt i støttelovens forarbeider. Men samlet sett forstår jeg dem slik at det er elementet av statsstøtte som skal føres tilbake. I forarbeidene til den nye støtteprosessloven er dette sagt mer uttrykkelig, jf. Prop. 212 L (2020–2021) side 49:

> «Departementet har vurdert hvilken betydning tilbakeføringskrav etter lovforslaget § 12 har for kontraktsforholdet der støtten er tildelt gjennom kontrakt. Et tilbakeføringskrav hjemlet i støtteprosessloven er ikke et kontraktsrettslig krav, men et selvstendig krav hjemlet i støtteprosessloven på grunnlag av et brudd på iverksettelsesforbudet og notifikasjonsplikten i støtteprosessloven. Hvilken betydning et tilbakeføringskrav kan ha for underliggende kontrakter vil trolig variere. Virkningene for det enkelte kontraktsforhold må løses etter alminnelige kontraktsrettslige og erstatningsrettslige regler. Det er etter departementets syn derfor ikke hensiktsmessig å regulere hvilken betydning tilbakeføringskrav har for underliggende kontraktsforhold i støtteprosessloven. Departementet opprettholder forslaget på dette punktet.»

(82) Dette må forstås slik at departementet mener at det er støtteelementet som skal tilbakeføres. Hvilken virkning tilbakeføring får på kontrakten, blir et eget kontraktsrettslig spørsmål som må avgjøres særskilt. Proposisjonen har i denne sammenhengen karakter av etterarbeider, men uttalelsen – som ledet til ny lov – viser hvilket system lovgiver har ønsket.

(83) Tolkningen underbygges av EØS-rettens krav til effektiv håndhevelse av reglene om ulovlig støtte. EU-domstolen har flere ganger understreket viktigheten av dette, jf. Eesti Pagar-dommen avsnitt 140:

> «En national regel, der forhindrer en national ret eller myndighed i at drage alle konsekvenser af en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 3, tredje punktum, TEUF, skal nemlig anses for uforenelig med effektivitetsprincippet ... .»

(84) EU-domstolen har også fremhevet at tilbakeføring normalt skal skje ved kontant betaling. Den har likevel åpnet for at også alternative måter kan godtas, men bare hvis de er like egnede, jf. dom 7. juli 2009 i sak C-369/07 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 79, der det «mindes om Domstolens udtalelse om, at hvis en medlemsstat bestemmer, at tilbagesøgningen af den nævnte støtte skal ske på anden måde end ved kontant betaling, skal den forelægge Kommissionen alle de oplysninger, som er nødvendige for, at denne kan efterprøve, om det valgte middel er egnet til at gennemføre beslutningen …».

(85) Om restitusjon av kontraktsytelser vil være tilstrekkelig, uttaler Kommisjonen seg i rådgivende uttalelse 30. juni 2021 til ankedomstolen i Gent i Belgia i sak 2019/AR/548. Saken gjaldt salg av offentlig eiendom til underpris. I avsnitt 52 og 54 heter det:

> «52. Therefore, in the present case, the recovery of the State aid granted to Bijloke b.v. would seem to constitute appropriate action to address the consequences of the infringement of Article 108(3) TFEU. The amount of aid would consist in the difference between the market price of the land and the price of EUR 17,513,000, which Bijloke b.v. actually paid for that land.
>
> …
>
> 54. Another possible remedy could be the nullity of the sale of the 79 plots of land, if foreseen by national law, but in that case the national court should ensure that this solution does not provide any residual advantage to the beneficiary as compared to the full recovery of unlawful State aid (including interests for the period of unlawfulness).»

(86) Utgangspunktet er altså at hvis hovedregelen om kontant tilbakeføring skal fravikes, må det påses at ingen restfordel – «residual advantage» – tilfaller støttemottakeren sammenlignet med tilbakeføring ved kontant betaling med renter. Som EU-domstolen uttaler i dom 15. desember 2005 i sak C-148/04 *Unicredito Italiano SpA* avsnitt 117, skal tilbakeføringen innebære at «man så vidt muligt går tilbage til den situation, der ville have foreligget, hvis de pågældende transaktioner var blevet gennemført» uten den ulovlige støtten.

(87) I Kommisjonens avgjørelse 2015/456 av 5. september 2014 ble bytte av landarealer mellom myndighetene og private, mot at den private fikk byggetillatelser på sitt nye areal, ansett å inneholde ulovlig støtte. Kommisjonen åpner her for at tilbakeføring kan skje ved restitusjon av kontraktsytelsene, men under den forutsetning at «der ikke var sket materielle ændringer på de pågældende henholdsvis statsejede og privatejede skovarealer efter datoen for byttetransaktionen», jf. avsnitt 177.

(88) På denne bakgrunnen er det etter min mening klart at ulovlig støtte i form av overpris etter § 5 kan pålegges tilbakeført uten at dette umiddelbart får følger for kontraktsforpliktelsene. Restitusjon av kontraktsytelsene ville bare kunne være aktuelt der en slik fremgangsmåte vil være like egnet og effektiv som tilbakeføring av selve støtteelementet.

(89) Jeg føyer til at en støttemottaker som pålegges å tilbakeføre det ulovlige støtteelementet, må kunne gjøre gjeldende i en egen sak at kontraktsforpliktelsene er endret som følge av

tilbakeføringsplikten. Hvordan et slikt kontraktsrettslig revisjonskrav skal bedømmes rettslig, går jeg ikke nærmere inn på. Det må imidlertid være klart at det også her må tas hensyn til våre EØS-rettslige forpliktelser om å sikre effektiv tilbakeføring av ulovlig støtte.

(90) Som det vil ha fremgått, har min drøftelse rettet seg mot støtteloven § 5. Jeg føyer imidlertid til at støtteprosessloven § 12 må forstås på tilsvarende måte.

Konklusjon og sakskostnader

(91) Vedtaket om tilbakeføring er etter dette ugyldig, og Grønnegata 21 AS skal frifinnes for kravet. Anken må da forkastes.

(92) Grønnegata 21 AS har vunnet saken og har i samsvar med tvisteloven § 20-2 første ledd krav på dekning av sakskostnader. Det er ikke grunn til å gjøre unntak etter § 20-2 tredje ledd.

(93) Grønnegata 21 AS har fremlagt oppgave over kostnadene for behandlingen i Høyesterett på 5 088 734 kroner uten merverdiavgift, hvorav salær for i overkant av 1 100 timer utgjør det alt vesentlige. Med tillegg av merverdiavgift er kravet 6 360 917 kroner. Beløpet er høyt, men jeg mener at det ikke er grunnlag for å sette det ned. Jeg nevner at ankeforhandlingene pågikk over fire fulle rettsdager. Selv om det likevel er påløpt mange timer, er det bare omtrent 150 timer mer enn kommunen har krevet dekket. Grønnegata 21 AS har hatt en rekke innsigelser mot lagmannsrettens dom og arbeid med frifinnelsesgrunner som lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til, og som nødvendigvis må ha medført mye arbeid. Jeg nevner også at timeprisen ikke er så høy at den i seg selv gir grunnlag for nedsettelse – i gjennomsnitt noe under 4 600 kroner. Samlet er kostnadene nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

(94) Det er ikke grunn til å endre lagmannsrettens avgjørelse om sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

(95) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Grønnegata 21 AS 6 360 917 – seksmillionertrehundreogsekstitusennihundreogsytten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen.

(96) Dommer **Bergsjø:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(97) Dommer **Sæther:** Likeså.

(98) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.

(99) Dommer **Matheson:** Likeså.

(100) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Oslo kommune til Grønnegata 21 AS 6 360 917 – seksmillionertrehundreogsekstitusennihundreogsytten – kroner innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen.