

NOTAT

Til: Norsk Industri
v/ Ole Børge Yttredal

Fra: Arntzen de Besche advokatfirma AS
v/ advokatene Merete Kristensen, Ronny
Rosenvold og Espen I. Bakken

Kopi:

Oslo, 9. desember 2015
Ansvarlig advokat: Espen I. Bakken
E-post: EIB@adeb.no
Vår ref: RRO/rro 6304089.1
110800 /86077

JURIDISK VURDERING AV STATSGARANTIORDNING FOR INDUSTRIEN**1 MANDAT**

Arntzen de Besche Advokatfirma AS (AdeB) er gitt i oppdrag av Norsk Industri (NI) å vurdere om Regjeringen innenfor rammene av EØS-avtalen kan etablere en ordning for statsgaranti til industriaktører som faller innenfor nærmere angitte NACE-koder.

Utredningen vil se på hvordan en garantiordning kan etableres innenfor rammene av EØS-avtalen artikkel 61(1). Det faller således utenfor mandatet å se nærmere på hvilke handlingsrom norske myndigheter har til å få godkjent en garantiordning ved notifisering til EFTAs overvåkningsorgan. Statsgarantiordninger kan også etableres under denne ordningen, men da dette er en lengre prosess som vil kreve en annen vurdering vil ikke vilkårene for en slik notifisering være gjenstand for nærmere behandling i dette notat.

2 JURIDISK RAMMEVERK**2.1 Innledning**

Bakgrunnen for dette notatet er en vurdering av nye støtteordninger for norsk landbasert industri innenfor rammen av EØS-avtalen. For at staten skal kunne stille lånegarantier til industrien innenfor gjeldende regelverk under EØS-avtalen artikkel 61(1) er det en grunnleggende forutsetning at en privat investor ville foretatt investeringen på samme vilkår, den såkalte markedsinvestortesten. Dette gjelder uavhengig av om det er snakk om kapitaltilførsel eller garantier. Dette vil bli nærmere behandlet i punktene nedenfor.

En utfordring for en rekke bedrifter har vært tilgang på kapital til investeringer i nye prosjekter. Etter finanskrisen i 2008 har banker og finansinstitusjoner blitt gjenstand for ytterligere reguleringer fra myndighetene, herunder nye kapitalkrav. Manglende tilgang på kapital til investeringer i nye prosjekter har derfor i enkelte tilfeller vist seg utfordrende for enkelte aktører i industrien. Vi har blitt bedt om å vurdere muligheten for en ordning der staten stiller garanti som sikkerhet for bedrifters lån hos private banker og/eller andre finansieringsinstitusjoner for hele eller deler av lånebeløpet, heretter statsgarantier.

Utgangspunktet ved vurderingene er at en statsgaranti for låneforpliktelser som ikke omfattes av forbudet i EØS-avtalen artikkel 61(1) vil være lovlig. Slike ordninger vil ikke kunne ha som formål å sikre industribedrifter som har kommet i en vanskelig økonomisk situasjon. De statsgarantiordninger som allerede eksisterende har vært rettet mot bedrifter med forsvarlig økonomi, men som til tross for dette har vanskeligheter med å få på plass finansiering til enkelte prosjekter.

Innledningsvis skal det kort nevnes at garantier har blitt ansett som statsstøtte i de tilfeller der det innvilges garantier på vilkår som er mer gunstige enn det man ville oppnådd i markedet forøvrig. Dette anses som en vederlagsfri fordel fra staten og vil derfor være i strid med forbudet mot statsstøtte. Det er derfor et sentralt premiss for en generell ordning for statsgarantier til industrien at det gjennomføres en grundig økonomisk analyse av markedsvilkårene for lånegarantier, herunder en vurdering av ulike risikopremier inkludert generell risiko, risiko for mislighold, risiko for langsiktige garantiforpliktelser og betydning av eventuell tilleggsikkerhet f.eks. muligheten for morselskapsgarantier. Dette vil behandles nærmere i notatets punkt 4 om tilsvarende ordninger er tidligere er godkjent.

Vurderingen i dette notatet er begrenset til støtteordninger som faller utenfor forbudet i EØS-avtalens artikkel 61(1) etter retningslinjene for statsgarantier «*EFTA Surveillance Authority, State aid Guidelines Part V: Spresific aid instrument: State Guarantees*». Dersom industrien heller skulle ha behov for en ren redningspakke vil dette måtte gjøres etter andre retningslinjer herunder retningslinjene for regionalstøtte, retningslinjer for miljøstøtte¹

I det følgende vil det gjøres rede for vilkårene for at en eventuell generell ordning med lånegarantier ikke vil falle inn under forbudet i EØS-avtalens artikkel 61 (1), herunder en beskrivelse av tilsvarende støtteordninger til industrien i andre europeiske land.

2.2 EØS-avtalen artikkel 61(1)

Regelverket for statsstøtte skal hindre offentlige myndigheter i å gi enkelte bedrifter eller sektorer gunstigere konkurranseposisjon enn bedrifter som ikke nyter godt av slik støtte. Støttebegrepet er svært vidt og omfatter tiltak som tilfører mottakeren midler, for eksempel direkte tilskudd eller indirekte gjennom for eksempel en gunstig skatteposisjon. Forbudet gjelder uavhengig av hvordan støttemottakeren er organisert. EØS-avtalen oppstiller et forbud mot tildeling av offentlig støtte til enheter som utøver økonomisk aktivitet:

«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 virer 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.»

Forbudet mot offentlig støtte i EØS-avtalen artikkel 61(1) skal forhindre at konkurransen i markedet vris som en følge av at EU-stater eller EFTA-stater gir støtte til foretak som setter disse i en gunstig konkurranseposisjon i forhold til andre foretak.

For det første må noen tilgodeses med støtte i form av økonomisk fordel (støttevilkåret). EU-domstolen har vurdert støttevilkårets rekkevidde til å omfatte mer enn bare rene subsidier. Bakgrunnen er at domstolen har tillagt hensynene bak statsstøttereglene stor vekt. Det fremgår blant annet av EU-domstolens uttalelse i Ecotrade-saken:

“As the Court has already held, the concept of aid is wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits, such as subsidies themselves, but also measures which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without therefore being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect”²

¹ EFTA Surveillance Authority, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 og Guidelines on regional State aid for 2014-2020.

² EU-domstolen sak C-200/97 Ecotrade Srl v. Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), premiss 34.

Støtte som har de samme økonomiske effektene som rene pengeoverføringer er etter dette omfattet av støttevilkåret. Spørsmålet er etter dette om en statsgaranti innebærer en økonomisk fordel tilsvarende en subsidie. En statsgarantiordning kan utformes slik at den vil være i henhold til regelverket ved at garantien ikke utgjør en økonomisk fordel for den garantien stilles til. Vi finner det derfor nærliggende å redegjøre for hvordan en statsgarantiordning for industrien kan etableres uten å innebære en økonomisk fordel gitt av staten. Dette behandles nærmere under punkt 2.4.

For *det andre* må støtten være gitt av statlige midler. Dette kan presiseres i to retninger. Det må først avgjøres om støtten er gitt av staten. Videre må det kunne vises til at det er tilstrekkelig tilknytning til statens finanser. Hvor støtten er gitt i form av en statsgaranti vil det være den potensielle økonomiske byrden for staten som utgjør statsmidler.

For *det tredje* må støtten være selektiv, det vil si at den er tildelt enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer. Dersom statsgarantiordningen etableres med utgangspunkt i enkelte NACE koder vil ordningen være selektiv slik at vilkåret vil være oppfylt.

For *det fjerde* stilles det som vilkår at støtten er *konkurransesvridende* og således påvirker *samhandelen* innen EØS-området. Vurderingstema er om støtten styrker posisjonen til en støttemottaker i forhold til sine konkurrenter.³ Vurderingen vil måtte ta utgangspunkt i hver enkelt støttemottaker. I praksis vil vilkåret oftest være oppfylt. Vilkåret er derfor ikke underlagt noen nærmere vurdering i det følgende.

Vilkårene er kumulative. Dette innebærer at alle vilkårene må være oppfylt for at forbudet skal komme til anvendelse. Det er vår vurdering at en statsgarantiordning kan etableres slik at den ikke faller inn under forbudet i EØS-avtalen artikkel 61(1).

2.3 Statsgarantier kan utgjøre offentlig støtte

EØS-avtalens statsstøttebegrep rekker mye videre enn rene subsidier. Det vil si at en lang rekke ordninger som ikke er subsidier i ordets rette forstand, kan innebære statsstøtte. Rettspraksis fra EU-domstolen viser at også statsgarantier kan utgjøre offentlig støtte. I ENI-Lanerossi uttaler domstolen som følger:

“In addition, with the authorization of the Minister for State Holdings, ENI may issue bonds guaranteed as to capital and interest by the State. It is not necessary to rule on the question whether that guarantee in itself constitutes State aid; its existence distinguishes ENI's borrowing from the normal borrowing of a private company.”⁴

ESAs retningslinjer for statsgarantier følger dette utgangspunktet:

“The EFTA Surveillance Authority also regards as aid in the form of a guarantee the more favourable funding terms obtained by enterprises whose legal form rules out bankruptcy or other insolvency procedures or provides an explicit state guarantee or coverage of losses by the State.”⁵

Dette fastlegger utgangspunktet for vår vurdering. Altså at statsgarantier gitt på gunstige vilkår vil innebære statsstøtte.

Den økonomiske fordelene ved en statsgaranti er at staten bærer den risiko som er forbundet med garantien. Normalt bør staten belønnes med en passende premie for å bære denne risikoen. Når

³ EU-domstolen saker 730/79 Philip Morris Holland BV v. Commission, premiss 11 og sak C-148/04 Unicredito Italiano, premiss 56.

⁴ EU-domstolen sak C-303/88 - Italy v Commission, premiss 13.

⁵ EFTA Surveillance Authority, State aid Guidelines Part V: Specific aid instrument: State Guarantees, Punkt 1.2.

staten helt eller delvis gir avkall på en slik premie, er dette ikke bare til fordel for foretaket men også en belastning på statens ressurser.

Dermed kan det foreligge støtte i henhold til EØS-avtalens artikkel 61(1) selv om det viser seg at staten ikke er forpliktet til å foreta utbetalinger under garantien. Tidsmessig skjer støttetildelingen på det tidspunkt garantien blir gitt, og ikke på det tidspunkt garantien gjøres gjeldende eller det foretas utbetalinger i henhold til garantien. Om en garanti utgjør statsstøtte eller ikke, og eventuelt hvor stort støttebeløpet er, må vurderes på det tidspunktet garantien blir gitt.

2.4 Støttevilkåret – hvorvidt det foreligger en økonomisk fordel

2.4.1 Utgangspunktet for vurderingen – markedsinvestortesten

I sin vanligste form er garantier knyttet til lån eller andre finansielle forpliktelser som inngås mellom en låntaker og en långiver. Ifølge rettspraksis, vil vurderingen av om garantien innebærer offentlig støtte måtte vurderes ut fra spørsmålet om vilkårene garantien er gitt på i samsvar med de vilkår en privat part ville krevd med samme rolle og ansvar.⁶ Dette utgjør den såkalte markedsinvestortesten.

Markedsinvestortesten er ment for de tilfeller hvor støtten er gjort tilgjengelig på «*conditions which would be acceptable for a private operator under the normal conditions of a market economy.*»⁷

I samsvar med dette prinsippet vil ikke enhver form for støtte være i strid med statsstøtteforbudet. Hvor staten opptrer som privat aktør, vil spørsmålet være om de vilkår som er satt av myndighetene er i samsvar med de vilkår en privat part ville krevd. Spørsmålet besvares gjennom anvendelsen av markedsinvestortesten. Hvor markedsinvestortesten skulle vise at støtten er gitt på markedsmessige vilkår vil det ligge innenfor myndighetenes handlingsrom å gi støtten.

Alfa Romeo-saken er illustrerende for vurderingen av prinsippet om markedsinvestortesten:

*"In order to determine whether such measures are in the nature of State aid, it is necessary to consider whether in similar circumstances a private investor of a size comparable to that of the bodies administering the public sector might have provided capital of such an amount."*⁸

Markedsinvestortesten innebærer etter dette at tildeling av offentlige midler til foretak må gjøres på vilkår som ville ha blitt godtatt av en privat investor. I analysen ser man på om en garanti som er stilt av myndighetene er stilt på markedsmessige vilkår. Er den foretatt på markedsmessige vilkår vil ikke garantien utgjøre statsstøtte. Avgjørende her er om det er utsikter til en normalavkastning på den investerte kapitalen. Med andre ord om den forventede fortjenesten korrelerer med hva som er vanlig i markedet.

Dersom låntaker betaler en markedsmessig vederlag for at staten påtar seg en risiko vil det etter dette ikke utgjøre statsstøtte. Når låntakeren ikke trenger å betale dette, eller betaler en lavere godtgjørelse, mottar låntakeren således en fordel. Sammenliknet med en situasjon der garantien ikke foreligger, gjør statsgarantien det mulig for låntakeren å oppnå bedre finansielle vilkår for et lån enn de vilkår som vanligvis tilbys på finansmarkedene. Låntakeren kan gjennom statsgarantien ofte oppnå lavere rentesatser og/eller stille lavere sikkerhet. I noen tilfeller ville låntakeren uten en statsgaranti ikke finne noen finansinstitusjon som var villig til å gi lån. Statsgarantier kan derfor fremme opprettelse av nye foretak og gjøre det mulig for eksisterende foretak å skaffe kapital til å starte virksomhet på nye

⁶ Retten sak T-296/97 Alitalia – Linee aeree italiane SpA v. Commission, premiss 81.

⁷ EFTA Surveillance Authority, *State aid Guidelines Part V: Specific aid instrument: State Guarantees*, Punkt 3.1.

⁸ EU-domstolen sak C-305/89 - Italy v Commission, premiss 19.

områder. Likeledes kan en statsgaranti hjelpe et foretak i vanskeligheter til å videreføre driften i stedet for å innstille eller omstrukturere den, noe som kan medføre konkurransevridning, og dermed være en fordel gitt av staten.

Det sentrale spørsmålet i denne saken er således å vurdere på hvilke betingelser en privat aktør, tilsvarende staten, ville ha stilt garanti. Staten og en privat investors atferd skal sammenlignes under hensyn til den holdning en privat investor ville ha inntatt i forbindelse med å stille garanti på grunnlag av de foreliggende opplysninger og utsiktene på dette tidspunktet.⁹

Statsgarantier kan ytes som individuelle garantier eller som ledd i garantiordninger. ESA definerer en garantiordning som enhver ordning som, uten at det kreves ytterligere gjennomføringstiltak, gir grunnlag for å gi garantier til foretak som oppfyller visse vilkår når det gjelder varighet, beløp, underliggende transaksjon, virksomhetstype eller -størrelse. En individuell garanti er etter dette enhver garanti som gis til et foretak og ikke tildeles på grunnlag av en garantiordning.

Dersom en individuell garanti eller en garantiordning som staten er involvert i, ikke gir noen fordeler for en virksomhet, utgjør den ikke statsstøtte. For å avgjøre om en garanti eller garantiordning innebærer en fordel, har EU-domstolen i sin rettspraksis¹⁰ fastslått at vurderingen må foretas etter markedsinvestorprinsippet. Det bør derfor tas hensyn til om et foretak som garantien stilles til fordel for, i praksis har mulighet til å skaffe tilsvarende finansielle midler via kapitalmarkedet. Det dreier seg ikke om statsstøtte dersom en ny finansieringskilde stilles til rådighet på vilkår som ville være akseptable for en privat aktør på markedsvilkår.

2.4.2 Momenter i vurderingen

Spørsmålet er hvilke hensyn staten skal la seg lede av når det skal ytes statsgaranti i tråd med markedsinvestorprinsippet. Utgangspunktet er at når staten yter garanti skal dette gjøres ut fra rentabilitetsmessige hensyn. Det offentlige kan altså ikke foreta en investering (eksempelvis en kapitaltilførsel) for å ivareta sosiale, regionale eller sektorpolitiske hensyn hvis det ikke samtidig gir markedsmessig avkastning. Private investorer kan eksempelvis opprette selskaper som kommersielt sett ikke lar seg forsvare, uten at dette på noen måte er i strid med statsstøttereglene. Det samme er ikke tilfellet der det offentlige opptrer som investor.

En statsgaranti på gunstige vilkår vil derfor normalt innebære offentlig støtte fordi denne kan gi grunnlag for å oppta et lån til lavere rente eller med mindre sikkerhet enn den kunne gjort uten garantien. Garantien økonomiske verdi må vurderes konkret. Relevante momenter er garantien varighet, risikoen for sviktende betalingsevne hos låntakeren, garantipremien, hvilken sikkerhet som ellers er stilt for det garanterte lånet, på hvilket tidspunkt det offentliges plikt til å dekke lånet inntreffer, m.m. Støtteelementet tilsvarer vanligvis differansen mellom den rentesats låntakeren måtte betalt i et fritt marked og den rentesats han faktisk oppnår gjennom garantien, med fradrag av garantipremien.

For å forenkle vurderingen av om markedsinvestorprinsippet er fulgt for en konkret garantiordning har ESA senest i 2008 vedtatt retningslinjer for statsgarantier hvor man trekker om grensene for lovlige statsgarantier. Retningslinjene anerkjenner at medlemsstatene selv vil måtte kunne bedømme hvorvidt en statsgarantiordning vil innebære statsstøtte.

⁹ EU-domstolen saker C-482/99 France v. Commission, premiss 70, Case C-399/00 Italy v. Commission, premiss 38 og Retten forente saker T-228/99 and T-233/99 Westdeutsche Landesbank v. Commission, premiss 246.

¹⁰ EU-domstolen sak C-482/99 France v Commission (Stardust).

Når det gjelder en statlig garantiordning anser ESA at det vil utelukke statsstøtte dersom følgende vilkår er oppfylt:

(i) Statsgaranti kan ikke gis til foretak i økonomiske vanskeligheter

Det følger av ESAs retningslinjer at låntakere i økonomiske vanskeligheter må utelukkes fra en statsgarantiordning. Hvilke foretak som skal defineres som foretak i vanskeligheter og således ikke skal kunne gis en statsgaranti følger av ESAs retningslinjer for krise- og omstrukturingsstøtte.¹¹ Den nærmere definisjonen gjengis ikke i det følgende. Det avgjørende er imidlertid at en statsgarantiordning må ha begrensninger for hvilke foretak som kan gis støtte. Dersom støtte skal gis til foretak med manglende finansielle ressurser kan således ikke statsgarantier benyttes som et virkemiddel.

(ii) Rekkevidden av statsgarantien

Det følger av ESAs retningslinjer for statsgarantier punkt 3.4(b) at *«the extent of the guarantees can be properly measured when they are granted. This means that the guarantees must be linked to specific financial transactions, for a fixed maximum amount and limited in time»*.

Det innebærer at statsgarantien må knyttes til en bestemt kontrakt, med begrensning på verdi og tid. En statsgaranti gitt under en generell ordning må etter dette henvise til hvilke kontrakt garantien gjelder for, og hvilke beløp og tidsbegrensninger som får anvendelse.

(iii) Maksimumsdekning

ESAs retningslinjer for statsgarantier oppstiller en begrensning på at garantien ikke må dekke mer enn 80 % av det utestående lånet eller en annen finansiell forpliktelse. ESA anser at dersom en finansiell forpliktelse dekkes fullt ut av en statsgaranti, har långiveren mindre incentiv til å vurdere, sikre og redusere risikoen i forbindelse med lånetransaksjonen, og i særdeleshet til å foreta en ordentlig vurdering av låntakerens kredittverdighet. Manglende incentiv til å redusere risikoen for at lånet ikke innfris kan føre til at långiverne gir lån med en kommersiell risiko som er høyere enn normalt, slik at andelen av høyrisikogarantier i statens portefølje øker.

For å sikre at långiveren i praksis bærer en del av risikoen, må det ved forutsetninger følges ved utstedelse av en statsgaranti:

- Når lånet eller den økonomiske forpliktelsen reduseres over tid, f.eks. fordi lånet nedbetales, skal garantibeløpet nedsettes tilsvarende, på en slik måte at garantien ikke på noe tidspunkt dekker mer enn 80 % av det utestående lånet eller den økonomiske forpliktelsen.
- Tap må bæres proporsjonalt og på samme måte av långiveren og garantisten. På samme måte skal nettobeløpene (dvs. inntektene fratrukket kostnader ved behandling av krav) som inndrives av gjelden fra sikkerheten låntakeren gir, redusere långiverens og garantistens tap proporsjonalt. Garantier der tapene først tilskrives garantisten og først deretter långiveren, vil bli ansett for å kunne innebære statsstøtte.

Det kan argumenteres for at en statsgaranti på over 80 % ikke innebærer statsstøtte fordi det er gitt på markedsvilkår. Det må i så fall kunne dokumenteres at det er særskilte omstendigheter omkring

¹¹ EFTA Surveillance Authority,, Part III: *Horizontal rules, Guidelines on State aid for rescuing and restructuring non-financial undertakings in difficulty*, punkt 2.2.

transaksjonen som helhet, som gjør at utbetalingen er gjort på markedsvilkår. For en generell ordning vil det være svært vanskelig å argumentere for at en garanti over 80 % er markedsmessig.

(iv) En realistisk risikovurdering

Vilkårene for ordningen må bygge på en realistisk vurdering av risikoen, slik at de premiene mottakerne betaler etter all sannsynlighet gjør ordningen selvfinansierende. Det at ordningen er selvfinansierende, og risikovurderingen realistisk, anses av ESA som indikasjoner på at ordningens garantipremie er basert på markedsvilkår. Dette innebærer at risikoen ved hver ny garanti må vurderes konkret på grunnlag av alle aktuelle faktorer (låntakerens kredittverdighet, sikkerhetsstillelse, garantiens varighet osv.). Denne risikoanalysen skal danne grunnlag for risikoklassifisering i henhold til ESA retningslinjer for statsgarantier.¹²

Retningslinjene oppstiller videre i punkt 3.4(f) at *«In order to be viewed as being in line with market prices, the premiums charged have to cover the normal risks associated with granting the guarantee, the administrative costs of the scheme, and a yearly remuneration of an adequate capital, even if the latter is not at all or only partially constituted. (...)»*

For å bli ansett for å være i samsvar med markedsprisene må premiene dekke de normale risikoer som er forbundet med garantien, ordningens administrasjonskostnader og en årlig forrentning av en tilstrekkelig kapital, selv om denne ikke eller bare delvis er innbetalt.

Med hensyn til administrasjonskostnader bør disse minst omfatte utgifter til den spesifikke innledende risikovurderingen, samt risikoovervåkning og risikostyring knyttet til at garantien gis og administreres.

Når det gjelder forrentning av kapitalen følger det av ESAs retningslinjer at garantister normalt er underlagt regler om kapitalkrav, og at de i samsvar med disse reglene er pålagt å ha en bestemt egenkapital for ikke å gå konkurs når det skjer endringer i de årlige tapene knyttet til garantiene. Slike regler gjelder vanligvis ikke for statlige garantiordninger, og staten trenger derfor ikke bygge opp slike reserver. Med andre ord, hver gang tap på garantiene overstiger premieinntektene, blir underskuddet dekket over statsbudsjettet. En statsgaranti for en ordning er derfor gunstigere for ordningen enn en vanlig garanti. For å unngå en slik forskjell, og for å sikre staten en kompensasjon for den risikoen den tar, anser ESA at garantipremiene skal dekke forrentningen av en tilstrekkelig kapital.

Det følger videre av retningslinjene at ESA anser at denne kapitalen må tilsvare 8 %¹³ av de utestående garantiene. For garantier som gis til foretak med kredittvurdering som tilsvarer AAA/AA- (Aaa/Aa3) kan beløpet som skal forrentes reduseres til 2 % av de utestående garantiene. Når det gjelder garantier som gis til foretak med kredittvurdering som tilsvarer A+/A- (A1/A3) kan beløpet som skal forrentes reduseres til 4 % av de utestående garantiene.

Den normale forrentningen av denne kapitalen består av en risikopremie, eventuelt forhøyet med den risikofrie renten. ESA angir i sine retningslinjer at en normal risikopremie for egenkapital utgjør minst 400 basispoeng, og at en slik risikopremie bør regnes med i mottakerens garantipremie.

¹² ESA har i sine retningslinjer fastsatt tabell som viser til ratingklassene fastsatt av Standard and Poor's, Fitch og Moody's. Ratingene trenger imidlertid ikke komme fra disse byråene. Nasjonale ratingsystemer eller ratingsystemer som bankene bruker for å gjenspeile risiko for mislighold er også akseptable så sant de angir en risiko for mislighold over ett år, ettersom dette tallet brukes av ratingbyråer for å rangere foretak. Andre systemer bør muliggjøre tilsvarende klassifisering ved hjelp av dette tallet.

¹³ Tilsvarer kapitalkravene fastsatt i artikkel 75 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/48/EF av 14. juni 2006 om adgang til å starte og utøve virksomhet som kredittinstitusjon, som ble innlemmet i EØS-avtalens vedlegg IX ved EØS-komiteens beslutning nr. 65/2008.

Dersom kapitalen, slik det er tilfelle ved de fleste statsgarantiordninger, ikke utbetales til ordningen og det derfor ikke er tale om noe kontantbidrag fra staten, trenger den risikofrie renten ikke tas i betraktning. Dersom staten imidlertid utbetaler den underliggende kapitalen, pådrar den seg lånekostnader, og ordningen nyter godt av denne kapitalen gjennom en eventuell investering av den. Den risikofrie renten må derfor betales til staten på det aktuelle beløpet. Videre bør dette beløpet tas fra ordningens finansinntekter og har ikke nødvendigvis betydning for garantipremiene. Det følger av retningslinjene at ESA anser at avkastningen av 10-årige statsobligasjoner kan benyttes som en passende indikator for den risikofrie renten, betraktet som en normal kapitalavkastning.

(v) Årlig gjennomgang

Det følger av ESAs retningslinjer at for å få en korrekt og progressiv vurdering av om ordningen er selvfinansierende skal det årlig foretas en vurdering av ordningens faktiske tapsprosent i en rimelig tidshorison, om premienivået er tilstrekkelig, og om premiene må justeres for å unngå en risiko for at ordningen ikke lenger er selvfinansierende. Denne justeringen kan berøre alle eksisterende og framtidige garantier, eller bare framtidige garantier.

(vi) Fremtidige garantier

Dersom det etableres en ordning i samsvar med retningslinjene for statsgarantier må det i ordningen fastsettes hvilke vilkår framtidige garantier vil bli gitt på, eksempelvis hvilke foretak som kan komme i betraktning på grunnlag av kredittverdighet, og eventuelt sektor og størrelse, samt ordningens maksimalbeløp og varighet.

2.4.3 Konklusjon

Det er etter dette vår vurdering at norske myndigheter kan etablere en statsgarantiordning for industrien uten at en slik ordning vil utgjøre statsstøtte. Det forutsetter at ordningen etableres i samsvar med markedsinvestortesten. Veiledning for hvordan ordningen kan organiseres for å være i samsvar med markedsinvestortesten finnes i ESAs retningslinjer for statsgarantiordninger redegjort for over. For at et foretak skal kunne støttes under garantiordningen er det etter det en forutsetning at foretakene oppfyller de vilkårene som ESA oppstiller i retningslinjene. Å stille garanti på andre betingelser enn dem som er redegjort for over vil innebære en betydelig risiko knyttet til om vurderingen av om ordningen er markedsmessig.

3 UTFORDRINGER VED Å BENYTTRE RETNINGSLINJENE

Slik vi vurderer det ligger hovedutfordringen ved å applisere retningslinjene i kravet om at garantien ikke må dekke mer enn 80 % av det utestående lånet. Bakgrunnen for kravet er at långiver skal måtte bære noe av risiko for mislighold fra låntaker. På denne måten vil långiver ha et incentiv for å vurdere låntakers kredibilitet.¹⁴ Som følger fremgår det av retningslinjene at ESA vil foreta grundigere undersøkelser dersom garantien omfatter mer enn 80 % av lånet. Det forutsetter at dersom garantien skal gis for mer enn 80 % må det være begrunnet i særskilte forhold, som underbygger at garantien er gitt på markedsvilkår. det må understrekes at grensen på 80 % er gitt da den ansees for å være utrykk for markedsinvestorprinsippet, men dette vil kunne avvike i enkeltsaker.

Under gjeldende retningslinjer må det ikke, som under tidligere retningslinjer, påvises at låntaker ville kunne få lån på markedsvilkår fra en finansinstitusjon uten statens medvirkning. Dette gjør at det under retningslinjene ikke forutsettes å kunne dokumentere at låntaker ville fått lån uten

¹⁴ ESAs retningslinjer for statsgarantier punkt 4.1.

statsgarantien. Det er likevel viktig å understreke at statsgarantien vil måtte følge markedsmessige vilkår. Det er derfor svært viktig at vilkårene i retningslinjene er fulgt dersom man skal kunne påberope seg at betingelsene for statsgarantien er markedsmessig.

4 ER TILSVARENDE ORDNINGER GODKJENT TIDLIGERE

Våre undersøkelser viser at det finnes en rekke ordninger godkjent av ESA og Europakommisjonen i medhold av deres respektive retningslinjer for statsgarantier. Det finnes imidlertid statsgarantier som er godkjent under henvisning til miljøretningslinjene eller regionalretningslinjene og er da vurdert under andre forutsetninger. Disse ordningene faller derimot på utsiden av rammene for dette notatet.

Et eksempel på en statsgarantiordning som er godkjent av ESA er således ordning for garantier til kraftintensive industribedrifter i visse sektorer under langvarige kraftavtaler som ble godkjente 2. mars 2011. ESA vurderte det slik at risikovurderingen i modellen som norske myndigheter foreslo, var realistisk. Modellen sikret derfor at garantipremiene som skulle beregnes var i tråd med markedsvilkårene, og at ordningen ville være selvfinansierende.

Garantiordningen for kraftintensiv industris kjøp av kraft benyttes til å garantere for finansiering i forbindelse med kjøp av kraft på langsiktige kontrakter. Garantiordningen er forbeholdt kraftintensive virksomheter innenfor trelast og trevare, treforedling, kjemiske produkter og metaller. Ordningen gjelder for langsiktige kraftavtaler med en varighet på minst sju år, og det kan ikke garanteres for kraftavtaler med en varighet på mer enn 25 år. Garantier kan gis til enkeltvirksomheters kraftkjøp eller til kraftkjøp foretatt av en sammenslutning av virksomheter (konsortier) innenfor kraftintensiv industri. I tråd med EØS-avtalens statsstøtteregler skal garantien til enhver tid maksimalt dekke 80 % av den underliggende finansielle forpliktelsen som garantien motsvarer og av det tapet som oppstår ved mislighold. Det følger også av ordningen at GIEK ved en eventuell stillelse morselskapsgaranti vil redusere selskapets risiko og dermed redusere garantipremien som betales for lånegarantien. Prismodellen som benyttes tillater bruk av morselskapets kredittvurdering som en erstatning for søkerens kredittverdighet dersom søkeren gir tilstrekkelige garantier fra morselskapet. Slike garantier må dekke alle eller minst betydelige deler av GIEKs garantiansvar. Ordningen er utformet i tråd med retningslinjene beskrevet ovenfor i punkt 2.4.

Videre administrerer GIEK garantiordning for byggelån til skip, fartøyer og innretninger til havs (byggelånsgarantiordningen). Ordningen ble etablert i 2005. Under ordningen kan det garanteres for inntil 50 % av det enkelte lån eller dellån på like vilkår med en finansinstitusjon. Ordningen har ikke vært vurdert av ESA forut for opprettelsen. Forutsatt at ordningen kun stiller garantier på like vilkår med finansinstitusjoner vil ordningen ikke innebære statsstøtte. Det er derfor ikke et krav om at ordningen godkjennes av ESA.

Fra EU kan Europakommisjonens godkjennelse av tre tyske ordninger for statsgarantier trekkes frem som eksempler på tilsvarende ordninger.¹⁵ Ordningene ble godkjent med henvisning til Europakommisjonens retningslinjer for statsgarantier.¹⁶ Tilsvarende ESAs retningslinjer. Videre kan nevnes Europakommisjonens godkjennelse av Polske myndigheters eksportgarantiordning.¹⁷ Ordningen administreres det Polske Export Credit Insurance Corporation. Europakommisjonen konkluderte også

¹⁵ N 197/2007, N 541/2007 and N 762/2007. Ordningene ble senest forlenget i 2013 ved følgende vedtak fra Europakommisjonen SA.37256 (2013/N), SA.37257 (2013/N) and SA.37258 (2013/N).

¹⁶ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees (2008/C 155/02)

¹⁷ Europakommisjonens beslutning N105/2007 Guarantee scheme for export contracts

her med at ordningen ikke innbar offentlig støtte fordi man i tilstrekkelig grad kunne dokumentere at garantien ville ytes på markedsvilkår.

Dette er således ordninger som har vært vurdert av henholdsvis ESA og Kommisjonen til ikke å innebære offentlig støtte. Det er grunn til å tro at det også finnes andre ordninger som ikke er godkjent. Bakgrunnen for det er at statsgarantiordninger etablert på markedsvilkår ikke krever forhåndsgodkjenning. Det er videre ordninger som er godkjent under EU-traktaten artikkel 107(3)(c) (tilsvarende EØS-avtalen artikkel 61(3)(c)). Slike ordninger krever notifikasjon, se nærmere redegjørelse under punkt 5.

5 NOTIFISERING UNDER EØS-AVTALEN ARTIKKEL 61(3)(C)

Dersom garantiordning ikke oppfyller prinsippet om normal markedsatferd, anses den for å innebære statsstøtte. Det må i så fall foretas en beregning av statsstøtteelementet for å undersøke om støtten kan være forenlig i henhold til en konkret unntaksbestemmelse. Det faller utenfor rammene å vurdere om en statsgarantiordning kan godkjennes under et av unntakene i EØS-avtalen. For å gi det hele bilde nevnes imidlertid at EØS-avtalen artikkel 61(3)(c) vil kunne være en relevant bestemmelse for å nå nærmere bestemte formål.

EØS-avtalen artikkel 61(3)(c) gir, på visse vilkår, ESA adgang til skjønnsmessig å godta enkelte støtteordninger. EØS-avtalen artikkel 61(3)(c) retter seg mot støtte som har til formål å lette utviklingen av enkelte næringsgrener eller på enkelte økonomiske områder. Selv om ordlyden er begrenset anvendes bestemmelsen i praksis også på horisontale tiltak. For at støtten skal anses som forenlig med EØS-avtalen artikkel 61(3)(c) er det et krav om at støtten må forfølge et formål av EØS-rettslig interesse på en nødvendig og proporsjonal måte. I denne sammenheng må det foretas en *balansetest* mellom henholdsvis de positive og negative virkningene av støttetiltaket.

Relevante unntak fra forbudet som vil kunne tenkes applisert er særlig støtte til utvikling regional og støtte til omstrukturering. Dette er forhold som kan falle inn under unntaket dersom det kan dokumenteres at vilkårene er oppfylt.

En slik ordning vil måtte notifiseres til ESA for godkjenning før ordningen iverksettes. Det vil innebære en formell prosess med ESA for å få vurdert hvorvidt ordningen kan godkjennes.

6 KONKLUSJON OG ANBEFALING

Vår konklusjon er at det foreligger et handlingsrom i foreliggende sak, og at norske myndigheter kan etablere en statsgarantiordning som ikke favnes av forbudet mot statsstøtte i EØS-avtalen artikkel 61(1). Nærmere bestemt er det vår vurdering at en statsgarantiordning etablert i samsvar med markedsinvestorprinsippet ikke vil utgjøre statsstøtte.

Det er vår anbefaling at en eventuell statsgarantiordning etableres i samsvar med ESAs retningslinjer for statsgarantiordninger. Ved etableringen av en slik ordning må det klart defineres hvilke NACE-koder som skal omfattes av ordningen, hvilke typer lånefinansiering skal omfattes av ordningen, samt gjennomføres en økonomisk analyse for å underbygge at den foreslåtte ordningen oppfyller markedsinvestortesten som beskrevet ovenfor.

Videre er det vår anbefaling at norske myndigheter får i dialog med ESA om etableringen av en statsgarantiordning for industrien. Dette kan gjøres gjennom såkalt pre-notifikasjon. Ordningen må ikke formelt notifiseres, men en dialog med ESA om lovligheten av ordningen vil skape sikkerhet for foretakene som benytter seg av den for at det ikke senere kommer krav om tilbakebetaling.

Uten at det har vært gjenstand for noen grundig vurdering ser vi at det vil være mulig å notifisere en statsgarantiordning under EØS-avtalen artikkel 61(3)(c) for nærmere bestemte formål. Slik vi vurderer det vil det ikke være egnet for en generell statsgarantiordning som følger ESAs retningslinjer.
