

Nærings – og fiskeridepartementet
Postboks
0303 OSLO

Vår dato: 16.10.2020
Deres dato: 24.06.2020
Vår referanse: [Vår ref]
Deres referanse: 20/951-2

Forslag til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte (støtteloven). Høring

1. Innledende bemerkninger

NHO viser til departementets høringsbrev og høringsnotat om forslag til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte (støtteloven). NHO viser også til kontakt med departementet om utsatt frist for vårt hørings svar til 16. oktober.

Hovedformålet med lovforslaget er å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale reglene for offentlig støtte. NHO er enig med departementet i behovet for en opprydding og en samlet fremstilling av prosessreglene i saker om offentlig støtte. NHO har etterlyst en slik opprydding i flere innspill til departementet tidligere, og er glad for at dette nå synes å komme på plass. Rettigheter og plikter som følger av dagens lov er delvis uklare og loven fremstår som fragmentarisk og lite brukervennlig. Selv om loven dekker vesentlige forhold som er påkrevet gjennom EØS-avtalen, fremstår ikke gjennomføringen av reglene som ideell. Et uklart og fragmentarisk prosessregelverk kan også øke risikoen for manglende etterlevelse av de materielle reglene. Å løfte frem og tydeliggjøre regler som har betydning for nasjonale støttesaker for derigjennom å også sikre en mer brukervennlig lov, anser NHO som svært viktig for våre bedrifter.

Mange av våre medlemsbedrifter, særlig små og mellomstore bedrifter, mottar offentlig støtte. Å sikre like konkurranseforhold mellom bedrifter nasjonalt og mellom norske og utenlandske bedrifter blir derfor viktig. Offentlig støtte tas med i både investeringsbeslutninger og forretningsstrategier hos den enkelte bedrift. Tilbakebetaling av offentlig støtte kan derfor bli svært byrdefullt for bedriftene. Det er derfor viktig at offentlige støtteordninger og tildelinger utformes og forvaltes i overensstemmelse med EU/EØS-retten.

Behovet for en tydeliggjøring av reglene for å sikre etterlevelsen synes også å være mer fremtredende i lys av utviklingen på støtteområdet på EU/EØS-nivå. Moderniseringsprosessen som ble startet i 2012 har gitt seg utslag i en betydelig utvidelse av det generelle gruppeunntakets virkeområde, som igjen medfører at en større andel av støttetildelingene nå ikke gjennomgår noen *ex ante* kontroll fra ESAs side. Isteden fokuserer ESA i større grad på økt kontroll *ex post*, gjennom evaluering og kontroll. Kommisjonen har også brakt på det rene at det er store forskjeller i medlemslandene i etterlevelsen av gruppeunntatt støtte. Dette vil nødvendigvis stille større krav til nasjonal forvaltning av støttereglene, først og fremst med sikte på å hindre at det

tildeles støtte i strid med regelverket. Flere av forslagene i høringsnotatet synes å støtte opp om dette. Det er bra.

NHO er enig med departementet i at de materielle støttereglene er lite egnet for regulering i nasjonal rett siden de i stor grad er skjønnspreget og vil følge rettsutviklingen i EU/EØS. En definisjon av de materielle forenlighetsvilkårene ville for eksempel fort kunne medføre en interntrettslig begrensning av hva som kan notiseres, og dermed være uttrykk for en uriktig rettsoppfatning. Å definere de materielle støttereglene vil derfor i liten grad bidra til en vesentlig klargjøring.

2 Krav til melding, rapportering og transparens

2.1. Meldeplikt for nye støttetiltak

NHO er enig med departementet i at det ikke bør innføres en plikt til å melde nye støttetiltak til departementet for forhåndsvurdering. En forhåndsvurdering fra departementet om hvorvidt et tiltak utgjør offentlig støtte eller er forenlig med EØS-avtalen vil uansett ikke gi rettslig sikkerhet for støtteiver eller støttmottaker siden det utelukkende er ESA eller EFTA-domstolen som har kompetanse til å godkjenne støttetiltak. Slik NHO ser det vil et slikt pålegg bidra til å forsinke prosessen og uten å ha nevneverdige fordeler for støttegiver og støttmottaker. Dagens praksis der departementet er koordinator i ESA-prosessene anses i så måte å sikre en god nok prosess ved innføring av nye støttetiltak.

2.2 Registreringsplikt i Registeret for offentlig støtte

Departementet har bedt om innspill på spørsmålet om en eventuell utvidelse av registeret til å omfatte all offentlig støtte og om fordelene knyttet til å opprette et uttømmende register for bagatellstøtte oppveier den økte administrative byrden for støttegiver ved utvidet registreringsplikt.

Når det gjelder et register over bagatellstøtte vil NHO påpeke at all bagatellstøtte forutsettes å være vurdert at støttegiver. En registreringsplikt kan derfor neppe sies å være nevneverdig tilleggsarbeid for støttegiver. Å tildele bagatellstøtte er ofte praktisk, tidseffektivt og mindre ressurskrevende enn å tildele annen støtte. Slik støtte har også ofte en side til reglene om kumulasjon. I tillegg må støttegiver kontrollere at støttmottaker ikke har mottatt annen bagatellstøtte de siste tre årene. Støttegiver vil i stor grad være prisgitt støttmottakers opplysninger om tidligere mottatt støtte. Ikke alle virksomheter innehar en slik oversikt i dag.

En registreringsplikt vil øke transparensen omkring enkelttildelingen samt gi et bedre generelt oversiktsbilde over denne typen støtte. Det vil igjen gjøre det enklere å opptre i tråd med reglene om bagatellstøtte samt sikre at reglene om kumulasjon overholdes. Slik sett blir registrering av formålet med støtten viktig. Samtidig vil et register bevisstgjøre både støttmottaker og støttegiver i større grad enn i dag. Slik bevisstgjøring mener NHO det er større behov for, særlig ute i kommunene, men også blant støttmottakere. Fordelen ved en registreringsplikt vil derfor etter NHOs syn være betydelig både for støttegiver, støttmottaker og ikke minst tredjeparter.

I høringsnotatet er det ikke redegjort nærmere for kostandene ved et slikt register. NHO antar likevel at dagens register og tekniske løsninger kan benyttes og bygges videre på.

NHO anbefaler på denne bakgrunn at det opprettes et register over bagatellstøtte. I tillegg anbefales det at det tas inn tydeligere regler eller henvisning til nærmere regler om registreringsplikten i loven i § 5 i lovutkastet.

Når det gjelder et register over all offentlig støtte er NHO enig med departementet at det kan bli krevende å få på plass, særlig med tanke på mangfoldet av støttegivere og ulike typer støtte.

2.3. Opplysningsplikt og taushetsplikt

Etter lovforslagets § 6 første ledd kan støttegiver kreve at støttemottaker fremlegger de opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes. NHO mener det er positivt at denne regelen nå går frem av selve lovteksten (og ikke bare forskriften). Vi mener imidlertid regelen er for generelt utformet, og vi foreslår at den presiseres dithen til å gjelde en konkret støttetildeling.

Det er ikke definert nærmere hvilke opplysninger plikten omfatter utover et generelt krav om at opplysningene må være nødvendige. Vi forstår dette likevel slik at den går lenger enn adgangen til dokumentinnsyn. Under den forutsetningen kan det være grunn til at departementet presiserer nærmere hvilke opplysninger støttemottaker plikter å utgi, alternativt at det inntas en henvisning til proporsjonalitetsprinsippet. Dette bør særlig gjelde for det tilfellet at informasjonen innhentes fra små og mellomstore bedrifter. En slik presisering vil også være mer i tråd med bestemmelsene i den nye prosedyreforordningen.

Ifølge lovutkastets § 6 annet ledd kan departementet kreve av "enhver" at det fremlegges opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes. Departementet fremholder at det i enkelte saker vil være nødvendig å innhente opplysninger fra andre enn støttegiver og støttemottaker. I dag gis slik informasjon på frivillig basis av for eksempel markedsaktører.

Et slik markedsinformasjonsverktøy kan i særlige saker være nyttig, men må veies opp mot kostandene for aktørene det vil gjelde. På denne bakgrunn mener vi at pliktsubjektene etter bestemmelsen er svært vidt definert og synes å være uten noen begrensninger. Dette vil ha sider mot håndheving og sanksjonering for utelatt eller mangelfull informasjon for aktører som ikke er part i en sak. Vi mener at pliktsubjektene i bestemmelsen bør presiseres nærmere til "enhver tredjepart som har en viss tilknytning til saken og/eller sitter på konkret markedsinformasjon e.l." Vi viser også i denne sammenheng til bestemmelsene i den nye prosedyreforordningen, artikkel 7 som også presiserer dette nærmere.

Som for vurderingen under § 6 første ledd, jf. over, bør også annet ledd presisere nærere hvilke opplysninger som kan innhentes, alternativt henviser til proporsjonalitetsprinsippet. Igjen bør dette særlig gjelde for informasjon innhentet hos små og mellomstore bedrifter.

I lovutkastet § 6 fjerde ledd annet punktum fremgår det at plikten til å gi opplysninger vil stå tilbake for den kvalifiserte lovbestemte taushetsplikten. Det vises i denne sammenheng til straffeprosessloven §§ 117 til 120. Forholdet til departementets samtykke er noe uklart, og bør presiseres nærmere i bestemmelsen.

3 Forvaltning av støtteordninger

NHO er i utgangspunktet positiv til at regler om forvaltningen av støtteordninger løftes inn i loven. På enkelte punkter synes forslaget å klargjøre støttegivers plikter i forhold til dagens forskriftsbestemmelser. Dette kan i større grad enn dag bidra til å sikre at enkelttildelinger av støtte og støtteordninger gis i samsvar med vilkårene for ordningen og gjeldende EØS-regelverk. Risikoen for tildeling av ulovlig støtte vil dermed kunne reduseres, samt misbruk av støtte.

Det er likevel viktig at det ikke innføres rapporterings og kontrollrutiner som medfører økt byråkratisering og økt administrasjon hos støttemottakere. Loven bør derfor legge til rette for en fornuftig risikoplassering/ansvar mellom støttegiver og støttemottaker. Lovforslaget § 7 (3) a) og c) viser til at støttegiver skal sikre at støttemottaker gir opplysninger som er "nødvendige" for å kontrollere støtteordningen/tildelingen. Det er viktig at en slik adgang er saklig underbygget og ikke misbrukes for derved å skape unødig økt administrasjon hos støttemottaker. Det bør derfor være den enkelte støtteordning/tildeling som må legge hovedgrunnlaget for rapportering og dokumentasjon fra støttemottaker.

Forslaget bør, slik vi ser det, vurdere dette nærmere.

4. Iverksettelsesforbudet, tilbakeføring og foreldelse

4.1 Iverksettelsesforbudet

Iverksettelsesforbudet representerer rettsgrunnlaget for støttereglenes virkning i nasjonal rett. Dette gjelder alle former for privat håndhevelse (typisk erstatningsansvar, midlertidig forføyninger, fastsettelsessøksmål), og tilbakeføring fremsatt av tredjeparter med rettslig interesse. Nasjonale domstoler er forpliktet til å anvende iverksettelsesforbudet og – så langt som nasjonal rett tillater – avhjelpe og forhindre skadevirkninger av ulovlig støtte.

Viktigheten av iverksettelsesforbudet tilsier at gjennomføringen gjøres i selve loven og ikke i forskriften. Som NHO har påpekt i tidligere høringer til departementet anser vi ikke forbudet, slik det følger av ODA prot. 3 Del I, å være gjennomført på en tilstrekkelig måte i loven om offentlig støtte. Det EØS-rettslige iverksettelsesforbudet er gjennomført gjennom inkorporeringen av prosedyreforordningen (via Forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte), men denne forskriften gjennomfører ikke det egentlige iverksettelsesforbudet i ODA, prot. 3, del I og som rettspraksis i EU er basert på. Forskriften om EØS-prosedyreregler gjentar også bare den såkalte "stand-still clause" i prosedyreforordningen. Samtidig skapte Rt. 2013 s. 1665, Hydro/Søral, tvil om iverksettelsesforbudets gjennomslagskraft i norsk rett. En gjennomføring i selve loven vil sikre oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalen og ODA, jf. EØS-avtalen artikkel 108,

samtidig som iverksettelsesforbudet får samme gjennomslag som i EU-landene der forbudet følger av Funksjonstraktaten og har direkte virkning.

Slik NHO erfarer er forbudets mangelfulle gjennomføring og tydeliggjøring i regelverket i dag med på å forklare årsakene til at det er relativt få saker om privat håndheving av offentlig støtte i nasjonale domstoler, se nærmere under pkt. 5.

Gitt forbudets sentrale plass i støtteretten, og for å rydde all tvil om gjennomføring til side, bør forbudet løftes enda tydeligere frem enn i forslaget fra departementet. Dette bør gjøres i form av en egen bestemmelse under et eget kapittel om iverksettelsesforbudet.

3.2 Tilbakeføring

NHO er enig med departementet i at reglene for tilbakebetaling av ulovlig støtte gir et uklart bilde av tilbakeføringsprosessen. Det er utvilsomt et behov for å klargjøre reglene. En regulering av tilbakeføring må ivareta Norges forpliktelser etter EØS-avtalen til at støtten skal tilbakeføres umiddelbart, men likevel slik at støttemottakers rettssikkerhetsgarantier må respekteres.

Vi støtter at rettstilstanden etter sak C-349/17, *Eesti Pagar*, presiseres i loven.

Forholdet mellom forslaget § 11 (1) og (3) fremstår imidlertid noe uklar med hensyn til hvorvidt det må fattes eget vedtak eller om det er tilstrekkelig å nærmest videresende tilbakeføringsvedtaket fra ESA med en "cover-note". NHO vil anbefale at det presiseres at det må fattes eget vedtak. Videre ser vi det som en klar fordel at § 11 også presiserer at beløpet og de nærmere vilkårene for tilbakeføring fastsettes i vedtaket, herunder fristen. Dette kan være med på å demme opp for langdryge prosesser om beløpene i norske domstoler.

Vi oppfatter lovforslaget dithen at et vedtak etter § 11 alltid vil være et enkeltvedtak, uavhengig av bestemmelsene i forvaltningsloven, og uavhengig av om tildelingen av støtte har skjedd ved et enkeltvedtak eller gjennom en kontrakt. Departementet bør vurdere å presisere dette.

Det bør likeledes vurderes å presisere når plikten til å kreve tilbakebetale inntreffer. I praksis oppstår det ofte uklarheter om tidspunktet og støttemottaker og støttegiver kan ofte ha ulike oppfatninger om tidspunktet, basert på ulike tolkning av faktum og/eller jus. Slike vurderinger er ofte også komplekse. Å ha en viss forutberegnelighet her vil kunne være nyttig.

Når det gjelder valget mellom påkravsmodell og vedtaksmodell er vi enig med departementet i at en vedtaksmodell synes å ha flere fordeler ved seg og er mer i tråd med norsk forvaltningstradisjon. Her vil også støttemottaker kunne bestride et krav gjennom en klage. En vedtaksmodell kan tenkes gjennomført enten ved at støttegiver selv fatter vedtak om tilbakeføring, eller at dette legges til et sentralt organ. Vi savner imidlertid en vurdering av sistnevnte i høringsnotatet. I sistnevnte tilfelle kan det vurderes om det ulovlige støttebeløpet bør tilbakeføres til støttegiver eller til statskassen. Vi har flere ganger overfor departementet tatt opp behovet for en regel om tilbakeføring til statskassen. I dag tilbakeføres støtten til støttegiver. Støttegivers insentiver til å kreve tilbake støtte kan i mange tilfeller variere. Dagens løsning sørger for at den ulovlige fordel elimineres, men har ingen preventiv virkning overfor støttegiver (som

får støtten tilbakebetalt med renter), og tilbakeføringsinstituttet fremstår ikke som særlig effektivt. På bakgrunn av dette savner vi en vurdering omkring dette fra departementet.

Departementet foreslår at kravet om tilbakeføring forfaller til betaling 2 måneder etter at vedtaket er mottatt. Vi legger til grunn at fristen beregnes fra når enkeltvedtaket er mottatt også i de tilfeller der det fattes et vedtak på bakgrunn av et vedtak fra ESA. I mange saker vil kravene gjelde store beløp. Å håndtere en klagesak og samtidig risikere å måtte jobbe for finansiering for å kunne betale tilbake, er krevende for små og mellomstore bedrifter. 2 måneder vil i slike tilfeller være svært kort. Vi anbefaler på denne bakgrunn at betalingsfristen settes så lang som mulig, og vesentlig lenger enn 2 måneder.

Vi savner også en nærmere vurdering av om dom på tilbakeføring vil ha tvangskraft overfor tredjepart samt om støttemottakers rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt i tilstrekkelig grad ved bestemmelsen om at vedtak om tilbakeføring er tvangsgrunnlag for utlegg.

5. Privat håndheving av iverksettelsesforbudet

Departementet er av den oppfatning at gjeldende rett oppfyller Norges EØS-rettslige forpliktelser når det gjelder den private håndhevingen av støttereglene. Vi er enig i det, selv om det kan være svært krevende å finne hjemmelsgrunnlaget på grunn av den fragmenterte og uklare lovgivningen. Videre mener departementet at det ikke er grunnlag for å innføre særskilte regler for privat håndheving. NHO er uenig i det. Vi mener det er behov for å klargjøre rammene for privat håndheving og for å sikre de private søksmålsinteressene som EØS-avtalen krever. Dette kan bli enda viktigere fremover.

Privat håndheving kan på flere måter supplere ESAs håndheving av støttereglene. Dette påpeker også ESA selv i sine retningslinjer om samarbeid med nasjonale domstoler. Private håndhevere av reglene vil kunne for eksempel være konkurrenter til det eller de foretak som mottar støtte. Slike vil kunne velge mellom å angripe påstått ulovlig støtte for nasjonale domstoler, eller gjennom en klage til ESA. NHO erfarer at klageadgangen til ESA kan være svært tidkrevende. I tillegg må det å henvende seg til ESA skje på engelsk – noe som oppleves som en ekstra byrde for mange bedrifter. Alminnelige domstoler vil kunne garantere en raskere prosess og foregå på norsk. Vi opplever at sakene kan ta flere år før ESA fatter et vedtak, og at ESA i denne prosessen ofte henviser til muligheten for privat håndheving. Dersom vedtaket fra ESA heller ikke er til klagers fordel, vil man måtte vurdere rettsprosess for EFTA-domstolen med ytterligere forlengelse av en uklar rettstilstand. Ved innlemmelse av den nye prosedyreforordningen innføres det også krav om rettslig klageinteresse for å klage til ESA. Med det vil det kunne bli enda vanskeligere å nå frem med en klage, og rettsmidlet blir dermed mindre effektivt og relevant for bedriftene – med det resultat at det ikke benyttes. I lys av dette er det behov for å tydeliggjøre privat håndhevelse som en mulig vei å gå – om enn ikke like tilfredsstillende.

NHO vil også nevne at det i juli 2019 ble gjennomført et studium på bestilling av ESA som gjennomgår utbredelsen av privat håndheving av statsstøtteregelverket i Norge, Island og Liechtenstein. Undersøkelsen konkluderer blant annet med at det har vært lite privat håndheving

av statsstøtteregulverket i EØS-avtalens 25 år, og at en grunn til dette kan være at nasjonale regler for implementering av iverksettelsesforbudet og tilbakebetaling av ulovlig støtte er uklar. Videre viser undersøkelsen at det er manglende kunnskap til regelverket hos domstolene, og at mange foretak heller ikke er kjent med muligheten for å benytte seg av statsstøtteregulverket i privat håndheving. Regelverket mangler dermed klarhet, og er lite detaljert.

Å klargjøre reglene om privat håndheving innenfor rammene av EØS-avtalen kan neppe anses som kontroversielt eller spesielt omfattende administrativt eller økonomisk, men vil kunne ha stor veiledningseffekt for partene i en rettsprosess, domstolen inkludert. Det vil i tillegg være arbeidsavlastende for både departementet og ESA.

På denne bakgrunn mener NHO at det er et klart behov for å tydeliggjøre regler om privat håndhevelse i den nye loven i et eget kapittel.

Vennlig hilsen
Næringslivets Hovedorganisasjon



Per Øyvind Langeland
Avdelingsdirektør

Ingeborg Djupvik
Advokat

