ADVOKATFORENINGEN
THE NORWEGIAN BAR ASSOCIATION

Nærings- og fiskeridepartementet

Sendt elektronisk

Deres ref.: 20/951-2 Dato: 30. september 2020
Vår ref.: 302557

Høring – nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte

1 INNLEDNING

Vi viser til departementets høringsbrev av 24.6.2020 om ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sondrer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I denne saken uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for europa og konkurranserett og lovutvalget for samferdsel og sjø-, luft- og annen transportrett inklusive sjøforsikring. Lovutvalget for europa og konkurranserett består av helge Stemshaug (leder), Olav Kolstad, Thea Susanne Skaug, Eivind Johannes Vestkjær og Line Voldstad. lovutvalget for samferdsel og sjø-, luft- og annen transportrett inklusive sjøforsikring. Består av Henrik Hageberg (leder), Nina Hanevold-Sandvik, Simone Ingeberg, Oddbjørn Slinning og Anders Svinø.

2 SAKENS BAKGRUNN

Advokatforeningen oppfatter det som positivt at det søkes å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale prosedyrene som kommer til anvendelse i saker som gjelder offentlig støtte. Dette bidrar til å synliggjøre og tilgjengeliggjøre prosedyrereglene, noe som etter Advokatforeningens syn er hensiktsmessig.

Som departementet fremhever som en del av bakgrunnen for lovforslaget, jf. høringsnotatet kapittel 2, er formålet med støttereglene blant annet å sikre likebehandling og forutsigbarhet i markedene.

Innen EØS-området bidrar statsstøttereglene, sammen med konkurranse- og anskaffelsesreglene, til å sikre et velfungerende indre marked gjennom konkurranse på like(re) vilkår, ikke bare i Norge, men – for EØS-reglenes vedkommende – i hele det indre markedet/EØS-området.

De materielle reglene er like, men prosedyrereglene kan – selv om de EØS-rettslige forpliktelsene er implementert – avvike betydelig mellom de ulike landene (gjerne referert til som "the widening gap"). Etter Advokatforeningens syn kunne høringsnotatet gjerne spesifikt kommentert dette, samt om og eventuelt hvordan de nasjonale prosedyrereglene kan bidra til å redusere slike avvik.

I forlengelsen av dette, kunne høringsnotatet etter Advokatforeningens syn med fordel hatt med merknader knyttet til forholdet til den "nye" Prosedyreforordningen 2015/1589. Dette både med tanke på departementets syn på hva prosedyreregler i dag og gjennom høringsforslaget har og ikke har sammenlignet med hva som under prosedyreforordningen gjelder i EU, og knyttet til hva som er forventede endringer ved en implementering gjennom EØS/i Norge. Eksempelvis kunne det vært hensiktsmessig med nærmere kommentarer knyttet til:

- rettigheter til parter: "ny" artikkel 24(2) Forordning 2015/1589 om rettigheter for "interested parties" innebærer antakelig endring sammenlignet med artikkel 20(2) i nåværende Prosedyreforordning 659/1999 (jf. ODA Artikkel 20);
- sektorundersøkelser: "ny" artikkel 25 i 2015/1589 (tilsvarer forordning 1/2003 artikkel 17 på konkurranserettens område), er ikke tatt inn eller kommentert; samt
- informasjon fra tredjeparter og tilhørende bøtemulighet: "ny" artikkel 7 informasjonsinnhenting tredjeparter og artikkel 8 om bøter i Forordning 2015/1589 (tilsvarer artiklene 23 og 24 i Forordning 1/2003 på konkurranserettens område) sammenlignet med ODA artikkel 6.

Advokatforeningen oppfatter at det ville være hensiktsmessig om forholdet og eventuell tydeliggjøring – knyttet til sammenfall og ulikheter mellom reglene som gjelder i EU etter forordningen og lovforslaget – er noe som tas i betraktning/adresseres i det videre lovarbeidet.

3 KOMMENTARER TIL DE ENKELTE FORSLAGENE

3.1 Formål og virkeområde – høringsnotatet kapittel 3

Departementet har bedt om høringsinstansene synspunkter på den foreslåtte løsningen med å ikke definere støttebegrepet i loven.

Advokatforeningen er enig med departementet i at det er flere gode grunner til å definere begrepet i loven. Dette vil gjøre tilgjengeligheten og den umiddelbare forståelse enklere for brukeren av loven.

Samtidig ser Advokatforeningen åpenbare utfordringer med å lovfeste en definisjon av et dynamisk begrep fra EØS-retten; tilgjengelighet og umiddelbar forståelse har etter Advokatforeningens syn mindre verdi i seg selv, dersom definisjonen ikke gir uttrykk for riktig forståelse.

Advokatforeningen er dermed enig med departementet i at en definisjon i loven ikke bidrar til vesentlig klargjøring, og finner at dette må være avgjørende. Vi mener derfor at den foreslåtte løsningen med å ikke definere støttebegrepet i loven er hensiktsmessig.

3.2 Registreringsplikt – høringsnotatet kapittel 4.2

Departementet har bedt om høringsinstansene syn på utvidelse av registeret til all offentlig støtte. Videre har departementet særlig bedt om innspill og synspunkter knyttet til om fordelene ved å opprette et uttømmende register over bagatellmessig støtte oppveier den økte administrative byrden for støttegiver ved utvidet registreringsplikt, og kostnadene knyttet til opprettelse og drift av et slikt register, jf. høringsnotatet kapittel 4.2.4.

Advokatforeningen oppfatter at et register over all offentlig støtte vil kunne være et viktig bidrag for å ivareta de grunnleggende hensynene til likebehandling, forutsigbarhet og konkurranse, samt være hensiktsmessig med tanke på transparens. Dette forutsetter imidlertid at registeret faktisk omfatter all støtte, eller i hvert fall gir et representativt bilde av støtteomfanget.

Advokatforeningen har merket seg at departementet vurderer det som "neppe mulig" at opplysningene i et slikt register vil være fullstendige. Etter Advokatforeningens syn er i så fall forutsetningene for et slikt fullstendig register ikke til stede.

Når det gjelder et register for bagatellmessig støtte, kan ikke Advokatforeningen umiddelbart se at en utvidet registreringsplikt for bagatellmessig støtte vil medføre noen form for betydelig administrativ byrde for støttegiver. Gitt at det etter Advokatforeningens syn må kunne forutsettes at all støtte er gjenstand for vurdering fra støttegivers side, kan neppe en registrering påføre støttegiver nevneverdig tilleggsarbeid.

Samtidig vil registrering gi transparens for støtten i det enkelte tilfellet, samt for det totale bildet for bagatellmessig støtte. Advokatforeningen oppfatter at slik transparens både vil kunne bidra til å sikre støttereglenes formål om likebehandling og forutsigbarhet, men også bidra til større grad av tillit. Slik Advokatforeningene ser det vil fordelene med et slikt register kunne være betydelige, for støttegiver, støttemottaker og ikke minst tredjeparter. Hvilke kostnader ved opprettelse og drift av et slikt register som vil måtte forventes er ikke nærmere redegjort for i høringsnotatet, men Advokatforeningen vil anta at dagens tilgjengelige register og tekniske løsninger tilsier at dette ikke er uoverkommelig. Etter Advokatforeningens syn skal det svært betydelige kostnader til for at disse oppveier de betydelige fordeler et register over bagatellmessig støtte vil gi.

Advokatforeningen anbefaler på denne bakgrunn at et register for bagatellmessig støtte opprettes.

3.3 Merknader til lovutkastet

3.3.1 § 5 Registreringsplikt

Bestemmelsen om registreringsplikt er generelt utformet i lovforslaget. Advokatforeningen oppfatter at det medfører at bestemmelsen blir noe upresis i relasjon til den reelle registreringsplikten.

Etter Advokatforeningens syn bør det være en tydelig henvisning til at det gjelder nærmere registreringsregler. Reglene som i dag er i forskriften om registrering (FOR-2016-06-29-834) inneholder sentrale presiseringer, eksempelvis terskelverdi (forskriften § 1) og hvilke opplysninger som skal registreres (forskriften § 2), og ivaretar blant annet de EØS-rettslige reglene knyttet til registrering.

Selv om forskriften er foreslått videreført, jf. høringsnotatet kapittel 11, og det er gitt generell forskriftshjemmel i lovforslagets § 14, vil forskriftsreguleringen(e) være så sentral(e) for innholdet og forståelsen av bestemmelsen at henvisningen (også) bør fremgå direkte av bestemmelsen

Advokatforeningen foreslår på denne bakgrunn følgende formulering som ny siste setning i § 5:

> *"Departementet kan gi forskrift om omfanget og innholdet i registreringsplikten, samt hvilket tidspunkt registreringsplikten inntrer, jf. § 14."*

3.3.2 § 10 Beslutning om bevissikring

Begjæring om beslutning om bevissikring er, som tidligere, foreslått lagt til Konkurransetilsynet. Dette synes ikke kommentert i høringsnotatet.

Advokatforeningen mener at en slik oppgave bør utøves av et organ med særskilt kompetanse på støttereglene.

I motsetning til ESA, har forvaltning av støttereglene i liten utstrekning vært fremhevet eller uttalt som en del av Konkurransetilsynets samfunnsoppdrag – tilsynet fokuserer nær sagt utelukkende på konkurransereglene/konkurranseloven.

Advokatforeningen oppfordrer departementet således til å spesifikt vurdere om det er behov for tilpasning av Konkurransetilsynets samfunnsoppdrag og/eller om oppgaven bør ivaretas av andre/på annen måte.

3.3.3 § 12 Adgangen til å fremme krav om tilbakeføring og foreldelse av kravet

Det foreslås å innføre en frist på tre år fra da støtten ble tildelt, men slik at dette ikke gjelder dersom ESA har fattet vedtak om tilbakeføring, samt en suspensjonsvirkning dersom tredjepart reiser søksmål mot støttegiver om tilbakeføring. Det foreslås ellers presisert at alminnelige frister i foreldelsesloven gjelder for krav om tilbakeføring.

Advokatforeningen oppfatter det er hensiktsmessig med en klargjøring av foreldelsesfristene.

Advokatforeningen er enig i at tre år er mer enn tilstrekkelig tid for inndrivelse av et tilbakeføringskrav.

Imidlertid er Advokatforeningen usikker på om den innrettelseshensyn og hensynet til forutberegnelighet for støttemottaker og støttegiver skal tillegges så stor vekt at den alminnelige foreldelsesfristen på tre år skal gjelde fra støtte ble ytt.

Selv om ESA eksklusivt har kompetanse til å avgjøre med bindende virkning om støtte er uforenelig med EØS-avtalen, og dermed pr. definisjon konkurransevridende, bør foreldelsesregelen (også) for norske myndigheter reflektere at (ulovlig) støtte er konkurransevridende. Hensynet til støttemottakers

konkurrenter og mulige (negative) virkninger i aktuelle markeder er etter Advokatforeningens syn relevant og bør også tillegges vekt ved fastsettelse av foreldelsesfristen.

Etter Advokatforeningens syn kan hensynet til gjenopprettelse av konkurransen tilsi at det også for norske myndigheter gjelder en foreldelsesfrist som er lenger enn tre år.

Som departementet selv påpeker kan det etter utløpet av den foreslåtte treårsfristen for norske myndigheter, fortsatt klages til ESA, og ESA kan adressere saken på eget initiativ. Advokatforeningen oppfatter derfor at de innrettelseshensyn som søkes ivaretatt og den forutberegneligheten en norsk tre-årsregel vil gi, vil ha liten verdi dersom ESA uansett kan eller velger å gripe inn etter utløpet av den norske fristen.

Advokatforeningen foreslår derfor at man setter samme foreldelsesfrist for vedtak om tilbakesøking for norske myndigheter som den ESA har, det vil si ti år.

4 OPPSUMMERING

Advokatforeningen oppfatter det som positivt at det søkes å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale prosedyrene som kommer til anvendelse i saker som gjelder offentlig støtte.

Etter Advokatforeningens syn kunne høringsnotatet med fordel hatt merknader knyttet til likheter og avvik mellom prosedyrereglene som gjelder i EU og de som gjelder/vil gjelde i Norge, herunder om forholdet til den "nye" Prosedyreforordningen 2015/1589. Advokatforeningen oppfatter at det ville være hensiktsmessig om forholdet og eventuell tydeliggjøring knyttet til sammenfall og ulikheter mellom reglene som gjelder i EU etter forordningen og lovforslaget, er et forhold som tas i betraktning/adresseres i det videre lovarbeidet.

Advokatforeningen er enig med departementet i at en definisjon av støtte i loven ikke bidrar til vesentlig klargjøring, og finner at dette må være avgjørende, og mener dermed at den foreslåtte løsningen med å ikke definere støttebegrepet i loven er hensiktsmessig.

Idet det antas som "neppe mulig" at opplysningene i et register over all offentlig støtte vil være fullstendige, oppfatter Advokatforeningen at forutsetningene for et slikt fullstendig register ikke er til stede.

Når det gjelder et register for bagatellmessig støtte, mener Advokatforeningen at fordelene med et slikt register vil være betydelige, for støttegiver, støttemottaker og ikke minst tredjeparter. Etter Advokatforeningens syn skal det svært betydelige kostnader til for at disse oppveier de betydelige fordeler et register over bagatellmessig støtte vil gi, og Advokatforeningen anbefaler på denne bakgrunn at et register for bagatellmessig støtte opprettes.

Fra Advokatforeningens side foreslås det en tydelig henvisning til nærmere registreringsregler i lovutkastets § 5.

Advokatforeningen oppfordrer departementet til å spesifikt vurdere om ivaretakelsen av oppgavene knyttet til begjæring om bevissikring, medfører behov for tilpasning av Konkurransetilsynets samfunnsoppdrag og/eller om oppgaven bør ivaretas av andre/på annen måte.

Etter Advokatforeningens syn er det hensiktsmessig med en klargjøring av foreldelsesfristene, og Advokatforeningen er enig i at tre år er mer enn tilstrekkelig tid for inndrivelse av et tilbakeføringskrav. Slik Advokatforeningen ser det kan hensynet til gjenopprettelse av konkurransen tilsi at det også for norske myndigheter gjelder en foreldelsesfrist som er lenger enn tre år. Advokatforeningen oppfatter at ivaretakelse av innrettelseshensyn og den forutberegneligheten en norsk tre-årsregel vil gi, vil ha liten verdi dersom ESA uansett kan eller velger å gripe inn etter utløpet av den norske fristen. Advokatforeningen foreslår derfor at fastsettes samme foreldelsesfrist for vedtak om tilbakesøking for norske myndigheter som den ESA har, det vil si ti år.

Vennlig hilsen

Jon Wessel-Aas
leder

Merete Smith
generalsekretær

Saksbehandler: Trude K. Molvik
tm@advokatforeningen.no