



Til
BFNE - Seksjon for administrasjon
(Arbeidssted) v/ Tor Corneliussen og Ingvild
Kvilekval

Fra
Kommuneadvokaten

Intern korrespondanse

Vår referanse: 2020/58321-3
Saksbehandler: Miriam Skag
Dato: 7. september 2020

Unntatt offentlighet: Offl § 14

Høringsinnspill - forslag til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte

1. Innledning

Nærings- og fiskeridepartementet (departementet) sendte 24. juni 2020 på høring forslag til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte. Hovedformålet med lovforslaget er å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale prosedyrene som kommer til anvendelse i saker som gjelder offentlig støtte.

Ordføreren har på fullmakt 6. juli 2020 vedtatt at en eventuell høringsuttalelse avgis av byrådet. Som ledd i forberedelse av en slik byrådssak, har kommunaldirektør, Tor Corneliussen, byrådsavdeling for finans, næring og eiendom, anmodet Kommuneadvokaten om faglige innspill til en høringsuttalelse – helst innen 7. september 2020.

Nærings- og fiskeridepartementet har satt høringsfristen til 1. oktober 2020. Det er bedt om at høringsuttalelsene sendes digitalt gjennom departementets side for høringen:

<https://www.regjeringen.no/id2715689/>

Kommuneadvokaten har vurdert lovforslaget og skrevet utkast til høringsuttalelse (inntatt i punkt 3 etter saksutredningen). Vi har ikke utformet forslag til vedtak, siden vi legger til grunn at byrådet kan ha ønske om å endre eller gjøre tillegg til utkastet vårt.

Kommuneadvokaten ser ikke grunner som tilsier at byrådet trenger å unnta notatet eller opplysninger i det fra offentlig innsyn.

2. Saksutredning

2.1 Generelt om det nye lovforslaget

Utkastet til ny lov fremstår primært som en lov om Norges EØS-rettslige forpliktelser. Det er disse reglene Kommuneadvokaten har hatt fokus på, selv om den foreslåtte loven også inneholder en bestemmelse om Norges forpliktelser etter OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsindustrien samt WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

Utgangspunktet etter EØS-avtalen art. 61 første ledd er at «støtte gitt av statsmidler i enhver form, som vrir eller truer med å vri konkurransen ved å begunstige enkelte foretak eller produksjon av enkelte varer», er i strid med EØS-avtalen «i den utstrekning støtten påvirker samhandelen mellom avtalepartene». Fra dette generelle forbudet mot offentlig støtte gjelder det en rekke unntak, eksempelvis der støtten er begrunnet i felleseuropeiske formål (som miljøvern eller forskning og utvikling), eller der støtten anses bagatellmessig. Følgen er at det hvert år gis betydelig offentlig støtte i Norge (som i EØS-statene for øvrig) – noe som fullt ut er forenlig med EØS-avtalen.

For å sikre korrekt etterlevelse av støtteregulverket, er det etablert egne prosedyreregler for selve tildelingen av offentlig støtte. Disse reglene fastsetter bl.a. at ny støtte som et utgangspunkt skal meldes til EFTAs overvåkingsorgan (ESA), det oppstilles opplysningsplikt for støttemottaker, krav til forvaltning av støtteordninger, samt regler om tilbakebetaling av ulovlig mottatt støtte. Prosedyrereglene skiller seg fra de materielle reglene om når et tiltak utgjør offentlig støtte og vilkårene for at støtten likevel skal kunne godkjennes som forenlig med EØS-avtalen. Høringsnotatet som er sendt ut gjelder nettopp disse prosedyrereglene.

Prosedyreregulverket er i dag nedfelt i lov om offentlig støtte 21. november 1992 nr. 117. Loven har vært endret en rekke ganger, og per i dag er det gitt fem forskrifter i medhold av loven. Regelverket fremstår som fragmentarisk, og det har ikke vært foretatt en helhetlig gjennomgang av lov og forskrifter siden loven ble vedtatt i 1992. Loven fremstår dessuten på visse punkter som uklar.

Forslaget til ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte (støtteloven) har som formål å bøte på disse svakhetene og gjøre regelverket mer brukervennlig. Lovforslaget inneholder i mindre grad endringer av rettsstilstanden. Departementet uttaler at hovedformålet med lovforslaget nettopp er å sikre «en klar og helhetlig regulering av de nasjonale prosedyrene som kommer til anvendelse i saker som gjelder offentlig støtte» (høringsnotatet s. 6).

Kommuneadvokaten er generelt positiv til lovforslaget som innebærer en mer helhetlig og brukervennlig lov, som dertil avklarer en del spørsmål som har fremstått som uklare. På noen punkter har vi likevel innspill til endringer eller forbedringer som det kan være hensiktsmessig å påpeke overfor departementet.

2.2 De viktigste forslagene og Kommuneadvokatens merknader til disse

2.2.1 Lovens formål, virkeområde og definisjoner

Lovutkastet innleder i kapittel 1 med bestemmelser om lovens formål, virkeområde og definisjoner av sentrale begreper. Kommuneadvokatens vurdering er at dette fremstår som ryddig, oversiktlig og nyttig. Vi har ingen merknader her utover en kommentar til spørsmålet om også begrepet «offentlig støtte» bør defineres i loven, der departementet uttrykkelig har bedt om synspunkter.

Det EØS-rettslige støttebegrepet er helt sentralt, da det er avgjørende for om støtteloven kommer til anvendelse eller ikke. Støttebegrepet kan dessuten være krevende å fastlegge, og mangelen på en klar definisjon kan, som også departementet påpeker, bidra til gjøre begrepet mindre tilgjengelig. Departementet har likevel foreslått *ikke* å definere begrepet «offentlig støtte» utover en henvisning til vilkårene for offentlig støtte i EØS-avtalen artikkel

61 nr. 1 (gjengitt ovenfor). Begrunnelsen er kort sagt de utfordringene som knytter seg til en lovregulering av dette begrepet:

«[D]et EØS-rettslige støttebegrepet baserer seg på skjønnsmessige kriterier, og er dynamisk. Innholdet i vilkårene er fastlagt gjennom en omfattende praksis fra EU-domstolene og EFTA-domstolen, i tillegg til praksis fra Europakommisjonen og ESA. Dette gjør det krevende å legaldefinere begrepet på en korrekt måte. Risikoen er høy for at lovens støttebegrep [...] avviker fra de underliggende EØS-rettslige begrepene de er ment å reflektere. Gitt støttevilkårenes skjønnsmessige karakter er det også lovteknisk vanskelig å komme frem til en definisjon som bidrar til en vesentlig klargjøring av støttebegrepets innhold og avgrensning. Støttegiver vil dermed uansett måtte gå inn i EØS-kildene for å fastlegge om et tiltak utgjør offentlig og om loven dermed kommer til anvendelse.» (Høringsnotatet s. 16.)

Kommuneadvokaten oppfatter de her skisserte innvendingene som reelle og vektige. Dertil kommer at en legaldefinisjon nødvendigvis må bli omfattende skal den ta opp i seg nyansene i praksis og si noe *mer* enn det som allerede fremgår av EØS-avtalen artikkel 61, med den faren det innebærer for at støttegivere i mindre grad selv går inn i EØS-kildene for å fastlegge om et tiltak utgjør offentlig støtte eller ikke. Sånn sett vil en definisjon som er ment å gjøre støttebegrepet mer tilgjengelig og klargjørende, i prinsippet kunne bidra til uriktige vurderinger. Kommuneadvokaten er derfor enig med departementet når det foreslås at loven kun henviser til EØS-avtalen artikkel 61 som kan kombineres med at støttebegrepet belyses nærmere i særmerknadene. Veilederen fra departementet er også et nyttig verktøy, om denne holdes oppdatert.

2.2.2 Meldeplikt

For så vidt gjelder regelverket om meldeplikt, innebærer det nye lovforslaget primært en fornuftig opprydding og klargjøring av regelverket. Hovedregelen etter EØS-retten er at alle nye støtteordninger og enkelttiltak som utgjør offentlig støtte skal meldes (notifiseres) til og forhåndsgodkjennes av ESA før de iverksettes. Det er imidlertid flere unntak fra dette utgangspunktet, som det er redegjort for i høringsnotatet s. 17. Departementet har foreslått en lovbestemmelse om meldeplikt i § 4 som knyttes tettere opp mot den EØS-rettslige meldeplikten enn dagens bestemmelse gjør, og som uttrykkelig viser til unntakene fra meldeplikten etter EØS-retten og de ulike prosedyrene som gjelder for ulike typer støtte. Dette vurderer Kommuneadvokaten som positivt.

I høringsnotatet har departementet også drøftet om støttegiver bør pålegges en plikt til å melde nye tiltak til departementet for en forhåndsvurdering. En slik forhåndsvurdering kunne omfatte spørsmålet om hvorvidt tiltaket utgjør støtte eller ikke, og eventuelt også hvorvidt tiltaket oppfyller vilkårene for å være forenlig støtte. Ut ifra en vurdering av at en slik plikt ville kunne forsinke prosessene uten at det gir støttegiver noen rettslig sikkerhet for at tiltaket faktisk er i tråd med EØS-avtalen, samtidig som støttegiver uansett frivillig kan be departementet om bistand ved tolkingen av regelverket, har departementet ikke gått inn for å pålegge støttegiver en slik plikt.

Fra kommunens ståsted som støttegiver, vil det likevel kunne hevdes at det er en fordel om slik plikt hadde vært innført. I landets ulike kommuner kan kompetansen om regelverket for offentlig støtte variere. Selv om kommunen har mulighet til å rette en anmodning til departementet om bistand ved tolkingen av regelverket, vil det utgjøre en langt større trygghet å få tiltaket forhåndsvurdert. Dette vil skape større forutberegnelighet for at tiltaket kan gjennomføres som planlagt, og det vil også kunne virke prosessdempende at departementet med sin ekspertise har vært inne og vurdert tiltaket. Hvor forsinket prosessen

eventuelt ville blitt, beror nærmere hvilke nye tiltak som eventuelt underlegges en slik plikt, og på ressursene departementet setter av. Etter kommuneadvokatens syn er dette i alle fall noe departementet bør vurdere videre.

2.2.3 Registreringsplikt og transparens

EØS-retten stiller krav om at visse støttetildelinger skal registreres i et nasjonalt register for offentlig støtte. Registreringsplikten utgjør et vilkår for at støtten skal kunne gis under det såkalte gruppeunntaket eller godkjennes av ESA som forenlig støtte. Registreringsplikten gjelder alle enkelttildelinger på 500 000 euro eller mer. Opplysninger som kreves registrert omfatter bl.a. hvem som er støttemottaker, støttebeløpets størrelse, hvilken sektor støttemottaker tilhører og formålet med støtten.

Departementet har i høringsnotatet bedt om synspunkter på hvorvidt registreringsplikten bør utvides, selv om EØS-avtalen ikke krever dette. Departementet viser til at:

«En utvidelse av registreringsplikten til å omfatte flere eller evt. alle støttetildelinger kan bidra til større transparens rundt tildeling av offentlig støtte. Et mer omfattende register kan gi potensielle støttegivere nyttig informasjon om eventuell annen støtte støttemottaker har blitt tildelt. Dette er opplysninger støttegiver i alle tilfeller må innhente før støtte kan tildeles, for å sikre at støttemottaker ikke samlet sett mottar mer offentlig støtte enn regelverket tillater» (s. 22).

Registreringsplikten bør etter departementets syn under enhver omstendighet ikke utvides til å omfatte *all offentlig støtte*. Begrunnelsen det vises til er kort sagt at det neppe er mulig å få på plass et uttømmende register over all offentlig støtte, slik at støttegiver, for å forsikre seg om at støtten som tildeles ikke overstiger maksimalt tillatt støttebeløp, uansett må innhente opplysninger fra støttemottaker om annen mottatt støtte. Videre påpeker departementet at en slik utvidelse av registerplikten vil medføre en betydelig økt administrativ byrde for norske støttegiver, samtidig staten påføres kostnader knyttet til opprettelse og drift av slikt utvidet register. Når støttegiver heller ikke kan legge opplysningene i registeret til grunn uten nærmere undersøkelser, «finner departementet det vanskelig å anbefale en slik utvidelse».

Departementet har imidlertid også vurdert en mer begrenset utvidelse av registreringsplikten til å omfatte *bagatellmessig støtte* (støtte på opp til 200.000 euro over en treårsperiode). Etter forordningen om bagatellmessig støtte plikter støttegiver før tildeling å innhente informasjon fra støttemottaker om denne har mottatt annen bagatellmessig, noe som skal sikre at beløpsgrensen på 200 000 euro per foretak ikke overskrides. (En overskridelse medfører at støtten blir ulovlig.) Det følger imidlertid av forordningen at dersom det opprettes et uttømmende, nasjonalt register over bagatellmessig støtte, er støttegiver fritatt fra denne undersøkelsesplikten. I stedet kan støttegiver legge informasjonen i registeret til grunn.

Departementet er også på dette punkt kommet til at registreringsplikten ikke bør utvides. Også her peker departementet på at det vil være krevende å oppnå et uttømmende register, som er en forutsetning for at støttegiver fritas for undersøkelsesplikten: For at registeret skal anses uttømmende i forordningens forstand, legger departementet til grunn at det vil være nødvendig å innføre en streng registreringsplikt som kan sikre at støttetildelinger registreres umiddelbart, og at det opprettes et kontrollsystem, og eventuelt sanksjoner, som kan sikre at plikten faktisk etterleves. Også her må det påregnes kostnader for det offentlige knyttet til opprettelse og drift av registeret og eventuelle kontrollmekanismer som skal sikre at registerplikten overholdes, samtidig som departementet viser til at en utvidet registreringsplikt vil innebære økte administrative byrder for støttegivere.

Basert på disse vurderingene foreslår departementet en ren videreføring av dagens ordning inntatt i § 5 i den nye loven (med hjemmel til å gi forskrift om registreringsplikts omfang og innhold). Departementet foreslår likevel at det gis hjemmel til å kunne gi forskrift om plikt til å registrere opplysninger om tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte, for det tilfellet at dette skulle bli aktuelt.

Slik Kommuneadvokaten ser det, vil det ut fra et samfunnsperspektiv generelt være positivt med mer åpenhet omkring bruken av offentlige midler. Riktignok vil støttegiver få en økt administrativ byrde ved en utvidet registreringsplikt, særlig knyttet til verdsettelsen der støtten gis i andre former enn rene pengeoverføringer (eksempelvis gratis eller redusert leie). Men verdien av støtte er uansett noe støttegiver bør ha et bevisst forhold til.

Kommuneadvokaten er enig med departementet i at en registrering av *all* støtte vil føre for vidt, men mener en registrering av bagatellmessig støtte bør revurderes. Den økte administrative byrden vil for denne typen støtte til en viss grad veies opp av den fordel den innebærer at støttegivers undersøkelsesplikt begrenses til å sjekke det uttømmende registeret. Samtidig vil transparens ved denne typen støtte kunne sies å være særlig viktig da slik støtte kan gis til bedrifter uavhengig av størrelse og hvilken sektor de operer innenfor og til alle typer støtteformål. Det bør derfor vurderes om Bergen kommune skal innta dette standpunktet i sin høringsuttalelse.

2.2.4 Opplysningsplikt og informasjonsoppbevaring

EØS-retten oppstiller ulike opplysningsplikter for Norge som skal sikre at ESA får den informasjonen de trenger for å føre kontroll med etterlevelsen av regelverket. Støtteregelverket bestemmer også at Norge er forpliktet til å oppbevare informasjon og dokumentasjon som viser at tildelt støtte er forenlig med EØS-avtalen i ti år fra tildelingen.

For å overholde disse folkerettslige forpliktelsene, gir gjeldende regelverk departementet hjemmel til å innhente opplysninger fra *støttegiver*. I tillegg har så vel departementet som støttegiver hjemmel til å innhente informasjon fra *støttemottaker* i den grad dette er nødvendig for å kontrollere at regelverket om offentlig støtte overholdes.

Departementet foreslår her en opprydding, slik at reglene om opplysningsplikt som i dag er spredt på lov og forskrift, skal fremgå av loven og samles i én lovbestemmelse (lovforslaget § 6). Videre foreslås en lovfesting av støttegivers plikt til å oppbevare opplysninger om offentlig støtte i ti år. Dette er etter vår oppfatning åpenbart fornuftige grep.

Det foreslås imidlertid også en utvidelse av opplysningsplikten overfor *departementet* sammenlignet med dagens regelverk, slik at denne ikke bare gjelder støttemottaker og støttegiver, men «enhver». I dette ligger det ingen begrensninger i hvem departementet kan kreve fremlagt opplysninger fra. Forslaget er begrunnet slik:

«I noen statsstøttesaker vil det være nødvendig å innhente opplysninger fra andre enn støttegiver og støttemottaker. Det kan for eksempel være aktuelt der ESA etterspør markedsinformasjon fra norske myndigheter for å vurdere om en pris er markedsmessig, og det dermed er nødvendig å fremskaffe opplysninger fra andre markedsaktører enn støttemottaker. ESA kan i prinsippet be norske myndigheter om alle typer opplysninger de måtte anse som relevante i sine undersøkelser, uavhengig av hvem opplysningene gjelder. Slike opplysninger blir i dag gitt til departementet på frivillig basis av markedsaktørene. For å kunne sikre at reglene om offentlig støtte overholdes, og at ESA får den informasjonen de etterspør, bør departementet ha en vid hjemmel til å innhente opplysninger også fra andre aktører enn støttegivere og støttemottakere. Departementet understreker at det trolig sjelden

vil være behov for å innhente opplysninger fra andre enn støttegiver og støttemottaker, men at det bør være mulig der det viser seg nødvendig.»

Opplysningsplikten overfor departementet omfatter alle typer opplysninger, såfremt opplysningene som kreves fremlagt er «nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes» (lovforslaget § 6 annet ledd).

Forholdet mellom opplysningsplikt og taushetsplikt er ikke uttrykkelig regulert i dagens støttelovgivning. Det er derfor også nytt når det foreslås at opplysningene i utgangspunktet «kan fremlegges *uten hinder av taushetsplikt*» (lovforslaget § 6 fjerde ledd). Dette innebærer bl.a. at plikten til å gi opplysninger går foran taushetsplikt som har sitt grunnlag i avtale eller privat instruks –typisk forretningshemmeligheter. Etter høringsnotatet gjelder det samme «alminnelig lovbestemt taushetsplikt, f.eks. taushetsplikt som følger av forvaltningsloven eller som ellers påhviler ligningsmyndighetene, andre skatte- og avgiftsmyndigheter og myndigheter som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet». Plikten til å gi opplysninger foreslås derimot å stå tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt, slik eksempelvis advokater har om forhold som er «betrodd dem i deres stilling». (Se nærmere høringsnotatet s. 27–28.)

Den utvidede opplysningsplikten, særlig overfor departementet, går langt. Det er også noe uklart hva opplysningsplikten omfatter. I og med at begrepet «opplysningsplikt» benyttes, oppstår spørsmålet om plikten rekker lenger enn å gi tilgang til dokumentbevis og andre realbevis, og i så fall om plikten for eksempel omfatter det å innhente takster og økonomiske analyser. Her er det likevel mer naturlig at det private næringslivet og organisasjoner uttaler seg nærmere om hvorvidt opplysningsplikten, slik den er formulert, går for vidt. Fra et *kommunalt* ståsted ligger bekymringen primært til en annen kant, og opp imot følgende uttalelse fra departementet:

«Opplysninger som departementet og støttegiver innhenter i medhold av § 6 vil være underlagt taushetsplikt i den grad dette følger av forvaltningsloven. Særlig aktuelt er taushetsplikt om forretningshemmeligheter. Departementet må imidlertid ha mulighet til å videreformidle også taushetsbelagte opplysninger til ESA, for å overholde Norges EØS-rettslige forpliktelser. I § 6 fjerde ledd tredje punktum foreslås det derfor inntatt en bestemmelse om at norske myndigheter, uten hinder av taushetsplikt, kan gi ESA alle opplysninger som er nødvendige for å håndheve EØS-avtalens regler om offentlig støtte. ESA er gjennom ODA forpliktet til ikke å gi videre opplysninger underlagt taushetsplikt som de har innhentet, jf. artikkel 24 i del II av ODA Protokoll 3.»

Det er altså slik at departementet kan innhente opplysninger fra «enhver», eksempelvis fra andre leverandører, for å vurdere om en pris er markedsmessig. Disse opplysningene kan raskt anses som forretningshemmeligheter, slik at departementet har taushetsplikt overfor støttegiver. Dette innebærer at støttegiver kan komme i en situasjon der departementet har innhentet opplysninger som støttegiver selv ikke får innsyn i. Et eksempel på at dette har vært en aktuell problemstilling, er en pågående støtteklagesak inngitt av NELFO som gjelder Bergen kommune sitt kjøp av veibelysning fra et datterselskap i BKK. Her innhentet departementet priser fra datterselskapets konkurrenter, som kommunen ikke kunne imøtegå så lenge departementet var tilbakeholdne med å gi kommunen innsyn.

Problemet er mer overordnet at støttegiver ikke har partsrettigheter i støttesaker for ESA. Støttegiver bør uansett sikres full rett til innsyn i saksdokumentene for å sikre kontradiksjon. Særlig tyngende er ikke dette for avgiver av informasjonen, idet støttegiver selv er forpliktet til ikke å gi videre eventuelle forretningshemmeligheter – i alle fall så lenge støttegiver er

underlagt forvaltningsloven. Støttegiver bør også få større adgang til å fremme faktiske og rettslige anførsler overfor ESA. Dette bør etter Kommuneadvokatens syn spilles inn til departementet.

2.2.5 Forvaltning av støtteordninger

Det er opp til det enkelte EØS-land å avgjøre hvordan det skal sikres at støtteordninger forvaltes slik at alle enkelttildelinger oppfyller de vilkårene som gjelder. I dag inneholder ikke loven bestemmelser om hvordan støttegiver skal forvalte støtteordningene sine, men det stilles bl.a. enkelte krav på forskriftsnivå. Departementet har her foreslått at det inntas noen overordnede regler i loven om forvaltning av støtteordninger, der plikten legges på støttegiver som forvalter støtteordningene og tildeler støtten under disse (§ 7 i lovforslaget). Formålet er å klargjøre støttegivers plikter og sikre at støttegiver har et system for kontroll med tildelingene. Kravet til støttegivers kontrollsystem er at dette skal være «forsvarlig». Dette innebærer at støttegiver har stor frihet til å bestemme hva som er et hensiktsmessig kontrollsystem, likevel slik at der oppstilles visse minimumskrav i tredje ledd. Kommuneadvokaten kan ikke se at det bør inngis merknader på dette punkt.

2.2.6 Iverksettelsesforbudet

Forbudet mot å iverksette ny støtte uten ESAs godkjenning – det såkalte «iverksettelsesforbudet» – representerer en grunnpilar i støtteretten. Iverksettelsesforbudet bestemmer at alle nye støttetiltak som hovedregel skal godkjennes av ESA før de kan settes i verk (men det finnes flere praktisk viktige unntak fra denne hovedregelen). I gjeldende rett er iverksettelsesforbudet ikke uttrykkelig lovfestet, men gjennomført i norsk rett gjennom forskrift. Ut fra bestemmelsens sentrale betydning, har departementet foreslått at iverksettelsesforbudet fremgår uttrykkelig av loven (§ 4 tredje ledd), og heller ikke dette er det etter vår mening noe å si på.

2.2.7 Tilbakeføring av ulovlig støtte

Ved tildeling av ulovlig støtte inntreer en plikt etter EØS-retten for Norge til å sørge for at den ulovlige støtten tilbakeføres. Det er ESA som håndhever EØS-regelverket om offentlig støtte i EFTA-statene med kompetanse til å fatte vedtak om at et tiltak utgjør ulovlig offentlig støtte i henhold til EØS-avtalen, og at støtten skal tilbakeføres. Den EØS-rettslige tilbakeføringsplikten gjelder imidlertid uavhengig av om ESA har fattet vedtak om tilbakeføring eller ikke. Det foreligger dermed også en plikt for støttegiver til å kreve tilbake ulovlig støtte *av eget initiativ*, dersom støttegiver avdekker at det er gitt ulovlig støtte.

Tilbakeføringsplikten bortfaller dersom ESA fatter vedtak om at den ulovlige støtten er forenlig med EØS-avtalen. Dette vil typisk kunne skje der et støttetiltak er iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet og dermed utgjør ulovlig støtte, og ESA etter en klagebehandling konkluderer med at støtten likevel er forenlig med EØS-avtalen.

Norge plikter å ha prosedyrer på plass som kan sikre at tilbakeføringsplikten overholdes, men EØS-avtalen stiller ikke spesifikke krav til organisering av tilbakeføringsprosessen og nærmere fremgangsmåte – utover at det nasjonale lovverket må legge til rette for en effektiv tilbakeføringsprosess, både der ESA har truffet vedtak og der det på annen måte konstateres at det foreligger ulovlig støtte.

Etter dagens regelverk har hjemmelen for å kreve ulovlig støtte tilbakeført vært kritisert som uklar. Det er heller ikke presisert hvorvidt støttegivers beslutning om å fremme krav mot

støttemottaket utgjør et enkeltvedtak med den følge det får for krav til saksbehandlingen. Lovverket inneholder dessuten ingen særlige regler om hvordan denne typen krav skal inndrives, slik at det da vil være de alminnelige reglene i tvangsfullbyrdsloven som gjelder. I det hele tatt er dagens regelverk på dette punkt noe uklart og fragmentert.

Departementet foreslår ut fra dette i lovutkastet § 11 første ledd en uttrykkelig plikt for støttegiver til å kreve tilbakeført ulovlig støtte. Bestemmelsen er utformet slik at det ikke skal være tvil om at støttegivers plikt til å kreve støtten tilbakeført i prinsippet gjelder i ethvert tilfelle der ulovlig offentlig støtte avdekkes, og ikke bare der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe nærmere om når tilbakeføringsplikten inntreffer. Der for eksempel ESA har fattet et vedtak og staten v/departementet anlegger ugyldighetssøksmål for EFTA-domstolen, kan det spørres om støttegivers plikt utskytes til det foreligger rettskraftig dom. Det kan være naturlig å anta at plikten inntreffer når det er rimelig klart at det er gitt ulovlig offentlig støtte, men dette bør kommenteres av departementet.

Videre foreslås lovfestet en korresponderende tilbakebetalingsplikt for støttemottaker, som er egnet til å avklare hjemmelsgrunnlaget for å kreve tilbakeføring (§ 11 annet ledd). Det foreslås også lovfestet at tilbakeføringskrav utgjør enkeltvedtak, slik at forvaltningslovens regler om saksbehandling, omgjøring av vedtak og klage til overordnet organ gjelder fullt ut. Kommuneadvokaten ser dette som en nyttige avklaringer.

I utkastet til ny lov er det også inntatt en bestemmelse om at krav på tilbakeføring av offentlig støtte forfaller til betaling to måneder etter at vedtak om tilbakeføring er mottatt av støttemottakeren (§ 11 femte ledd). Dette innebærer at betalingsplikten ikke utskytes ved en eventuell etterfølgende klageomgang (med mindre klagen gis oppsettende virkning) eller domstolsbehandling. Dette er i tråd med normalordningen for andre typer krav, og Kommuneadvokaten ser ingen grunn til å komme med særskilte merknader på dette punkt.

For å lette gjennomføringen av støttegivers tilbakeføringskrav, mener departementet at støttegivers krav bør utgjøre særlig tvangsgrunnlag for utlegg. Departementet foreslår derfor en bestemmelse i lovens § 11 femte ledd som uttrykkelig fastslår at «vedtak om tilbakeføring etter denne bestemmelsen er tvangsgrunnlag for utlegg» (jf. tvangsfullbyrdsloven § 7-2 første ledd bokstav e). Dermed kan kravet tvangsinnrives av namsmyndighetene uten at det tas ut søksmål (alminnelig tvangsgrunnlag). Dette vil forenkle inndrivelsen for støttegivere, i alle fall i saker der støttegiver og støttemottaker ikke er uenige om kravets berettigelse og omfang. Støttemottaker er på sin side beskyttet ved at støttemottaker under tvangsfullbyrdsloven kan bringe saken inn for domstolene, eller påklage støttegivers vedtak om tilbakeføring til overordnet forvaltningsorgan. Søksmål eller klage kan føre til at tvangsfullbyrdsloven utsettes, jf. tvangsfullbyrdsloven § 5-11.

Fra et *kommunalt* perspektiv er det neppe grunn til å komme med innvendinger mot at enkeltvedtak om tilbakeføring utgjør tvangsgrunnlag for utlegg. Dette vil sikre effektiv inndrivelse, noe det er behov for særlig i saker der støttemottaker prøver å trenere tilbakeføringen: Avkastningen av stønaden kan eksempelvis raskt tenkes å være så stor at trenering er rasjonelt, jf. bl.a. den lave rentesatsen som løper på tilbakebetalingskravet (se straks pkt. 2.2.8). Her er det liten grunn til å måtte avvente utfallet av en rettssak før støtten kan kreves tilbakeført.

2.2.8 Renter av tilbakeføringskravet

For å oppfylle EØS-avtalen må det sikres at norsk rett gir grunnlag for også å kreve støttemottaker for renter av den ulovlige støtten fra tildelingstidspunktet og frem til støtten blir tilbakebetalt. Formålet med tilbakeføring er å frata støttemottaker den økonomiske fordel han har fått gjennom den ulovlige støtten, og da må også fordelene ved å ha disponert over den ulovlige støtten i form av renter kreves tilbake. Gjeldende rentesatser for tilbakeføringskrav fastsettes av ESA, og for Norge ligger renten for tiden på 1,79 %.

Etter gjeldende rett er det hjemmel for departementet til å bestemme at tilbakeføringen skal inkludere renter, men det fremgår ikke av loven at dette er en ubetinget plikt. Departementet foreslår her at renteplikten følger direkte av loven, og uten at departementet må fatte vedtak om dette (lovforslaget § 11 sjette ledd). Dette forslaget har Kommuneadvokaten ingen innvendinger til, utover en generell kommentar om at den økonomiske fordel av statsstøtten langt kan overstige tilbakeføringskravet med påslag av en slik markedsrente, men denne typen synspunkt faller utenfor rammene for dette lovforslaget.

2.2.9 Foreldelse av tilbakeføringskravet

Det finnes ingen foreldelsesregel i EØS-retten for krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. EU-domstolen har slått fast at krav om tilbakeføring foreldes etter nasjonal rett. Nasjonal rett må likevel ikke være til hinder for å gjennomføre ESAs pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte. ESA har kompetanse til å gripe inn og kreve ulovlig støtte tilbakeført i inntil ti år regnet fra den dagen da den ulovlige støtten ble tildelt støttemottaker. Dette innebærer at norske foreldelsesregler må utformes slik at de ikke står i veien for å gjennomføre ESAs vedtak. For så vidt gjelder tilbakeføringskrav på støttegivers eget initiativ eller etter en nasjonal rettsavgjørelse, stiller ikke EØS-avtalen spesifikke krav til nasjonale foreldelsesregler (utover at det ikke må gjøres uforholdsmessig vanskelig å gjennomføre tilbakeføring – effektivitetsprinsippet – eller at man ikke kan ha foreldelsesregler som innebærer at tilbakeføringskrav stilles dårligere i nasjonal rett enn sammenlignbare krav uten EØS-rettslig tilknytning – ekvivalensprinsippet).

Dagens støttelov inneholder ingen særskilt bestemmelse om foreldelse. Loven gir imidlertid Kongen hjemmel til å fastsette slike bestemmelser, jf. § 5 tredje ledd. Hjemmelen ble gitt for å kunne avvike den alminnelige treårige foreldelsesfristen i foreldelsesloven, slik at ESAs tiårsfrist kunne imøtekommes. Hjemmelen er ikke benyttet. Krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte foreldes dermed trolig etter de alminnelige reglene i foreldelsesloven. Hovedregelen er her en treårig foreldelsesfrist fra fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse, men slik at dersom kreditor er aktsomt uvitende om kravet, vil det løpe en ettårig tilleggsfrist fra kreditor fikk kunnskaper om sitt krav. Denne kan forskyve treårsfristens utløp med ti år (totalt 13 år), jf. foreldelsesloven §§ 2 og 3 nr. 1, jf. § 10.

Den treårige foreldelsesfristen løper etter sin ordlyd fra den ulovlige statsstøtten ble gitt, ut fra det synspunkt at vedtak om tilbakeføring i prinsippet kunne vært fremsatt umiddelbart, noe som ville vært i tråd med slik bestemmelsen tolkes i andre sammenhenger. Høyesterett har likevel i Hydro/Søral-saken tolket bestemmelsen slik at krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte først foreldes fra selve vedtaket fattes – muligens for å unngå traktatbrudd. Høyesteretts tolking innebærer at lovens system med tilleggsfrist mister sin funksjon, og at foreldelsesreglene reelt ikke setter en ytre ramme for hvor lenge krav kan gjøres gjeldende, siden kreditor kan skyve vedtakstidspunktet foran seg. Kommuneadvokaten er derfor enig med departementet i at det her er behov for en opprydding og klargjøring av rettstilstanden.

Departementet har foreslått en ny bestemmelse om foreldelse i § 12 annet ledd. Her slås det fast at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte foreldes etter bestemmelsene i foreldelsesloven, men slik at foreldelsesfristen løper fra det tidspunktet «det er fattet vedtak» om tilbakeføring. Departementet bør presisere at det er støttegivers vedtak loven sikter til (og ikke et eventuelt vedtak fra ESA). Isolert er det ikke noe å si på det foreslåtte friststarttidspunktet, særlig når dette presiseres i særlovgivningen og ikke presses inn i en tolking av foreldelsesloven § 3 nr. 1. (Forutsetningen er at det oppstilles en ytre frist for hvor lenge vedtak kan fattes, siden foreldelsesfristen ellers mister sin effektivitet, noe vi kommer tilbake til.)

Det er videre åpenbart at fristen er lang nok; tre år fra vedtakstidspunktet er tilstrekkelig tid til å avbryte foreldelsesfristen (her må det være feilskrift når departementet skriver «tilstrekkelig tid til å inndrive kravet» på s. 47 i høringsbrevet). Avbrudd kan etter foreldelsesloven § 17 gjøres enkelt ved begjæring om tvangsfullbyrdelse – i og med at selve vedtaket utgjør et tvangsgrunnlag, jf. punkt 2.2.7 ovenfor.

Konsekvensen av en foreldelsesfrist som først begynner å løpe når støttegiver fatter enkeltvedtak, er, som departementet selv påpeker, at foreldelsesregelen ikke setter noen ytre tidsmessig begrensning på hvor lenge krav kan gjøres gjeldende. Departementet mener dette er uproblematisk der tilbakeføring skjer for å etterkomme et pålegg fra ESA, noe Kommuneadvokaten i og for seg er enig i: ESA er bundet av en tiårsfrist, samtidig som ESA i sitt vedtak fastsetter en klar gjennomføringsfrist. Når det derimot gjelder tilbakeføringskrav som *ikke* baserer seg på et ESA-vedtak, stiller saken seg annerledes. Her vil ikke tidsbegrensningene oppstilt for ESAs adgang til å treffe vedtak, gjelde. For å ivareta hensynet til støttemottakers innrettelse i disse tilfellene, foreslår departementet i § 12 første ledd første punktum at støttegiver (på eget initiativ) bare kan fatte enkeltvedtak om tilbakeføring «i inntil tre år etter at støtten ble tildelt».

For Kommuneadvokaten fremstår den tidsmessige begrensningen for støttegivers adgang til selv å fatte enkeltvedtak om tilbakeføring i forslaget § 12 første ledd første punktum som så kort, at det kan spørres om forslaget er i samsvar med EØS-rettslige prinsipper om effektivitet og ekvivalens. Departementet har i sin begrunnelse vist til at tre år er den alminnelige foreldelsesfristen i norsk rett. Det er likevel ikke riktig, som departementet legger til grunn, at pengekrav som fremmes ved påkrav nødvendigvis foreldes etter tre år. Foreldelseslovens alminnelige treårige foreldelsesfrist ikke kan ses løsrevet fra adgangen til å fremme tilleggsfrist i fl. § 10 – med en effektiv ytre frist på 13 år. Treårsfristen som foreslås å gjelde etter § 12 første ledd for tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte gir dermed kreditor – i prinsippet i alle fall – en langt mer begrenset adgang til å fremme kravet, enn det den alminnelige foreldelsesfristen gjør for andre typer krav. Det er også vanskelig å se at omfanget av tilbakeføringskravet i disse tilfellene i seg selv bør begrenses, slik departementet tar til orde for, ut fra synspunkt om at støtten potensielt kan være "EØS-forenlig". I saker der det er tvil om dette, bør det heller foretas en (etter)notifisering til ESA, enn at omfanget av tilbakeføringen *generelt og i alle saker* begrenses.

Når det gjelder fristavbrudd, er departementets forslag at foreldelsesfristen avbrytes etter reglene i foreldelsesloven. Det er likevel foreslått en særskilt regel om fristavbrudd som gir berørte tredjeparter, eksempelvis konkurrenter, en mulighet til å avbryte fristen. Forslaget er begrunnet bl.a. ut fra at støttegiver normalt har ønsket å gi støtten, slik at insentivene til å inndrive kravet kan være svakere enn ved andre typer fordringer. Departementet har derfor

foreslått en bestemmelse i § 12 annet ledd tredje punktum som fastslår at søksmål anlagt av tredjepart mot støttegiver om tilbakeføringsplikten har samme virkning som søksmål etter foreldelsesloven § 15. På samme måte har departementet foreslått at treårsfristen i § 12 første ledd første punktum "fryses" inntil endelig avgjørelse foreligger, dersom tredjepart reiser søksmål mot støttegiver om tilbakeføring av ulovlig støtte. I den grad tredjepart har søksmålskompetanse, fremstår disse reglene, umiddelbart i alle fall, som fornuftige.

Ser man mer overordnet på § 12 i lovforslaget, er det generelt krevende å få tak i innholdet, slik regelen er bygget opp, i alle fall ved utelukkende å se på bestemmelsens ordlyd. Særregler bør dessuten forbeholdes kravstyper der det er et reelt behov for slike. Det er mulig de alminnelige foreldelsesreglene (foreldelsesloven § 3 i kombinasjon med § 10) ikke på en tilstrekkelig god nok måte kan sikre at foreldelse aldri inntreffer så lenge ESA fremdeles kan pålegge vedtak om tilbakeføring. Men Kommuneadvokaten kan ikke se at dette egentlig er vurdert av departementet. I den grad det er påkrevd med særregler, kan det spørres om det ikke ville vært enklere å innføre én fristbestemmelse. Med én regel unngår man ulike frister beroende på hvilket organ som har truffet vedtaket. Denne (ene) fristen kunne eksempelvis hatt en lengde på ti år – slik at de folkerettslige forpliktelsene hensyntas – med friststart fra støtten overføres. Dette er i samsvar med forslaget i ekspertutredningen til Erling Hjelmeng. Friststart fra støtten overføres ville innebære et fast starttidspunkt i stedet for det mer «flytende» vedtakstidspunktet. Departementets argumentasjon knyttet til at fristen først kan løpe fra vedtakstidspunktet siden friststart fra tildelingstidspunktet kunne medføre at kravet ville være foreldet før det i det hele tatt hadde oppstått, er ikke holdbar, noe som bl.a. er påpekt i juridisk litteratur i tilknytning til analyser av Hydro/Søral-dommen.¹ Vi har riktignok ikke tradisjon for slike lange frister her til lands, men også etter de alminnelige reglene må en debitor være beredt til å yte i inntil 13 år. Og det må debitor uansett også være etter departementets forslag, siden ESA kan komme inn med vedtak i ettertid.

Kommuneadvokaten etterlyser i det hele tatt en grundigere og mer inngående analyse av ulike fristalternativer. Det er ut fra dette vår anbefaling at kommunen gir innspill til departementet om at det foreslåtte regelverket om foreldelse bør utredes nærmere.

2.2.10 Kontrollbesøk fra ESA

Norge er forpliktet til å sørge for at ESA kan foreta kontroll hos norske foretak i nærmere bestemte tilfeller. Det er, etter departementets syn, behov for bestemmelser i loven som sikrer at Norge overholder denne forpliktelsen. Departementets forslag på dette punkt innebærer en ren videreføring og klargjøring av dagens regler, som Kommuneadvokaten ikke har merknader til.

2.2.11 Privat håndheving av iverksettelsesforbudet

EØS-avtalen krever at nasjonal rett må sikre at private parter kan håndheve sine rettigheter etter iverksettelsesforbudet ved nasjonale domstoler. Rettighetene som kan utledes av iverksettelsesforbudet omfatter krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, krav om at støtte skal kjøpes ulovlig, krav om at utbetaling av støtte skal stanses og krav på erstatning. I tillegg skal det være mulig for tredjeparter å håndheve sine rettigheter ved hjelp av krav om midlertidig forføyning. Det anses tilstrekkelig at nasjonal rett åpner for søksmål mot

¹ Trygve Bergsaker, *Nytt i privatretten* nr. 2 (2014) s. 24-25, uttaler bl.a. at denne argumentasjonen har et visst preg av «kunstgrep». Se videre henvisninger i Erling Hjelmengs rapport s. 57.

støttegiver eller staten; EØS-retten stiller ikke krav om at tredjeparter kan reise søksmål mot støttemottaker.

Dagens støttelov inneholder ikke regler om søksmål fra private. Privates adgang til å gå til søksmål løses innenfor de alminnelige prosessreglene. Departementet har vurdert det slik at gjeldende rett oppfyller de kravene EØS-avtalen stiller i forbindelse med adgangen til privat håndheving. Departementet har ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå særreguleringer om privat håndheving som går lengre enn det EØS-avtalen krever, og som åpner for privat håndheving i større utstrekning enn i dag. Kommuneadvokaten er enig i dette.

Departementet har også vurdert om det ville være hensiktsmessig å innføre tvungent prosessfellesskap i saker om privat håndhevelse av støtteregulverket, slik at et eventuelt søksmål må rettes både mot støttegiver og støttemottaker, men fant at dette ikke var ønskelig. Som departementet peker på, ville et slikt tvungent prosessfellesskap kunne være svært byrdefull for støttemottaker, som ville risikere å bli trukket inn i en lang rettsprosess på grunn av støttegivers mulige brudd på iverksettelsesforbudet. På den annen side vil støttemottaker som part i saken få langt større adgang til å ivareta sine interesser i slike søksmål, en side av saken som ikke synes vurdert av departementet. Et annet forhold departementet med fordel kunne vurdert, er å innføre varslingsregler overfor departementet ved anleggelsen av denne typen søksmål.

Departementet tar dessuten opp problemstillingen om betydningen av parallelle prosesser. Et eksempel på dette er der ESA har åpnet klagesak, hvor tema er om et tiltak utgjør ulovlig offentlig støtte, og en av støttemottakers konkurrenter samtidig går til søksmål mot støttegiver for å få kjent tiltaket ugyldig pga. brudd på iverksettelsesforbudet. Dersom ESA fatter vedtak før søksmålet er ferdigbehandlet, oppstår spørsmålet om hvilken betydning ESAs vedtak skal tillegges i den nasjonale rettsprosessen. Departementet har ment at dette spørsmålet er godt nok løst etter alminnelige prosessrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper, herunder prinsippet om at norsk rett presumeres å være i samsvar med folkeretten. Fra et kommunalt perspektiv ville det vært enklere om betydningen av ESAs vedtak hadde vært uttrykkelig regulert i loven.

En annen side av dette med parallelle prosesser er om det burde vært vurdert om partene i statsstøttesaker for norske domstoler kan begjære saken stanset i påvente av ESAs vedtak. Behovet melder seg særlig ettersom det bare er ESA som har kompetanse til å vurdere om støtten (likevel) er forenlig med EØS-avtalen og dermed kan opprettholdes. Spørsmålet er om hjemlene for stansing etter tvisteloven er tilstrekkelige, eller om det bør lovfestes en egen prosessregel om dette for denne typen saker. I forlengelsen av dette kan det også spørres om regelverket burde vært enda strengere slik at adgangen til stansing ikke er avhengig av hva partene ønsker, men at det innføres en rekkefølgebestemmelse, der saken *skal* stanses i påvente av ESAs vedtak. Også dette bør departementet etter vår oppfatning vurdere.

3. Utkast til høringsuttalelse

Til Nærings- og fiskeridepartementet

Vi viser til høringsbrev av 24. juni 2020 der Nærings- og fiskeridepartementet ber om innspill til forslag om ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte.

Bergen kommune er generelt positiv til lovforslaget som innebærer en mer helhetlig og brukervennlig lov, som dertil avklarer en del spørsmål som har fremstått som uklare. På noen punkter har vi likevel mer konkrete kommentarer til enkeltbestemmelser i lovutkastet, samt innspill til forhold som loven etter, Bergen kommunes vurdering, bør ta sikte på å regulere:

§§ 1-3 Lovens formål, virkeområde og definisjoner

Lovutkastet innleder i kapittel 1 med bestemmelser om lovens formål, virkeområde og definisjoner av sentrale begreper. Bergen kommunes vurdering er at dette fremstår som ryddig, oversiktlig og nyttig.

Kommunen er dessuten enig med departementet i at begrepet «offentlig støtte» ikke bør defineres i loven. Som departementet påpeker, er det EØS-rettslige støttebegrepet så dynamisk og skjønnsmessig at et forsøk på definering både vil være lovteknisk vanskelig og ikke minst vil det kunne komme i utakt med og avvike fra det underliggende regelverket. Sånn sett vil en definisjon som er ment å gjøre støttebegrepet mer tilgjengelig og klargjørende, i prinsippet kunne bidra til uriktige vurderinger. Bergen kommune er derfor enig med departementet når det foreslås at loven kun henviser til EØS-avtalen artikkel 61, som kan kombineres med at støttebegrepet belyses nærmere i særmerknadene.

§ 4 Meldeplikt

Bergen kommune er positiv til at departementet har foreslått en lovbestemmelse om meldeplikt i § 4 som knyttes tettere opp mot den EØS-rettslige meldeplikten enn dagens bestemmelse gjør, og som uttrykkelig viser til unntakene fra meldeplikten etter EØS-retten og de ulike prosedyrene som gjelder for ulike typer støtte.

For så vidt gjelder spørsmålet om støttegiver bør pålegges en plikt til å melde nye tiltak til departementet for en forhåndsvurdering, har imidlertid Bergen kommune en annen oppfatning enn departementet. I landets ulike kommuner kan kompetansen om regelverket for offentlig støtte variere. Selv om kommunene har mulighet til å rette en anmodning til departementet om bistand ved tolkingen av regelverket, vil det utgjøre en langt større trygghet å få tiltaket forhåndsvurdert. Dette vil skape større forutberegnelighet for at tiltaket kan gjennomføres som planlagt, og det vil også kunne virke prosessdempende at departementet med sin ekspertise har vært inne og vurdert tiltaket. Hvor forsinket prosessen eventuelt ville blitt ved et slikt pålegg om forhåndsvurdering, beror nærmere på hvilke nye tiltak som eventuelt underlegges en slik plikt, og på ressursene departementet setter av. Etter Bergen kommunes syn, er dette noe departementet bør vurdere nærmere.

§ 5 Registreringsplikt og transparens

I lovforslagets § 5 er registreringsplikten nedfelt. Departementet har i høringsnotatet bedt om synspunkter på hvorvidt registreringsplikten bør utvides, selv om EØS-avtalen ikke krever dette. I dag gjelder registreringsplikten alle enkelttildelinger på 500 000 euro eller mer.

Ut fra et samfunnsperspektiv mener Bergen kommune at det generelt vil være positivt med mer åpenhet omkring bruken av offentlige midler. Riktignok vil støttegiver, som departementet påpeker, få en økt administrativ byrde ved en utvidet registreringsplikt. Særlig gjelder dette når støtten skal verdsettes, der støtten gis i andre former enn rene pengeoverføringer (eksempelvis gratis eller redusert leie). Verdien av støtten som gis er, etter Bergen kommunes syn, uansett noe støttegivere bør ha et bevisst forhold til.

Bergen kommune er likevel enig med departementet i at en registrering av *all* støtte vil føre for vidt, men mener en registrering av bagatellmessig støtte bør revurderes. Transparens ved tildeling av denne typen støtte kan sies å være særlig viktig, da bagatellmessig støtte kan gis til bedrifter uavhengig av størrelse og hvilken sektor de operer innenfor, og uten begrensninger i støtteformål. Den administrative byrden ved registrering av denne typen støtte skal ikke undervurderes, men vil til viss grad veies opp av den fordelene det innebærer at støttegivers undersøkelsesplikt begrenses til å sjekke det uttømmende registeret. Bergen kommune stiller seg derfor positiv til at departementet bruker forskriftshjemmelen som foreslås lovfestet.

§ 6 Opplysningsplikt og informasjonsoppbevaring – og i forlengelsen støttegivers rett til innsyn

Når det gjelder § 6 i lovforslaget, mener Bergen kommune at det er nyttig med den opprydningen departementet foretar ved å samle reglene om opplysningsplikt i én lovbestemmelse, samt å lovfeste støttegivers plikt til å oppbevare opplysninger om offentlig støtte i ti år.

Den utvidede opplysningsplikten som foreslås overfor departementet, går imidlertid langt. Det er også noe uklart hva opplysningsplikten omfatter. I og med at begrepet «opplysningsplikt» benyttes i lovforslaget, oppstår spørsmålet om plikten rekker lenger enn å gi tilgang til dokumentbevis og andre realbevis, eksempelvis om plikten omfatter det å innhente takster og økonomiske analyser. I så fall oppstår spørsmål om hvem som skal dekke kostnadene med å fremskaffe denne typen opplysninger. På dette punkt er det likevel mer naturlig at det private næringslivet og organisasjoner uttaler seg.

Fra et kommunalt ståsted ligger bekymringen primært til en annen kant, og opp imot følgende uttalelse fra departementet:

«Opplysninger som departementet og støttegiver innhenter i medhold av § 6 vil være underlagt taushetsplikt i den grad dette følger av forvaltningsloven. Særlig aktuelt er taushetsplikt om forretningshemmeligheter. Departementet må imidlertid ha mulighet til å videreformidle også taushetsbelagte opplysninger til ESA, for å overholde Norges EØS-rettslige forpliktelser. I § 6 fjerde ledd tredje punktum foreslås det derfor inntatt en bestemmelse om at norske myndigheter, uten hinder av taushetsplikt, kan gi ESA alle opplysninger som er nødvendige for å håndheve EØS-avtalens regler om offentlig støtte. ESA er gjennom ODA forpliktet til ikke å gi videre opplysninger underlagt taushetsplikt som de har innhentet, jf. artikkel 24 i del II av ODA Protokoll 3.»

Det er altså slik at forslaget går ut på at departementet kan innhente opplysninger fra «enhver», eksempelvis fra andre leverandører, for å vurdere om en pris er markedsmessig. Disse opplysningene kan raskt anses som forretningshemmeligheter, slik at departementet har taushetsplikt overfor støttegiver. Dette innebærer at støttegiver kan komme i en situasjon der departementet har innhentet opplysninger som støttegiver selv ikke får innsyn i. Bergen kommune har erfaring fra at dette er skjedd i en pågående støtteklagesak.

Problemet, slik Bergen kommune ser det, er mer overordnet at støttegiver ikke har partsrettigheter i støttesaker for ESA. Støttegiver bør sikres full rett til innsyn i saksdokumentene for å sikre kontradiksjon. Særlig tyngende er normalt ikke dette for avgiver av informasjonen, idet støttegiver selv er forpliktet til ikke å gi videre eventuelle forretningshemmeligheter – i alle fall så lenge støttegiver er underlagt forvaltningsloven. Bergen kommune mener videre at støttegiver bør få større adgang til å fremme faktiske og rettslige anførsler overfor ESA. Det anmodes om at departementet utreder disse spørsmålene nærmere.

§ 11 Tilbakeføring av ulovlig støtte

Departementet foreslår i lovutkastet § 11 første ledd en uttrykkelig plikt for støttegiver til å kreve tilbakeført ulovlig støtte. Bestemmelsen er utformet slik at det ikke skal være tvil om at støttegivers plikt til å kreve støtten tilbakeført i prinsippet gjelder i ethvert tilfelle der ulovlig offentlig støtte avdekkes, og ikke bare der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring. Bestemmelsen sier imidlertid ikke noe nærmere om når tilbakeføringsplikten inntreffer. Der for eksempel ESA har fattet et vedtak og staten anlegger ugyldighetssøksmål for EFTA-domstolen, kan det spørres om støttegivers plikt utskytes til det foreligger rettskraftig dom. Det kan være naturlig å anta atplikten inntreffer når det er rimelig klart at det er gitt ulovlig offentlig støtte, men Bergen kommune mener dette bør kommenteres av departementet, slik at det ikke oppstår uklarheter på dette punkt.

Bergen kommune mener ellers at forslaget om å lovfeste en korresponderende tilbakebetalingsplikt for støttemottaker, som er egnet til å avklare hjemmelsgrunnlaget for å kreve tilbakeføring (§ 11 annet ledd), er nyttig og avklarende. Det samme gjelder forslaget om å lovfeste at tilbakeføringskrav utgjør enkeltvedtak.

I utkastet til ny lov er det også inntatt en bestemmelse om at krav på tilbakeføring av offentlig støtte forfaller til betaling to måneder etter at vedtak om tilbakeføring er mottatt av støttemottakeren (§ 11 femte ledd). Dette innebærer at betalingsplikten ikke utskytes ved en eventuell etterfølgende klageomgang (med mindre klagen gis oppsettende virkning) eller domstolsbehandling. Dette er i tråd med normalordningen for andre typer krav, og Bergen kommune har ingen innvendinger til dette.

Bergen kommune stiller seg også positiv til departementets forslag i § 11 femte ledd annet punktum om at enkeltvedtak om tilbakeføring skal utgjøre tvangsgrunnlag for utlegg. Dette vil sikre effektiv inndrivelse, noe det er behov for særlig i saker der støttemottaker prøver å trenere tilbakeføringen. Avkastningen av stønaden kan eksempelvis raskt tenkes å være så stor at trenering er rasjonelt, jf. bl.a. den lave rentesatsen som løper på tilbakebetalingskravet. I slike tilfeller er det liten grunn til at en støttegiver skal måtte ta ut søksmål og avvente utfallet av en rettssak før pengene kan kreves tilbakeført.

Bergen kommune har for øvrig ingen merknader til departementets forslag om at renteplikten følger direkte av loven, uten at departementet (som i dag) må fatte vedtak om dette (§ 11 sjette ledd) – utover en generell kommentar om at den økonomiske fordelingen av statsstøtten langt kan overstige tilbakeføringskravet med påslag av en slik markedsrente.

§ 12 Foreldelse av tilbakeføringskravet

Innledningsvis vil Bergen kommune si seg enig med departementet i at det er behov for en opprydding og klargjøring av rettstilstanden hva gjelder foreldelse av krav på tilbakeføring av ulovlig statsstøtte, særlig etter Hydro/Søral-saken.

Departementet har her foreslått en ny bestemmelse om foreldelse (§ 12 annet ledd), som slår fast at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte foreldes etter bestemmelsene i foreldelsesloven, men slik at foreldelsesfristen løper fra det tidspunktet «det er fattet vedtak» om tilbakeføring. Departementet bør vurdere å presisere at det er støttegivers vedtak loven sikter til (og ikke et eventuelt vedtak fra ESA).

Isolert er det etter Bergen kommunes syn ikke noe å si på det foreslåtte friststarttidspunktet (særlig når dette ikke presses inn i en tolking av den alminnelige foreldelsesfristen i foreldelsesloven § 3 nr. 1). Det er videre åpenbart at fristen er lang nok. Tre år fra vedtakstidspunktet er tilstrekkelig tid til å avbryte foreldelsesfristen. (Her må det være feilskrift når departementet skriver «tilstrekkelig tid til å inndrive kravet» på s. 47 i høringsbrevet). Avbrudd kan etter foreldelsesloven § 17 gjøres enkelt ved begjæring om tvangsfullbyrdelse – i og med at selve vedtaket er foreslått å utgjøre et tvangsgrunnlag (§ 11 femte ledd).

Konsekvensen av en foreldelsesfrist som først begynner å løpe når støttegiver fatter enkeltvedtak, er, som departementet påpeker, at foreldelsesregelen ikke setter noen ytre tidsmessig begrensning på hvor lenge krav kan gjøres gjeldende. Departementet mener dette er uproblematisk der tilbakeføring skjer for å etterkomme et pålegg fra ESA, ut fra tiårsfristen som gjelder for ESAs vedtak. Dette er Bergen kommune enig i.

Bergen kommune mener imidlertid at det grepet departementet foreslår for å ivareta hensynet til støttemottakers innrettelse der tilbakeføringskravet *ikke* baserer seg på et ESA-vedtak, fremstår som mindre heldig (§ 12 første ledd). Det bør i alle fall vurderes om ikke forslaget, som går ut på at støttegiver bare kan fatte enkeltvedtak om tilbakeføring «i inntil tre år etter at støtten ble tildelt», strider mot de EØS-rettslige prinsippene om effektivitet og ekvivalens. Departementet har i sin begrunnelse vist til at tre år er den alminnelige foreldelsesfristen i norsk rett. Det er likevel ikke riktig, som departementet legger til grunn, at pengekrav som fremmes ved påkrav nødvendigvis foreldes etter tre år. Bergen kommune vil her vise til at foreldelseslovens alminnelige treårige foreldelsesfrist ikke bør ses løsrevet fra adgangen til å fremme tilleggsfrist etter fl. § 10 – med en effektiv ytre frist på 13 år. Treårsfristen som foreslås å gjelde etter § 12 første ledd for tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte gir dermed kreditor – i prinsippet i alle fall – en langt mer begrenset adgang til å fremme kravet, enn det den alminnelige foreldelsesfristen gjør for andre typer krav. Bergen kommune mener også at det er vanskelig å se at omfanget av tilbakeføringskravet i disse tilfellene i seg selv bør begrenses, ut fra synspunkt om at støtten potensielt kan være «EØS-forenlig», slik departementet tar til orde for. Bergen kommune vil her mene at det i saker der det er tvil om støtten er EØS-forenlig, bør skje en (etter)notifisering til ESA, heller enn at omfanget av tilbakeføringen *generelt* og *i alle saker* begrenses.

Et spørsmål som fremstår som uavklart for Bergen kommune, er om departementet har vurdert om det er behov for særlige regler, og om ikke de alminnelige foreldelsesreglene (foreldelsesloven § 3 i kombinasjon med § 10) på en tilstrekkelig god nok måte kan sikre at foreldelse aldri inntreffer så lenge ESA kan pålegge vedtak om tilbakeføring. I den grad det er påkrevd med særregler, kan det spørres om det ikke ville vært enklere å innføre én fristbestemmelse. Med én regel unngås ulike frister beroende på hvilket organ som har truffet vedtaket. Denne (ene) fristen kunne, slik Erling Hjelmeng foreslår i sin ekspertutredning, hatt en lengde på ti år – slik at de folkerettslige forpliktelsene hensyntas – med friststart fra støtten overføres. Friststart fra støtten overføres ville innebære et fast starttidspunkt i stedet for det mer «flytende» vedtakstidspunktet. Departementets argumentasjon knyttet til at fristen først kan løpe fra vedtakstidspunktet siden friststart fra tildelingstidspunktet kan medføre at kravet ville være foreldet før det i det hele tatt er oppstått, er i alle fall neppe holdbar.² Selv om man her til lands ikke har tradisjoner for slike lange tiårsfrister, vil en skyldner også etter de alminnelige reglene måtte være beredt på å yte i lang tid (inntil 13 år). Og det må debitor uansett også være beredt på etter departementets forslag, siden ESA kan komme inn med vedtak i ettertid.

Bergen kommune etterlyser ut fra det som her er påpekt en grundigere og mer inngående analyse av ulike fristalternativer. Skulle departementet likevel opprettholde sitt forslag, bør det bearbeides da det er vanskelig å få tak på meningsinnholdet slik bestemmelsen er bygget opp og formulert.

Privat håndheving av iverksettelsesforbudet og parallelle prosesser

Dagens støttelov inneholder ikke regler om søksmål fra private. Privates adgang til å gå til søksmål løses innenfor de alminnelige prosessreglene. Departementet har vurdert det slik at gjeldende rett oppfyller de kravene EØS-avtalen stiller i forbindelse med adgangen til privat håndheving, og har ikke funnet det hensiktsmessig å foreslå særreguleringer om privat håndheving som går lengre enn det EØS-avtalen krever, og som åpner for privat håndheving i større utstrekning enn i dag. Bergen kommune er enig i disse vurderingene.

Departementet har også vurdert om det ville være hensiktsmessig å innføre tvungent prosessfellesskap i saker om privat håndhevelse av støtteregelverket, slik at et eventuelt søksmål må rettes både mot støttegiver og støttemottaker, men fant at dette ikke var ønskelig. Som departementet peker på, ville et slikt tvungent prosessfellesskap kunne være svært byrdefullt for støttemottaker, som ville risikere å bli trukket inn i en lang rettsprosess på grunn av støttegivers mulige brudd på iverksettelsesforbudet. På den annen side vil støttemottaker som part i saken få langt større adgang til å ivareta sine interesser i slike søksmål. Denne siden av saken synes ikke vurdert av departementet. Et annet forhold som gjerne kunne vurdert, er å innføre varslingsregler overfor departementet ved anleggelsen av denne typen søksmål.

Departementet tar dessuten opp problemstillingen om betydningen av parallelle prosesser, og da primært i den situasjonen at ESA fatter vedtak før søksmål for nasjonale domstoler er ferdigbehandlet. Spørsmålet som da oppstår er hvilken betydning ESAs vedtak skal tillegges i den nasjonale rettsprosessen. Departementet har ment at dette spørsmålet er godt nok løst

² Trygve Bergsåker, *Nytt i privatretten* nr. 2 (2014) s. 24-25, uttaler at denne argumentasjonen har preg av «kunstgrep». Se også Erling Hjelmengs rapport s. 57 med videre henvisninger. Det kan for den saks skyld også vises til løsningen i finsk rett inntatt i høringsnotatet på s. 46.

etter alminnelige prosessrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper. Fra et kommunalt perspektiv ville det imidlertid vært hensiktsmessig om betydningen av ESAs vedtak hadde vært uttrykkelig regulert i loven, og Bergen kommune ber departementet vurdere dette.

En annen side av dette med parallelle prosesser, er om det burde vært vurdert om partene i statsstøttesaker for norske domstoler kan begjære saken stanset i påvente av ESAs vedtak. Behovet melder seg særlig ettersom det bare er ESA som har kompetanse til å vurdere om støtten (likevel) er forenlig med EØS-avtalen og dermed kan opprettholdes. Spørsmålet er om hjemlene for stansing etter tvisteloven er tilstrekkelige, eller om det bør lovfestes en egen prosessregel om dette for denne typen saker. I forlengelsen av dette kan det også spørres om regelverket burde vært enda strengere slik at adgangen til stansing ikke er avhengig av hva partene ønsker, men at det innføres en rekkefølgebestemmelse, der saken *skal* stanses i påvente av ESAs vedtak. Også dette bør departementet etter vårt syn vurdere.

Med hilsen
Kommuneadvokaten

Helge Strand - Kommuneadvokat

Miriam Skag - Advokat

Dokumentet er godkjent elektronisk.