

Fagnotat: høring – ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte

Innledning

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

LOs fagnotat er bygget opp slik at vi først kommer med våre hovedsynspunkter på selve lovutkastet. Deretter går vi inn på behovet for bedre analyser og utredning og til sist kommer vi med særmerknader til enkeltbestemmelser i lovutkastet.

Overordnet vil vi fremheve at den nye loven særlig bør ta sikte på:

- å sikre at de hensyn offentlig finansiering skal fremme ivaretas, herunder sektorpolitiske og fordelingspolitiske hensyn
- å gi saksbehandlingsregler som, så langt handlingsrommet for å gi nasjonale prosessregler tillater, kompenserer for de uheldige virkningene av at det materielle støtteregelverket er skjønnsmessig og dynamisk
- å etablere gjennomtenkt strategi for behandlingen av støttesaker
- å gi støttemottaker tilstrekkelig rettsikkerhet i saker om (påstått) ulovlig støtte
- å motvirke at støtteregelverket blir brukt som et virkemiddel for markedsorganisering av offentlige velferdstilbud og offentlig infrastruktur
- å forhindre at det oppstår konstitusjonelle problemstillinger knyttet til Stortingets lovgivnings- og beskatningsmyndighet og det kommunale selvstyret

LO er ellers av den oppfatning at det bør utredes å skille det departementale ansvaret for notifikasjonssaker og klagesaker (saker om påstått ulovlig støtte), slik at ansvaret for klagesaker flyttes ut av Nærings- og fiskeridepartementet og inn i et annet departement.

Generelle merknader

LO er enig med departementet i at det er behov for å lovfeste de saksbehandlingsreglene som gjelder for saker om offentlig støtte i en ny lov. Vi vurderer hovedstrukturen i lovforslaget som god, og mener det er riktig og godt valg å ikke la lovens virkeområde omfatte tiltak som *ikke* regnes som statsstøtte etter EØS-avtalen.

LO deler også departementets syn på at det er lite hensiktsmessig å prøve og lovfeste hvilke tiltak som regnes som offentlig støtte og vilkårene for at ESA skal eller kan godkjenne slike tiltak. Som departementet fremhever, er den materielle delen av støtteregelverket dynamisk og skjønnsmessig. Forsøk på nasjonal regulering vil dermed lett komme i utakt med det underliggende regelverket.

LO mener likevel at departementet i høringsnotatet underkommuniserer de problemene som dynamikken i og usikkerheten om innholdet av de materielle støttereglene skaper. Disse problemene bør Norge, så langt handlingsrommet for å gi nasjonale prosessregler tillater, søke å motvirke gjennom reglene i den nye prosedyreloven.

Problemene, som dynamikken i og usikkerheten i det materielle støtteregelverket skaper, faller i tre hovedkategorier. Felles for dem er at de er forårsaket av at *fokuset i*

støtteregelverket er flyttet bort fra det opprinnelige formålet. Det var å motvirke subsidiekapløp og proteksjonisme i vareindustrien, noe det synes å være unison enighet om at er viktig og riktig. I dag har fokuset langt på veg endret seg. For det første omfatter støtteregelverket nå en lang rekke andre tiltak (støtteinstrumenter) enn klassiske subsidier. For det andre er regelverket gitt anvendelse på langt flere sektorer, for eksempel på finansiering og organisering av infrastruktur- og tjenestesektorene. I en slik kontekst blir det problematisk når forslag som departementet sender ut på høring blir gitt en "undertone" som nærmest indikerer at offentlig finansiering er noe uheldig og uønsket, se for eksempel høringsnotatet punkt 2.1 og punkt 12.2. LO deler ikke dette synet. Vi vurderer offentlig finansiering som et viktig politisk styringsverktøy som er nødvendig og ønskelig i alle moderne samfunn. Dette gjelder både finansiering for å sikre velferdstjenester og infrastruktur (public service) og finansiering for å få til nødvendig omstilling i næringslivet i møte med de utfordringene samfunnet blir stilt overfor, eksempelvis klimaproblemer, finanskriser, pandemier, naturkatastrofer, flyktningkriser m.m.

Den *første problemkategorien* LO vil fremheve handler om at utviklingen av støtteregelverket har medført at ESA/Kommisjonen og private næringsdrivende prøver å bruke støtteregelverket for å *kontrollere finansieringen av og øke markedstilpasningen i offentlig sektor*. Det ser vi utslag av både gjennom forsøk på sektorovergripende kontroll og håndhevelse og gjennom forsøk på inngrep i enkeltsektorer og saker som har marginal betydning for samhandelen og konkurransen i EØS-området. Mellom saker i kategorien sektorovergripende er "På like vilkår-saken", se Hjelmengutvalgets utredning (2018). Der prøver ESA å få Norge til å skille ut tjenesteproduksjon fra offentlige etater og legge den i foretak som betaler skatt og kan gå konkurs (foretaksorganisering). Hensikten ser ut til å være og presse frem markedsstyring og mer bruk av anbud innenfor velferds- og infrastruktursektorene. I kategorien mindre saker er saker om idrettsanlegg, kulturhus, svømmehaller og vegbelysning. Dette er tjenester som er viktige for befolkningen og der offentlig finansiering har en marginal, om noen, negativ effekt på samhandelen og konkurransen i EØS-området.

LO er av den oppfatning at støtteregelverket er et lite egnet instrument for liberalisering. For sektorer der markeds mekanismer skal benyttes, kreves det en grundig gjennomtenkning av hvordan sektorpolitiske hensyn og fordelingshensyn skal balanseres med kommersielle. En slik balansering gir ikke kasuistiske inngrep eller retningslinjer med hjemmel i støtteregelverket tilstrekkelig rom for. LO ser ellers ikke noe behov for at ESA skal drive overvåkning og kontroll av norske kommuners finansiering av velferd og offentlig infrastruktur. Kommunale boliger, anlegg for idrett- og kultur, vei, vann og avløp mv. hindrer ikke samhandelen og konkurransen i EØS-området. Derimot er de viktige for trivsel, helse, dannelse og sosial utjevning. Kommunal budsjett disiplin blir i Norge godt ivaretatt gjennom andre mekanismer enn statsstøtteregelverket. Da Norge ikke er en del av Euro-samarbeidet, er det heller ikke behov for statsstøttekontroll med kommunal velferd og infrastruktur for å sikre euroens stabilitet.

Den *andre problemkategorien* knytter seg til at støtteregelverket etter hvert omfatter så mange tiltak og sektorer, at *ESA/Kommisjonen ikke lenger har kapasitet og kompetanse til å forvalte regelverket på en effektiv og formålstjenlig måte*. Det skaper usikkerhet om og forsinkelse i realiseringen av viktige prosjekter. Kapasitetsproblemene har dels blitt søkt løst ved bagatell- og gruppeunntak, dels ved at Kommisjonen og ESA prøver å pålegge nasjonale myndighet foretaksorganisering ("på like vilkår") og dels gjennom den såkalte SAM-strategien. Her skal vi nøye oss med å knytte noen kommentarer til det siste.

Et sentralt element i SAM (State Aid Modernisation) er at ESA og Kommisjonen skal kunne konsentrere sin innsats om offentlig finansiering som har reell betydning for samhandelen og konkurransen i EØS-området ("big on big"). Det er en fornuftig og god prioritering. Det som derimot er problematisk, er at ESA/Kommisjonen samtidig prøver å stimulere til det som de gjerne omtaler som "effektivisering" av støtteregeverket gjennom nasjonal håndheving ("small on small"). Nasjonal håndheving betyr i praksis privat håndheving gjennom saker for nasjonale domstoler. Dette er etter LOs syn et uheldig grep som Norge så langt som mulig bør prøve å redusere de potensielle negative konsekvensene av gjennom prosedyrereglene i den nye loven.

En negativ konsekvens kan forklares med at utfallet av klagesaker om offentlig støtte kan bli ulikt alt ettersom de blir anlagt for nasjonale domstoler eller blir behandlet av ESA/Kommisjonen. Forklaringen er at ESA/Kommisjonen har eksklusiv myndighet til å godkjenne offentlig støtte. For å motvirke at resultatet av en støttesak kan bli forskjellig alt ettersom den blir anlagt for ESA eller for en nasjonal domstol, mener LO at det bør lovfestes en prosessregel som åpner for at partene i statsstøttesaker for norske domstoler kan kreve at sakene blir midlertidig stanset – i påvente av ESAs vedtak – dersom støttegiver/staten vil bringe saken inn for ESA med påstand om at eventuelle støtte er lovlig og/eller forenelig med EØS-avtalen.

Problemstillingen kan illustreres ved saker der klager gjør gjeldende at støtte er ulovlig som følge av at den er gitt i strid med iverksettelsesforbudet. Dersom ESA/Kommisjonen får en slik sak til behandling, kan de komme til at støtten er gitt i strid med iverksettelsesforbudet, men at støtten likevel er forenelig og ikke skal stoppes/tilbakebetales. ESA vil bare unntaksvis kunne vedta at støtte midlertidig skal opphøre og tilbakeføres, før det er vurdert om støtten er forenelig. Se ODA tredje tilleggsprotokoll artikkel 11. Dersom slike saker derimot blir anlagt for nasjonale domstoler, vil den nasjonale domstolen ikke ha adgang til å prøve om støtten er forenelig. Resultatet i saker for nasjonale domstoler, der støtte er gitt i strid med iverksettelsesforbudet, vil dermed alltid måtte bli at støtten skal opphøre og (midlertidig) tilbakeføres.

De praktiske implikasjonene av dette kan eksemplifiseres ved et tenkt eksempel knyttet til Leterefusjons-saken. Den gjaldt en klage fra Bellona om at leterefusjon var i strid med statsstøtteregevene fordi det var gjort endringer i ordningen uten at de var notifisert ESA og godkjent. ESA kom imidlertid til at ordningen ikke innebar statsstøtte fordi selektivitetsvilkåret ikke var oppfylt. Konklusjonen knyttet seg til at ordningen måtte vurderes opp mot petroleumsskattelovgivningen som referanseramme og ikke den alminnelige selskapsskattelovgivningen. Tenker vi oss at konklusjonen hadde vært den motsatte, ville dette likevel ikke automatisk medført at leterefusjonsordningen måtte opphøre og oljeselskapene som hadde nytt godt av den måtte tilbakebetale leterefusjonen. I et slikt tilfelle måtte ESA vurdert om ordningen var forenelig med EØS-avtalen (kompatibel) og kunne opprettholdes. Hadde derimot Bellona anlagt saken for en norsk domstol, som hadde kommet til at leterefusjon representerte statsstøtte, ville konklusjonen måtte blitt stopp i leterefusjonsordningen og (midlertidig) tilbakeføring til staten av utbetalt leterefusjon. En norsk domstol ville ikke kunne vurdert om støtten var forenelig med EØS-avtalen og kunne opprettholdes. Denne ulikheten mellom ESA og nasjonale myndigheters kompetanse under

regelverket skaper uforutsigbarhet om rammevilkårene for næringslivet og for norske myndighetens muligheter til å regulere det.

En annen negativ konsekvens knytter seg til at andre støttegivere enn staten, etter ESAs prosedyreregulering for støttesaker, ikke har prosessuelle rettigheter i støttesaker. All dialog i slike saker foregår mellom staten v/departementet og ESA. For at andre støttegivere enn staten skal få mulighet til å sikre de interesser de er pålagt å ivareta, bør en norsk støttelov sikre at staten v/departementet blir involvert i alle støttesaker, også de som verserer for nasjonale domstoler. Det kan oppnås ved å lovfeste en regel om tvungent prosessfelleskap. Private som vil bringe støttesaker inn for norske domstoler må pålegges å saksøke staten v/departementet i tillegg til støttegiver og støttmottaker.

Det tredje problemkomplekset knytter seg til *rettsikkerhet*. Saksbehandlingsregler blir regelmessig gitt for å ivareta to ulike og til dels motstridende formål. Det ene er effektivitet og det andre er rettsikkerhet. Det siste aspektet synes langt på vei oversett i dette lovforslaget. Private bedrifter som blir involvert i støttesaker har få formelle rettigheter i støtteprosessen, for eksempel knyttet til dokumentinnsyn og andre kontradiktoriske rettigheter. Det betyr at de er avhengig av departementets velvilje for å kunne ivareta sine interesser. Dette bør et ny norsk støttelov søke å avbøte konsekvensene av. Støttmottakers prosessuelle rettigheter bør særskilt reguleres i loven, herunder må det gis bestemmelser om dokumentinnsyn, rett til å uttale seg til ESA og om tvungent prosessfelleskap i saker som blir anlagt for norske domstoler.

Det oppstår ellers særskilte rettssikkerhetsutfordringer i tilbakeføringssaker der det er differensierte skatter og avgifter som påstås å være i strid med støtteregelverket, eksempelvis i saker om arbeidsgiveravgift og el-avgift. Et "tilbakebetalingsvedtak" mot bedrifter som ikke har vært omfattet av slike avgifter, eventuelt har vært omfattet med en lavere sats, vil i praksis bety at disse bedriftene blir ilagt avgifter med tilbakevirkende kraft og der konsekvensen kan bli at økonomisk solide bedrifter, med mange arbeidsplasser, går konkurs. Det vil føre for langt å gå detaljert inn på disse problemstillingene her, men til illustrasjon viser vi til den verserende støttesaken om sukkeravgift. Dette er en sak der norske søtsaksprodusenter, som *ikke* er omfattet av sukkeravgiften, angivelig skal kunne pålegges tilbakebetalingskrav i milliardklassen.¹

Behov for en grundigere analyse

I omtalen av lovforslagets hovedinnhold karakteriserer departementet dagens organisering av støtteprosessen som i all hovedsak god, og hevder at den balanserer støttegivers behov for fleksibilitet og ESAs behov for kontroll med etterlevelsen av støtteregelverket. Det er vanskelig å etterprøve om dette stemmer. Analyser og evalueringer som bygger opp under denne konklusjonen, er langt på vei fraværende i høringsnotatet.

Støtteprosesser er relativt lukkede. For offentligheten er det vanskelig å få innsyn i saksdokumenter og dialogen mellom Næringsdepartementet og ESA. At prosessene er lite transparente medfører at det – for aktører som ikke har jobbet med slike saker i ESA eller departementet – blir krevende å komme med konstruktive innspill til hvordan saksbehandlingen i slike saker kan innrettes og forbedres. En grundigere omtale og analyse – herunder av typiske utfordringer departementet, støttegivere og støttmottakere møter i

¹ <https://rett24.no/articles/sukkeravgift-og-darleg-rettstryggleik>

notifikasjons- og klagesaker – ville vært et nyttig bidrag her. En slik analyse kunne også ha bidratt til å etablere et fundament for en felles norsk politikk/samordnet strategi på støttefeltet. Her skal vi kort peke på noen aspekter LO mener burde vært løftet frem i en slik analyse.

Ett av dem er systemet med *meldeplikt (notifikasjon)* og den mer uformelle ordningen med prenotifikasjon. Dette skjer ved at støttegiver melder tiltak de ønsker å iverksette til ESA for godkjenning, via departementet. For LO er det uklart hva som er departementets rolle i slike saker. Skal departementet bare fungere som "postkassestativ", eller skal det ha en mer aktiv rolle i å veilede de som ønsker å iverksette tiltak, og er det støttegiver eller departementet som skal avgjøre hvilke tiltak som skal notifiseres/prenotifiseres? Etter LOs syn er det viktig at departementet på dette området gir god veiledning til støttegiver. LO vurderer det ellers som strategisk uheldig om departementet åpner for at støttegivere "for å være på den sikre siden" får notifisere ESA om finansiering av områder og tiltak som departementet mener faller utenfor støtteregeverket. Slike notifikasjoner, eventuelt prenotifikasjoner, kan være med å etablere grunnlag for ytterligere utvidelse av ESAs kompetanse på støtteområdet.

Dette gjelder for det første i forbindelse med tiltak på vare- og tjenesteområder som ikke blir regulert av støtteregeverket, slik som finansiering av elektroniske journalsystemer for den offentlige helsetjenesten. For det andre gjelder det tiltak som har marginal betydning for samhandelen og konkurransen slik som idrettshaller og svømmeanlegg. For det tredje gjelder det transaksjoner knyttet til offentlige etaters kommersielle disposisjoner slik som kjøp, salg og selskapsutskilling som den offentlige etaten har gjort en vurdering av at blir gjennomført på markedsvilkår. For kommersielle transaksjoner oppstår det vanskelige problemstillinger opp mot markedsinvestortesten – for eksempel knyttet til hva som er riktig kapitalisering av aksjeselskaper – som ESA har svake forutsetninger for å overprøve/etterprøve.

Ett annet aspekt relaterer seg til *saker om påstått ulovlig støtte*. Der kan støttegiver, støttemottaker og departementet ha ulikt syn på de materielle spørsmålene og strategivalgene i dialogen med ESA. Motstridende interesser kan skyldes at politisk ledelse i departementet har sterkt fokus på markedsorganisering og "like vilkår", at det er ulik forståelse av betydningen av de sektorpolitiske og fordelingsmessige hensyn som gjør seg gjeldende, at departementet har eierinteresser i selskapet som er påstått støttemottaker, kapasitetshensyn, konsekvenshensyn relatert til andre verserende saker etc. Statsstøttesaken om "kryss-subsidiering" i avfallssektoren er et eksempel på en sak der regjeringen og kommunene hadde motstridende interesser, men det finnes også eksempler mellom saker som fremdeles verserer.

Fordi det finnes saker der det er motstridende interesser er det etter LOs syn behov for å tenke gjennom hvilke rettigheter (påstått) støttegiver og støttemottaker skal ha i prosessen, herunder å legge til rette for at de får fullt innsyn i saksdokumentene og dialogen mellom departementet og ESA. I motsetning til departementet har ikke støttegiver og støttemottaker partsrettigheter i støttesaker, og er derfor henvist til å prøve å få tilgang til saksdokumentene med hjemmel i Offentleglova. Mulighetene til å få fremmet faktiske og rettslige anførsler til ESA er også begrensede. Denne mangelen på muligheter til kontradiksjon, kan føre til at ESA legger feil faktum og juss til grunn. Det kan igjen føre til at viktige samfunnsmessige hensyn blir skadelidende og til at støttemottakere blir møtt med unødvendige eller urettmessige tilbakebetalingskrav.

LO mener videre at det bør utredes å skille det departementale ansvaret for notifikasjonssaker og klagesaker (saker om påstått ulovlig støtte), slik at ansvaret for klagesaker flyttes ut av

Nærings- og fiskeridepartementet. LO har merket seg at flere vanskelige klagesaker er blitt løst ved hjelp av Finansdepartementets inntreden, deriblant Leterefusjonssaken. Vi har også merket oss fravær av involvering av fagdepartementet for offentlig sektor (KMD) i saker som berører offentlig velferd og infrastruktur.

Et tredje og siste aspekt relaterer seg til *tilbakeføring*. I de sakene tilbakeføring kan gjennomføres som vanlige pengekrav, er tilbakeføringsprosessen i prinsippet relativt enkelt å gjennomføre. Det oppstår derimot særskilte problemstillinger i saker om påstått støtte til "støttegivers" egne vare- og tjenestetilbud (i støtterettslig terminologi ofte omtalt som kryss-subsidiering). Eksempler på dette kan være kommuner som har eierskapet til kommunale boliger og havner i KF eller etat og helseforetak som finansierer laboratorium som har inntekter knyttet til oppdragsforskning eller analysevirksomhet. Det oppstår ellers særskilte konstitusjonelle problemstillinger, relatert til tilbakevirkning og beskatningsmyndighet, for "støttlemottakere" som har oppnådd en økonomisk fordel som følge av at de *ikke* har blitt omfattet av differensierte skatter- og avgifter, eventuelt har blitt omfattet av en lavere sats. Det vises her til de verserende sakene om sukkeravgift og elavgift. Disse problemstillingene burde vært løftet opp og drøftet i høringsnotatet.

Merknader til de enkelte bestemmelser

§ 1 Lovens formål

LO er av den oppfatning at det er for lite ambisiøst at en lov om prosedyreregler for offentlig støtte bare skal ha som formål å etterleve Norges EØS-rettslige forpliktelser.

Formålet må være å sikre en god, effektiv og betryggende behandling av saker om offentlig støtte.

I dette ligger det at de politiske målsetningene som offentlig støtte skal ivareta så langt som mulig må sikres gjennomslag, både i notifikasjonssaker og i saker om (påstått) ulovlig støtte. I tillegg innebærer det at støttlemottakers rettsikkerhet må ivaretas.

Saksbehandlingsreglene i støtteleven må videre bidra til å motvirke at støtteregulverket blir til hinder for at offentlig finansiering kan gis på en effektiv, målrettet og fleksibel måte i møte med samfunnets skiftende behov. Betydningen av dette har vi sett under Covid19 situasjonen. Fremover vi vi kanskje særlig se det i finansieringen av det grønne skiftet. Norge kan ikke risikere at ESA eller nasjonale domstoler stopper eller reverserer viktige klimatiltak på grunn av rigide eller dårlig utformede prosessregler.

§ 2 Virkeområde

Etter LOs syn er det lite ønskelig å la tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte reguleres av loven. Tiltak som omfattes av denne forordningen, kan ofte falle utenfor EØS-avtalens støtteregulverk fordi de ikke oppfyller vilkårene for å være offentlig støtte. Etter LOs syn er det ikke hensiktsmessig å gi pålegg om registreringsplikt mv. for slike tiltak.

I den grad det er behov for å lovregulere enkeltspørsmål knyttet til tiltak som er omfattet av bagatellforordningen, bør det gjøres i en særskilt bestemmelse. Tiltak som er omfattet av forordningen, men som ikke representerer støtte, bør uansett ikke omfattes av en slik bestemmelse.

§ 6 Opplysningsplikt

Bestemmelsene om opplysningsplikt er vidtrekkende og bør presiseres/avgrenses. Den omfatter alle "opplysninger som er nødvendige" og departementet gis hjemmel til å kreve slike opplysninger av "enhver".

I og med at begrepet opplysningsplikt er brukt, antar vi at plikten rekker lenger enn til å gi dokumentinnsyn og tilgang til andre realbevis. Det bør da presiseres hva dette innebærer, for eksempel om det omfatter plikt til å hente inn takster, økonomiske analyser, utarbeide støtterettslige vurderinger etc. Bestemmelsen om at departementet kan kreve opplysninger av «enhver» reiser dessuten problemstillinger knyttet til hvem som skal bære kostnadene der andre enn støttegiver og støttemottaker blir pålagt plikt til å gi opplysninger.

Bestemmelsen i § 6-4 (4) andre ledd, som viser til straffeprosesslovens bevisforbud, er uklar, og vi stiller også spørsmål ved om den løser de problemstillinger som kan oppstå knyttet til advokaters taushetsplikt. Det bør gjennomføres en lovteknisk gjennomgang av denne.

§ 8 Endring av støtteordninger

LO er av den oppfatningen at § 8 (1) og (2) skal tas ut av loven.

Bestemmelsen i § 8 (1) kan potensielt gripe inn i, og står også i et uklart forhold til, det kommunale selvstyret og Stortingets lovgivnings- og beskatningsmyndighet. Dette gjelder i enda større grad for bestemmelsen i § 8 (2).

LO viser her til at det er en rekke støtteordninger der endringer i samsvar med ESAs ønske om hensiktsmessige tiltak vil kreve lov- eller skattevedtak. For slike ordninger bør *ikke* departementet kunne forplikte seg overfor ESA *før* de nødvendige vedtak i Stortinget er på plass. Dette vil typisk være tilfelle for saker knyttet til kommunal organisering, konkursimmunitet og skatt eller avgift. Konkrete eksempler på slike saker er avfallssakene, "På like vilkår-saken" og sukkeravgiftssaken.

Problemer knyttet til å iverksette tiltak for støtteordninger der støttegiver er en del av statsforvaltningen eller er et statlig foretak, kan løses ved at regjeringen bruker sin instruksjonsmyndighet eller sine eierbeføyelser. For slike saker er lovhjemlene som er foreslått i § 8 (1) og (2) overflødige.

§ 11 Tilbakeføring av offentlig støtte

Etter bestemmelsen i § 11 (1) er det uklart når støttegivers plikt til å kreve tilbakeføring inntre. Det er en aktuell problemstilling både i saker der støttegiver har et annet syn enn departementet og/eller ESA på om et tiltak faller inn under EØS-avtalens regler om offentlig støtte og i saker der støttegiver har gitt støtte i strid med iverksettelsesforbudet og ønsker å (etter)notifisere med påstand om at støtten er forenelig.

Bestemmelsen er ellers uheldig utformet ved at plikt til å kreve tilbakeføring inntre allerede ved ESAs vedtak. I slike saker bør støttegiver ha anledning til å kreve at staten v/departementet anlegger ugyldighetskrav for EFTA-domstolen. Plikten bør, der det blir tatt ut søksmål, ikke inntre før det foreligger rettskraftig dom.

Etter forslaget § 11 (3) og (5) skal støttegiver kunne kreve offentlig støtte tilbake ved et enkeltvedtak og der kravet forfaller til betaling etter to måneder og enkeltvedtaket skal være særlig tvangsgrunnlag for utlegg. Støttesaker reiser ofte svært krevende problemstillinger, både faktisk og rettslig. Det er vanskelig å se at tvangsinn drivelse etter prosessen i tvfbl § 7-2 bokstav e) jf. § 7-7 andre ledd vil lette inndrivelsen der departementet, støttegiver og støttemottaker er uenige om tilbakeføringskravets berettigelse og omfang. Etter LOs syn bør derfor støttegiver skaffe seg alminnelig tvangsgrunnlag – typisk reise søksmål – dersom støttegiver bestrider et enkeltvedtak om tilbakeføring.

LO er ellers enig med den vurderingen departementet har gjort når det har forkastet forslaget om at tilbakeføring skal skje til fordel for statskassen, se § 11 andre ledd siste punktum lovforslaget Erling Hjelmeng utarbeidet på oppdrag av departementet. Formålet med tilbakeføring av støtte er å gjenopprette konkurransesituasjonen, ikke å overføre midler fra andre forvaltningsnivåer til staten eller å 'straffe' støttegivere som har tolket og anvendt støttereguleringen feil. Det er derfor riktig at tilbakeføring skal skje til støttegiver.

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

LO deler departementets vurdering av at det er hensiktsmessig med en særskilt bestemmelse om foreldelse i loven. Det bør likevel arbeides mer med de lovtekniske sidene av bestemmelsen.

Bestemmelsen gir uklare regler, både for foreldelsesfristens startpunkt og lengde, i en rekke typetilfeller. Vi viser her til Miriam Skags artikkel, Foreldelsesfristens start for krav fremmet ved enkeltvedtak i Tidsskrift for forretningsjus 2015 s. 31-53 der en rekke problemstillinger av relevans for tilbakeføringskrav blir drøftet.

Bestemmelsens overskrift er også misvisende/uklar. Den gir inntrykk av at bestemmelsen ikke bare søker å regulere foreldelse, men også adgangen til å kreve tilbakeføring. Dersom bestemmelsen er ment å regulere begge forhold, bør det gis to ulike bestemmelser.

LO er for øvrig av den oppfatningen at det bør lovfestes *tvunget prosessfelleskap* i saker om privat håndhevelse av støttereguleringen, hvilket betyr at tredjeparter ikke bare må saksøke støttegiver, men også støttemottaker og staten v/departementet (dersom støttegiver ikke er et statlig rettssubjekt) for å avbryte foreldelsesfristen og for å ha rettslig interesse. Bakgrunnen for at det bør være plikt til å saksøke støttemottaker er at tilbakeføring vil kunne ramme støttemottaker hardt. Støttemottaker bør derfor få adgang til å ivareta sine interesser i slike søksmål. Et søksmål bare mot støttegiver vil heller ikke ha rettskraftvirkninger for støttemottaker. Bakgrunnen for at det bør være plikt til å saksøke staten er at partene i støttesaker etter EØS-avtalen er staten og ESA. Det medfører at andre støttegivere enn staten vil ha begrensede muligheter til å ivareta de interesser de skal ivareta om ikke staten blir involvert i prosessen. Eksempelvis vil en kommunal støttegiver ikke ha mulighet til å (etter)notifisere ESA, uten at staten er involvert.

§ 14 Forskrifter

LO ser at det kan være behov for at departementet har kompetanse til å gi forskrifter til *utfylling og presisering* av loven. Vi mener likevel at de foreslåtte forskriftshjemlene er for vide. Det gjelder først og fremst hjemlene i § 14 bokstavene a) og g). Slik vi leser disse, er det uklart hvilke kompetansebegrensninger som ligger i dem.

Vi viser ellers til at det er vanlig å innfortolke kompetansebegrensninger i forskriftshjemler med utgangspunkt i lovers formålsbestemmelse. Formålsbestemmelsen i dette lovutkastet er begrenset til å ivareta Norges EØS-rettslige og folkerettslige forpliktelser. Det kan medføre at det ikke blir innfortolket kompetansebegrensninger som kan være nødvendige for å ivareta andre hensyn. Også her peker vi på de hensyn offentlig finansiering skal fremme og de rettsikkerhetsmessige utfordringer støttesaker reiser, særlig i tilbakeføringsaker.