

Høringsnotat

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

Nærings- og fiskeridepartementet

24. juni 2020

INNHold:

1	LOVFORSLAGETS HOVEDINNHold	6
2	BAKGRUNN FOR LOVFORSLAGET	9
2.1	EØS-avtalens regler om offentlig støtte	9
2.2	Lov om offentlig støtte	11
2.3	Ekstern utredning	12
3	LOVENS FORMÅL OG VIRKEOMRÅDE	14
3.1	Gjeldende rett	14
3.2	Departementets vurdering	15
4	KRAV TIL MELDING, RAPPORTERING OG TRANSPARENS	17
4.1	Meldeplikt for nye støttetiltak	17
4.1.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	17
4.1.2	Gjeldende rett	18
4.1.3	Nordisk rett	18
4.1.4	Departementets vurdering	19
4.2	Registreringsplikt i Registeret for offentlig støtte	21
4.2.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	21
4.2.2	Gjeldende rett	21
4.2.3	Nordisk rett	22
4.2.4	Departementets vurdering	22
4.3	Opplysningsplikt og informasjonsoppbevaring	23
4.3.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	23
4.3.2	Gjeldende rett	24
4.3.3	Nordisk rett	24
4.3.4	Departementets vurdering	26
4.4	Unntak fra taushetsplikt	27
5	FORVALTNING AV STØTTEORDNINGER	29
5.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	29

5.2	Gjeldende rett	29
5.3	Nordisk rett	30
5.4	Departementets vurdering	30
6	IVERKSETTELSESFORBUD, TILBAKEFØRING OG FORELDELSE	33
6.1	Iverksettelsesforbudet	33
6.1.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	33
6.1.2	Gjeldende rett	33
6.1.3	Nordisk rett	34
6.1.4	Departementets vurdering	34
6.2	Tilbakeføring av ulovlig støtte	34
6.2.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	34
6.2.2	Gjeldende rett	35
6.2.3	Nordisk rett	37
6.2.4	Departementets vurdering	39
6.2.5	Hjemmel for å kreve renter ved tilbakeføring av ulovlig støtte	42
6.3	Foreldelse og frist for å fremme krav om tilbakeføring	44
6.3.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	44
6.3.2	Gjeldende rett	45
6.3.3	Nordisk rett	46
6.3.4	Departementets vurdering	47
7	ENDRING AV EKSISTERENDE STØTTEORDNINGER I TRÅD MED VEDTATTE HENSIKTMESSIGE TILTAK	50
7.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	50
7.2	Gjeldende rett	50
7.3	Nordisk rett	51
7.4	Departementets vurdering	51
8	KONTROLLBESØK FRA ESA	53
8.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	53
8.2	Gjeldende rett	53

8.3	Nordisk rett	53
8.4	Departementets vurdering	54
9	PRIVAT HÅNDHEVING AV IVERKSETTELSESFORBUDET	55
9.1	Norges EØS-rettslige forpliktelser	55
9.1.1	Innledning	55
9.1.2	Tilbakeføring av ulovlig støtte	55
9.1.3	Søksmål om at støtte skal kjennes ulovlig eller om stans i iverksettelse eller utbetaling av støtte	56
9.1.4	Midlertidig forføyning	57
9.1.5	Krav på erstatning	57
9.1.6	Hvem kan reise søksmål	58
9.2	Gjeldende rett	58
9.2.1	Innledning	58
9.2.2	Tilbakeføring av ulovlig støtte	58
9.2.3	Søksmål om at støtte skal kjennes ulovlig eller om stans i iverksettelse eller utbetaling av støtte	59
9.2.4	Midlertidig forføyning	59
9.2.5	Krav på erstatning	60
9.2.6	Hvem kan reise søksmål om brudd på iverksettelsesforbudet?	60
9.3	Nordisk rett	61
9.4	Departementets vurdering	63
9.5	Særlig om betydningen av ESAs vedtak i nasjonal rett	64
10	REGULERING AV OECD-AVTALEN OM NORMALE KONKURRANSEFORHOLD I SKIPSBYGGINGSINDUSTRIEN OG WTO-AVTALEN OM SUBSIDIER OG UTJEVNINGSAVGIFTER	66
10.1	Gjeldende rett	66
10.2	Departementets vurdering	66
11	FORSKRIFTER	68
12	ØKONOMISKE OG ADMINISTRATIVE KONSEKVENSER	69
12.1	Innledning	69

12.2	Samfunnsøkonomiske konsekvenser	69
12.3	Konsekvenser for næringslivet	70
12.4	Konsekvenser for forvaltningen	71
LOVUTKAST		72

1 Lovforslagets hovedinnhold

Dagens lov om offentlig støtte fremstår som fragmentarisk, og det er ikke foretatt en helhetlig gjennomgang av lov og forskrifter siden loven ble vedtatt i 1992. På visse punkter kan loven dessuten fremstå som uklar og er dermed lite brukervennlig. Det er etter departementets vurdering nødvendig med en helhetlig gjennomgang av regelverket, og et forslag til ny lov.

Hovedmålet med lovforslaget er å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale prosedyrene som kommer til anvendelse i saker som gjelder offentlig støtte. For å klargjøre at loven ikke regulerer de materielle reglene om offentlig støtte foreslår departementet å endre lovens navn til lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte. Departementet foreslår å benytte kortnavnet 'støtteloven'. Dette er allerede et innarbeidet begrep, og innebærer en forenkling i forhold til full tittel.

Støtteloven skal sikre at norske myndigheter overholder sine EØS-rettslige forpliktelser på støtteområdet, samt forpliktelsene etter OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter. Departementet ønsker særlig å klargjøre hvilke forpliktelser støttegiver og støttemottaker har etter EØS-regelverket. Departementet mener de foreslåtte grepene vil bidra til å styrke ivaretagelsen av Norges EØS-rettslige forpliktelser på støtteområdet. Samtidig vil loven bli mer brukervennlig enn i dag. Forslaget innebærer en viktig klargjøring av tilbakeføringsplikten og hvordan støttegiver skal gå frem for å fremme slike krav, og rydder dermed opp i spørsmål som til dels har vært uavklart i gjeldende rett.

Departementet foreslår ikke større endringer i måten prosessen i støttesaker er organisert på i Norge. Dagens organisering fungerer i hovedsak godt, og balanserer støttegivers behov for fleksibilitet, og behovet for kontroll med etterlevelsen av regelverket godt.

Det foreslås heller ikke regulering av de materielle EØS-støttereglene, dvs. vilkårene for når et tiltak utgjør offentlig støtte, og vilkårene for at støtte skal kunne godkjennes som forenlig med EØS-avtalen, utover det som finnes i dag. Det EØS-rettslige støttebegrepet er dynamisk, og baserer seg på svært skjønsmessige kriterier. Dette gjør det krevende å lovfeste på en slik måte at det underliggende EØS-rettslige støttebegrepet reflekteres på en korrekt måte. Dermed risikerer man at lovens støttebegrep, eller lovens øvrige materielle begreper, fort vil avvike fra, eller i hvert fall oppfattes på en annen måte, enn de underliggende EØS-rettslige begrepene de er ment å reflektere. Det samme gjelder de materielle forenlighetsvilkårene som i hovedsak er nedfelt i ESAs retningslinjer. Dette er svært detaljerte og skjønsmessige regler, som legger føringer for ESAs skjønnsutøvelse, og de er gjenstand for løpende endringer etter hvert som praksis utvikler seg.

I *kapittel 2* omtales bakgrunnen for lovforslaget. Her gis en kort omtale av EØS-avtalens regler om offentlig støtte, gjeldende lov om offentlig støtte, og om prosessen frem mot dette lovforslaget.

I *kapittel 3* omtales først lovforslagets formål, som skal være å sikre etterlevelse av Norges EØS-rettslige og andre folkerettslige forpliktelser på området for offentlig støtte. Loven kommer i hovedsak til anvendelse på offentlig støtte som omfattes av artikkel 61 i EØS-avtalens hoveddel. I §§ 13 og 14 første ledd bokstav g gis det særbestemmelser om tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

Kapittel 4 inneholder en gjennomgang av kravene til melding av nye støttetiltak til EFTAs overvåkingsorgan. Videre omtales registerplikt i registeret for offentlig støtte. I tillegg

omtales opplysningsplikt og plikt til å oppbevare informasjon om offentlig støtte. Disse bestemmelsene er i stor grad en videreføring av gjeldende rett, men innebærer en opprydning og klargjøring av støttegivers og støttemottakers forpliktelser. Opplysningsplikten overfor Nærings- og fiskeridepartementet utvides noe.

Kapittel 5 omtaler departementets forslag til krav til støttegivers forvaltning av støtteordninger. Forslaget går i hovedsak ut på å klargjøre støttegivers plikt til å påse at enhver støttetildeling under en støtteordning er lovlig. I tillegg pålegges støttegiver å ha et system for kontroll med enkelttildelinger, for å sikre at plikten overholdes. Det stilles visse minimumskrav til støttegivers kontroll, men den nærmere utformingen av kontrollsystemet overlates til støttegiver.

I *kapittel 6* behandles først forslag til bestemmelse om iverksettelsesforbudet, det vil si forbudet mot å iverksette støtte før den har vært meldt til og godkjent av EFTAs overvåkingsorgan. Departementet foreslår en klargjøring av iverksettelsesforbudet i norsk rett. Videre omtales forslag til regler om tilbakeføring av ulovlig offentlig støtte. Også her foreslår departementet en klargjøring av reglene. Forslaget tydeliggjør at plikten til å kreve tilbake ulovlig støtte også gjelder der EFTAs overvåkingsorgan ikke har fattet vedtak med pålegg om tilbakeføring. Videre fastslås det at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte etter loven er enkeltvedtak og utgjør tvangsgrunnlag for utlegg. Til slutt i kapitlet behandles departementets forslag til en ny bestemmelse om foreldelse og frist til å fremme krav om tilbakeføring. Det er uklart etter gjeldende rett hvordan tilbakeføringskrav foreldes og hvor langt tilbake i tid støttegiver plikter å kreve tilbake ulovlig støtte i de tilfellene der EFTAs overvåkingsorgan ikke har fattet vedtak med pålegg om tilbakeføring. Lovforslaget fastslår at tilbakeføringskrav foreldes etter bestemmelsene i foreldelsesloven, og at foreldelsesfristen løper fra tidspunktet da støttegiver fremsetter krav om tilbakeføring. Videre innføres det en begrensning i støttegivers adgang til å fremme krav om tilbakeføring i saker der tilbakeføring skjer uten at EFTAs overvåkingsorgan har gitt pålegg om det. Det foreslås at støttegiver i slike tilfeller kun kan fremme krav om tilbakeføring av støtte som er ytt tre år tilbake i tid. For å forhindre at støttegiver kan trenere prosessen i påvente av foreldelse, gis tredjeparter en mulighet til å avbryte foreldelsesfristen og fristen for å fremme krav, ved å gå til søksmål mot støttegiver.

Kapittel 7 omtaler endring av eksisterende støtteordninger. Forslaget er ment å lovfeste dagens praksis, og klargjøre støttegivers plikt til å endre eksisterende støtteordninger, om nødvendig, for å sikre at de til enhver tid er i samsvar med EØS-retten.

I *kapittel 8* omtales et forslag om å videreføre regler om kontrollbesøk fra EFTAs overvåkingsorgan og om beslutning om bevissikring. Forslaget innebærer kun en språklig klargjøring av gjeldende rett.

Kapittel 9 inneholder en gjennomgang av adgangen til privat håndheving av iverksettelsesforbudet. Departementet foreslår ikke særregulering av privat håndheving av reglene om offentlig støtte, men vurderer det slik at alminnelig prosessrett gir en tilstrekkelig beskyttelse av private parters rettigheter.

I *kapittel 10* omtales behovet for regulering av tiltak omfattet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingssektoren og WTO-avtalen om subsidier og utjevningssavgifter, samt behovet for forskrifter,

I kapittel 11 omtales behovet for forskrifter til loven, før det i kapittel 12 foretas en gjennomgang av forslaget økonomiske og administrative konsekvenser.

2 Bakgrunn for lovforslaget

2.1 EØS-avtalens regler om offentlig støtte

Ved inngåelsen av EØS-avtalen kom reglene om offentlig støtte inn som et helt nytt rettsområde i Norge. Før 1994 sto nasjonale bevilgende myndigheter i all hovedsak rettslig fritt til å gi økonomisk støtte til de bedrifter og næringer man måtte ønske. Med EØS-avtalen kunne nasjonale myndigheter kun tildele støtte på nærmere bestemte vilkår. Kontrollen med statenes etterlevelse av det EØS-rettslige støtteregelverket ble lagt til EFTAs overvåkingsorgan (ESA).

Formålet med støttereglene er å sikre likebehandling og forutsigbarhet i markedene, fremme integrasjon, motvirke kameraderi og korrupsjon, bidra til samfunnsøkonomisk effektivitet og forsvarlig styring samt unngå ødeleggende subsidiekonkurranse mellom stater. Reglene bidrar til likere konkurransevilkår og motvirker særbehandling. Der behovet for støtte er godt begrunnet, er det likevel et betydelig handlingsrom.

En viktig side ved støttereglene er at de ikke bare bidrar til å begrense offentlig støtte i Norge, men også i de andre EU/EØS-statene som er underlagt det samme regimet, og som utgjør Norges viktigste marked. Slik sett bidrar reglene til norsk eksportindustri konkurransevne.

Støttereglene er bygget opp som et generelt forbud mot å gi støtte, men med en rekke unntak. Støttebegrepet tolkes vidt, og omfatter ikke bare direkte økonomiske tilskudd, men også andre former for direkte eller indirekte subsidier. Det er likevel ikke slik at EØS-avtalen forbyr enhver støtte fra offentlige myndigheter. Det gis hvert år betydelig offentlig støtte i Norge (som i EØS-statene for øvrig). Men tildeling av støtte er underlagt regler som blant annet krever at støtten er begrunnet i felleseuropeiske formål, som miljøvern eller forskning og utvikling, at den ikke er konkurransevridende, ikke større enn nødvendig, etc. Utgangspunktet er at støtte må meldes til ESA og godkjennes før den kan iverksettes.

De materielle reglene om offentlig støtte er fastsatt i EØS-avtalen artikkel 61¹ og 59 annet ledd. Artikkel 61 første ledd inneholder vilkårene for at et tiltak utgjør ulovlig offentlig støtte, mens artikkel 61 andre og tredje ledd og artikkel 59 annet ledd, inneholder bestemmelser om når støtte likevel kan godkjennes av EFTAs overvåkingsorgan som forenlig med EØS-avtalen. Disse overordnede bestemmelsene er supplert med sekundærrett i form av forordninger², Kommisjonsbeslutninger³ og retningslinjer fra Europakommisjonen (heretter også referert til som Kommisjonen) og ESA om hvordan reglene skal forstås. For at et tiltak skal utgjøre offentlig støtte etter artikkel 61 må flere vilkår være oppfylt. For det første må tiltaket innebære bruk av offentlige midler. Videre må tiltaket innebære at et eller flere bestemte foretak får en økonomisk fordel som ikke andre foretak får. Dessuten må tiltaket

¹ Bestemmelsen tilsvare artikkel 107 i traktaten om den Europeiske Unions Virkemåte.

² F.eks. forordning (EU) nr. 651/2014 om erklæring av visse støttekategoriers forenlighet med det indre marked i henhold til artikkel 107 og 108 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (Gruppeunntaket), forordning (EU) nr. 1407/2013 om anvendelsen av artikkel 107 (1) i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på bagatellmessig støtte (de minimis forordningen) og forordning nr. 360/2012 om anvendelsen av artikkel 107 og 108 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på bagatellmessig støtte til foretak som utfører tjenester av allmenn økonomisk betydning.

³ Kommisjonsbeslutning 2012/21/EU om anvendelsen av artikkel 106 (2) i traktaten om Den europeiske unions virkemåte på statsstøtte i form av godtgjøring for offentlig tjenesteyting til visse foretak som er tilagt oppgaven å utføre tjenester av allmenn økonomisk betydning.

være potensielt konkurransevridende og egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Dette innebærer at det ikke bare er tradisjonelle tilskuddsordninger som kan utgjøre støtte i EØS-rettslig forstand. I prinsippet kan enhver økonomisk fordel som stammer fra offentlige midler være offentlig støtte. Et eksempel er offentlige lån og garantier som ikke gis på markedsvilkår. Det samme er skatte- og avgiftsfritak, eller andre former for skattefordeler, som gis til enkelte sektorer eller bedrifter. Også offentlig kjøp av varer eller tjenester til "overpris", eller salg av offentlige formuesgoder under markedspris kan innebære at en eller flere bedrifter får en økonomisk fordel som utgjør offentlig støtte. Foretaksbegrepet er knyttet til støttemottakers virksomhet. For at foretaksvilkåret skal være oppfylt må støttemottaker drive økonomisk aktivitet, dvs. tilby en vare eller tjeneste i et marked. Myndighetsøvelse eller andre virksomheter som ikke utgjør økonomisk aktivitet faller derimot utenfor foretaksbegrepet, og dermed også statsstøtteregelveverket. Vilkåret om offentlige midler omfatter alle midler på offentlige budsjetter og offentlig eide formuesgoder, men også private midler i den grad disse disponeres eller kontrolleres av det offentlige. Det EØS-rettslige støttebegrepet er et dynamisk begrep som baserer seg på svært skjønsmessige kriterier. Begrepets innhold utvikles løpende gjennom EU-domstolens og EFTA-domstolens praksis.

EØS-avtalen artikkel 62 inneholder regler om overvåkning av støttereglene innenfor EØS-området. Denne bestemmelsen gir ESA ansvaret for å overvåke EFTA-statenes etterlevelse av EØS-avtalens støtteregler. ESAs kompetanse på støtteområdet er nærmere regulert i Protokoll 26 til EØS-avtalen og i Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA).

ODA Protokoll 3 forbyr nasjonale myndigheter å iverksette ny støtte uten at ESA har godkjent støtten på forhånd (iverksettelsesforbudet). Samtidig gis ESA eksklusiv kompetanse til å godkjenne tildeling av ny offentlig støtte som "forenlig" med EØS-avtalen. Dette innebærer at alle planer om å gi ny offentlig støtte i utgangspunktet må notifiseres til ESA før de kan iverksettes.

ODA Protokoll 3 gir også ESA kompetanse til å undersøke om EFTA-landene har gitt støtte i strid med iverksettelsesforbudet ("ulovlig støtte"). Dersom ESA kommer til at iverksettelsesforbudet er brutt og at den ulovlige støtten er uforenlig med EØS-støttereglene ("uforenlig støtte") kan ESA pålegge EFTA-staten å stanse utbetaling av støtten eller kreve tilbake støtte som er utbetalt. Videre kan ESA undersøke om såkalt "eksisterende støtte", dvs. støtte som enten er godkjent av ESA eller som ble iverksatt før EØS-avtalen trådte i kraft, (fortsatt) er forenlig med EØS-avtalen eller ikke. ESA kan ikke pålegge tilbakeføring av slik eksisterende støtte, men EFTA-landene kan pålegges å endre eller avslutte ordningen for fremtiden, dersom ESA finner at støtten er uforenlig. Dette skjer gjennom et vedtak om såkalte "hensiktsmessige tiltak".

Proessen for notifisering av støtte til ESA og prosedyrene ESA må følge ved undersøkelse av mulige brudd på regelverket om offentlig støtte, er fastsatt i del II av ODA Protokoll 3, som speiler EUs prosedyreforordning fra 1999.

Del II av ODA Protokoll 3 omfatter blant annet regler om informasjonsutveksling mellom ESA og norske myndigheter, ESAs håndtering av klager om ulovlig offentlig støtte, og saksgangen hos ESA fra innledende undersøkelse frem mot et endelig vedtak i saken. Det er

gitt utfyllende bestemmelser til del II av Protokoll 3 i ESAs vedtak nr. 195/04/COL, som tilsvarer "gjennomføringsforordningen"⁴ i EU.

EU vedtok en ny prosedyreforordning i 2013 som skulle effektivisere håndhevingen av regelverket om offentlig støtte. Den nye forordningen er i stor grad en videreføring av forordningen fra 1999, men innebærer blant annet en utvidelse av Kommisjonens kompetanse til å innhente opplysninger. Den nye prosedyreforordningen er foreløpig ikke inntatt i EØS-avtalen.

EØS-avtalen artikkel 59, 61 og 62 er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-loven, som gjennomfører hoveddelen av EØS-avtalen som norsk rett. De prosessuelle bestemmelsene i del II av ODA Protokoll 3 er gjennomført i forskrift om EØS-prosedyreregler.

EØS-avtalens regler om offentlig støtte er folkerettslige regler som retter seg mot medlemsstatene. Det er opp til statene å sørge for at de har virkemidler på nasjonalt nivå som sikrer at EØS-avtalens støtteregler etterleves, og dermed forhindrer at de havner i traktatbrudd. Statene har med andre ord et ansvar for at de EØS-rettslige forpliktelsene er overholdt, men står i utgangspunktet fritt til å velge hvordan de sikrer dette gjennom regulering av og organiseringen av sine nasjonale støtteprosesser.

2.2 Lov om offentlig støtte

I Norge er de nasjonale støtteprosessene regulert i lov om offentlig støtte av 27. november 1992 nr. 117 med tilhørende forskrifter. Loven ble vedtatt i forbindelse med inngåelsen av EØS-avtalen i 1992, og trådte i kraft 1. januar 1994. Siden den gang har loven og de underliggende forskriftene blitt endret på avgrensede områder.

Lovens formål er å sikre et internrettslig grunnlag for oppfyllelse av Norges forpliktelser etter EØS-avtalens regler om offentlig støtte, og nasjonale prosedyrer som skal sikre at disse forpliktelsene etterleves på nasjonalt plan. For å oppnå dette, gir loven blant annet regler om meldeplikt ved tildeling av offentlig støtte, som skal sikre at den EØS-rettslige meldeplikten til ESA overholdes av alle offentlige organer. Loven inneholder også regler om opplysningsplikt, som skal sikre at ESA får de opplysningene de trenger for å behandle saker om offentlig støtte. Dessuten inneholder loven bestemmelser om tilbakeføring av ulovlig støtte og endringer av eksisterende støtte, som gir et nasjonalt rettsgrunnlag for å gjennomføre ESAs vedtak.

Loven regulerer ikke de materielle EØS-støttereglene. Sistnevnte følger direkte av EØS-avtalen og reguleres primært nærmere i ESAs retningslinjer om offentlig støtte. ESAs retningslinjer er ikke-bindende føringer som angir hvordan ESA skal vurdere om et støttetiltak er forenlig med EØS-avtalen eller ikke. De materielle støttereglene er skjønnspregede og dynamiske og derfor lite egnet for regulering i nasjonal rett.

Lov om offentlig støtte er først og fremst en lov om støtte som omfattes av EØS-avtalens regler om statsstøtte, men omfatter i prinsippet også subsidier under enkelte andre internasjonale avtaler. Det følger av § 1 at loven, i tillegg til offentlig støtte i EØS-avtalens forstand, også gjelder for støtte som faller innenfor virkeområdet av OECD-avtalen om

⁴ Forordning (EF) nr. 794/2004 som gjennomfører forordning (EF) nr. 659/1999 om fastsettelse av nærmere regler for anvendelsen av EF-traktatens artikkel 93.

normale konkurransevilkår i skipsbyggingsindustrien⁵ og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsutgifter.

Loven § 2 inneholder en bestemmelse om melding av støttetiltak, som fastslår at all støtte som omfattes av EØS-avtalen artikkel 61 eller OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien skal meldes til departementet. I tillegg gir bestemmelsen departementet hjemmel til å kreve fremlagt opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at regler gitt i medhold av loven er overholdt, og å pålegge støttegivere å rapportere om tildelt støtte.

Loven § 5 inneholder regler om tilbakeføring av ulovlig støtte. Bestemmelsens første ledd gir hjemmel til å kreve tilbakeføring av støtte som er tildelt før den er godkjent av ESA, eller som ESA har konkludert med er i strid med EØS-avtalens støtteregler.

Loven inneholder også bestemmelser om plikt til å registrere opplysninger i registeret for offentlig støtte og om kontroll og bevissikring i forbindelse med ESAs undersøkelser av mulige brudd på regelverket om offentlig støtte. Endelig inneholder loven en bestemmelse i § 6 om at departementet i tvilstilfelle avgjør om et støttetiltak skal anses å falle innenfor loven med forskrifter.

Det er gitt fem forskrifter med hjemmel i loven. Forskrift om offentlig støtte⁶ gir nærmere bestemmelser om meldeplikt, kumulasjon av støtte, opplysningsplikt, tilbakeføring av ulovlig støtte og rapportering. Forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt⁷ unntar visse typer støtte fra meldeplikt til ESA, i tråd med unntakene som følger av EØS-retten. Forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte⁸ gjennomfører EØS-regler om prosedyrene i saker om offentlig støtte. Forskrift om registrering av offentlig støtte⁹ etablerer registreringsplikt for visse typer støtte, og Forskrift om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte¹⁰ legger deler av Kongens forskriftskompetanse etter loven til departementet.

Dagens regelverk fremstår som fragmentarisk og delvis uklart. Nærings- og fiskeridepartementet har derfor foretatt en helhetlig gjennomgang av regelverket. På bakgrunn av gjennomgangen foreslår departementet en ny lov og at dagens lov oppheves. Etter at ny lov er vedtatt, vil departementet foreslå å oppheve forskrift om offentlig støtte og forskrift om delegering av forskriftsmyndighet. De øvrige forskriftene vil bli foreslått videreført uten materielle endringer.

2.3 Ekstern utredning

Som forberedelse til lovarbeidet innhentet departementet en ekstern utredning fra professor Erling Hjelmeng ved Juridisk fakultet ved Universitetet i Oslo. Mandatet var å utarbeide en juridisk utredning om hvilke endringer som må og bør gjøres i lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte, samt å utarbeide et forslag til ny støttelov. Oppdragstaker ble bedt om å utrede hvilke lovendringer som er nødvendige for å sikre at Norge effektivt gjennomfører sine

⁵ OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien ble signert i 1994, men ble ikke ratifisert av USA og har derfor ikke trådt i kraft.

⁶ Forskrift 4. desember 1992 nr. 907 om offentlig støtte.

⁷ Forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte.

⁸ Forskrift 30. oktober 2009 nr. 1323 om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte.

⁹ Forskrift 29. juni 2016 nr. 834 om registrering av offentlig støtte.

¹⁰ Forskrift 9. mai 2014 nr. 624 om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte.

folkerettslige forpliktelser etter EØS-avtalens bestemmelser om offentlig støtte og ODA Protokoll 3.

Ifølge utredningen fremstår dagens lov om offentlig støtte som fragmentarisk, men inneholder likevel bestemmelser som regulerer de fleste av våre EØS-rettslige forpliktelser. Det fastslås at det er et klart behov for en opprydning i loven, og en tydeliggjøring av flere av forpliktelsene.

Hjelmeng trekker frem en rekke punkter der han mener det er behov for endringer. Alt i alt konkluderer han med at svakhetene ved dagens lov tilsier at det utarbeides en ny lov fra grunnen av. Han foreslår at iverksettelsesforbudet gjennomføres klarere i norsk rett enn i dag, gjennom en bestemmelse som gjengir iverksettelsesforbudet, slik det fremgår av ODA Protokoll 3.

Videre foreslås i utredningen en ny bestemmelse om tilbakeføring av ulovlig støtte. For de tilfellene der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring, foreslås det å gi en sentral støttemyndighet oppgaven å fatte et nasjonalt vedtak som både fastsetter kravet og som kan tjene som hjemmelsgrunnlag for tilbakebetalingsforpliktelsen.

Hjelmeng foreslår også å innføre et nytt kapittel i loven om privat håndheving av støtteforbudet. Det er ikke regler om dette i loven i dag, hvilket innebærer at adgangen til privat håndheving følger alminnelig norsk prosessrett. Han argumenterer for å innføre særregler om privat håndheving i loven for å unngå tvil om håndhevingsadgangen på støtteområdet, og for å sikre de private søksmålsrettighetene EØS-retten krever.

Endelig inneholder utredningen forslag til en rekke bestemmelser som klargjør de ulike aktørenes plikter og rettigheter i saker om offentlig støtte, for eksempel bestemmelser om melding og registrering av støtte, opplysningsplikt, ESA-kontroller i støttesaker og liknende.

3 Lovens formål og virkeområde

3.1 Gjeldende rett

Gjeldende lov om offentlig støtte har ingen *formålsbestemmelse*. Det fremgår av loven at formålet først og fremst er å ivareta Norges EØS-rettslige forpliktelser på støtteområdet. Videre skal loven legge til rette for at Norge kan overholde sine forpliktelser etter OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

Dette innebærer at *virkeområdet* til dagens lov om offentlig støtte i prinsippet omfatter både tiltak som utgjør støtte etter EØS-avtalen og tiltak som faller innenfor virkeområdet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter, jf. loven § 1.

Loven bærer preg av først og fremst å være utformet for å ivareta Norges EØS-rettslige forpliktelser på støtteområdet. De fleste av bestemmelsene i loven gjelder etter sin ordlyd kun tiltak som omfattes av EØS-avtalens regler om offentlig støtte. I realiteten er det kun § 2 om meldeplikt og § 5 om tilbakeføring som får anvendelse på tiltak utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Meldeplikten i § 2 dekker etter sin ordlyd både støttetiltak som omfattes av EØS-avtalen artikkel 61 og OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien. Begge avtalene inneholder bestemmelser om meldeplikt. Etersom sistnevnte avtale aldri har trådt i kraft, er meldeplikten imidlertid i dag kun relevant for tiltak som utgjør støtte i EØS-avtalens forstand.

Etter § 5 annet ledd kan både støtte som er ytt i strid med OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og støtte i strid med WTO-subsidieavtalen kreves tilbakebetalt. Etter førstnevnte avtale kan Norge bli pålagt å tilbakeføre ytelser som strider mot avtalen. For å kunne etterleve et slikt pålegg er det nødvendig med en tilbakeføringshjemmel i norsk rett. Under WTO-subsidieavtalen kan brudd på regelverket sanksjoneres med mottiltak i form av utjevningsavgifter. Avtalen pålegger ikke avtalepartene en plikt til å tilbakeføre ytelser som er i strid med avtalen, men er heller ikke til hinder for tilbakeføring. Slik tilbakeføring av en ytelse som er i strid med WTO-subsidieavtalen vil kunne forhindre mottiltak fra de øvrige avtalepartene. Ved å gi departementet hjemmel i norsk rett til å kreve reversering av avtalestridige ytelser, vil staten dermed kunne forhindre at mottiltak iverksettes. Gjeldende lov om offentlig støtte § 5 annet ledd gir derfor norske myndigheter hjemmel til å kreve tilbakeført ytelser der dette er påkrevet for å overholde forpliktelsene etter de nevnte avtalene. Så vidt departementet er kjent med, har bestemmelsen i § 5 annet ledd aldri vært brukt.

Etter § 2 annet ledd kan departementet pålegge støttegiver å utarbeide rapporter over tildeling av støtte som omfattes av samtlige tre avtaler nevnt i § 1. Denne bestemmelsen har vært benyttet som hjemmelsgrunnlag både for den årlige rapporteringen av offentlig støtte til ESA under EØS-regelverket og for subsidienotifikasjonen under WTO-subsidieavtalen. Subsidienotifikasjonen innebærer at landene annet hvert år må melde inn tiltak som utgjør subsidier i henhold til WTO-avtalen.

Etter § 1 annet ledd kan Kongen beslutte at loven skal gis anvendelse ved gjennomføring av andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet etter. Bestemmelsen har ikke vært benyttet.

3.2 Departementets vurdering

Departementet mener angivelsen av virkeområdet til dagens lov om offentlig støtte er uheldig, da de fleste bestemmelsene i loven kun gjelder for støtte i EØS-avtalens forstand.

Når det gjelder regulering av tiltak som faller inn under OECD-avtalen om konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien, synes det på nåværende tidspunkt ikke å være behov for særreguleringer knyttet til denne, ettersom avtalen aldri trådte i kraft. Støttelovens regulering av tiltak knyttet til OECD-avtalen utgjør imidlertid den nasjonale gjennomføringen av avtalen i norsk rett. En opphevelse av disse bestemmelsene vil dermed ha konsekvenser for Norges ratifikasjon av avtalen. Dersom avtalen skulle tre i kraft, er det dessuten viktig at den nødvendige lovgivningen er på plass i norsk rett.

Når det gjelder regulering av WTO-subsidieavtalen, er det etter departementets syn liten grunn til å gi loven som sådan anvendelse på denne typen tiltak. Det er først og fremst på EØS-området det er behov for nasjonal lovgivning for å sikre at regelverket overholdes. Dette skyldes blant annet EØS-støttereguleringens karakter, og det særskilte håndhevingsystemet for statsstøtte innenfor EØS. Håndhevings- og sanksjonssystemet innenfor WTO-subsidieavtalen skiller seg vesentlig fra systemet under EØS-regelverket, og det er derfor ikke hensiktsmessig med felles regulering. Behovet for nasjonale regler knyttet til WTO-subsidieavtalen er etter departementets syn begrenset, og først og fremst relevant for rapporteringsforpliktelsene under avtalen. Departementet vil fortsatt også kunne ha behov for å pålegge reversering av avtalestridige ytelser, slik det er adgang til etter dagens lov.

Departementet mener at lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte først og fremst bør være en lov om Norges EØS-forpliktelser på støtteområdet, slik den er i dag, og foreslår derfor i stor grad å begrense lovens virkeområde til tiltak som omfattes av EØS-avtalen. Bestemmelsene i lovforslaget er særlig utformet for å oppfylle Norges EØS-forpliktelser på støtteområdet. EØS-reglene om offentlig støtte omfatter et særegent og strengt regulert regime, basert på overnasjonal kontroll, som skal sikre et mest mulig likt handlingsrom innenfor hele EØS. Departementet mener bestemmelsene i loven er lite egnet til å regulere tilskudd og tiltak som faller utenfor EØS-avtalen, der Norge har et mye videre handlingsrom. Det er derfor ikke hensiktsmessig å gi loven som sådan et virkeområde som favner videre enn EØS-avtalens støttebegrep. En eventuell regulering av tilskudd eller tiltak som ikke omfattes av EØS-reglene om offentlig støtte bør skje utenfor rammene av lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte. Dette vil ikke bli behandlet videre i dette notatet.

Reguleringene i gjeldende lov knyttet til Norges forpliktelser under OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningssavgifter foreslås videreført og klargjort i en egen bestemmelse i den nye lovens § 13, med tilhørende forskriftshjemmel for departementet i § 14.

Departementet foreslår derfor at det i § 2 første ledd fastslås at lovens §§ 1 til 12 og § 14 bokstav a til g kommer til anvendelse på offentlig støtte som omfattes av artikkel 61 i EØS-avtalen og tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte. For at et tiltak skal være omfattet av artikkel 61 må flere vilkår være oppfylt. For det første må tiltaket innebære bruk av offentlige midler. Videre må tiltaket innebære at et eller flere bestemte foretak får en økonomisk fordel som ikke andre foretak får. Dessuten må tiltaket være potensielt konkurransevridende og egnet til å påvirke samhandelen mellom EØS-landene. Tiltak som ikke oppfyller alle vilkårene i artikkel 61 faller utenfor lovens virkeområde. Dette vil for eksempel gjelde offentlige tilskudd til privatpersoner eller andre aktører som ikke driver økonomisk aktivitet. Det vil også gjelde helt generelle, sektorovergrepene tiltak som gir alle

foretak som opptrer i Norge samme økonomiske fordel, eller tiltak med så lokale virkninger at det ikke er egnet til å påvirke samhandelen i EØS. Såkalt bagatellmessig støtte faller utenfor støttebegrepet i artikkel 61 fordi vilkåret om samhandelspåvirkning ikke anses oppfylt. Fordi bagatellmessig støtte er regulert under EØS-avtalen som en særskilt form for "støtte", er det likevel naturlig at den omfattes av lovens virkeområde.

I forslaget § 2 annet ledd fastslås at loven §§ 13 og 14 første ledd bokstav h gjelder tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

I tråd med dette foreslår departementet også en ny formålsbestemmelse i § 1, som uttrykker at formålet med loven er å sikre etterlevelse av Norges EØS-rettslige og andre folkerettslige forpliktelser på området for offentlig støtte.

Forskriftshjemmelen i dagens lov § 1 som gir Kongen myndighet til å beslutte at loven skal gjelde også ved gjennomføring av andre internasjonale avtaler, foreslås ikke videreført. Lovens forskriftshjemler bør reflektere et reelt behov, og det synes ikke å være noe nevneverdig behov for nærmere forskriftsregulering utenfor rammene av EØS-avtalen, OECD-avtalen om normale konkurranseforhold innenfor skipsbyggingsindustrien og WTO-subsidieavtalen. En eventuell fremtidig anvendelse av loven på andre internasjonale avtaler Norge måtte slutte seg til, eller ytterligere regulering knyttet til gjennomføringen av WTO-subsidieavtalen, bør skje ved lovendring.

Departementet foreslår en bestemmelse i § 3 som definerer sentrale begreper i loven. Bestemmelsen gjengir i hovedsak definisjonene av sentrale EØS-støtterettslige begreper i artikkel 1 i ODA protokoll 3 del II, som flere av begrepene i loven bygger direkte på. Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i dagens lov, men vil etter departementets syn være klargjørende, ikke minst fordi enkelte av begrepene etter en naturlig språklig forståelse ikke nødvendigvis har samme innhold som i EØS-støtteren.

Det foreslås ikke å definere begreper fra de materielle EØS-støttereglene i loven. Departementet foreslår derfor ikke å definere begrepet offentlig støtte¹¹, eller vilkårene for at støtte skal kunne godkjennes som forenlig med EØS-avtalen. Man kunne tenke seg å innføre en definisjonsbestemmelse som fastlegger hva som ligger i begrepet offentlig støtte. En viktig grunn til at departementet ikke foreslår en slik bestemmelse er at det EØS-rettslige støttebegrepet baserer seg på skjønsmessige 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, eller øvrige materielle begreper som defineres i loven, avviker fra de underliggende EØS-rettslige begrepene de er ment å reflektere. Gitt støttevilkårenes skjønsmessige karakter er det også lovteknisk vanskelig å komme frem til en definisjon som bidrar til en vesentlig klargjøring av støttebegrepets innhold og avgrensning.¹² 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. De samme hensynene gjør seg for øvrig gjeldende for de materielle forenlighetsvilkårene som i hovedsak er nedfelt i ESAs statsstøttereningslinjer. Dette er svært detaljerte og skjønsmessige regler,

¹¹ Det EØS-rettslige støttebegrepet bygger direkte på EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1. Bestemmelsen er gjort til norsk rett gjennom EØS-loven.

¹² Det følger av Justisdepartementets veileder om lovteknikk og lovforberedelse pkt. 7.4 at definisjoner bare bør benyttes der definisjonen fører til en vesentlig klarlegging av begrepets innhold.

som er gjenstand for løpende endringer etter hvert som markeds- og samfunnsforholdene og ESAs praksis utvikler seg.

Vilkårene i ESAs retningslinjer utgjør ikke absolutte skranke, eller rettslige bindende forpliktelser for Norge, men styrer ESAs skjønnsutøvelse i vurderingen av om et støttetiltak kan godkjennes eller ikke. En lov- eller forskriftsfesting av (enkelte av) forenlighetsvilkårene i ESAs retningslinjer, i form av krav/skranker for utformingen av støttetiltak, ville fort innebære en internrettslig begrensning i hva som lovlig kan notifiseres til ESA, og dermed en vesentlig innskrenkning i norske myndigheters handlingsrom under EØS-reglene om offentlig støtte. En slik innsnevring av handlingsrommet mener departementet ikke er ønskelig.

De materielle vilkårene i det alminnelige gruppeunntaket gjelder i dag som norsk forskrift, jf. forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt. Gruppeunntaket er en forordning, og er derfor gjennomført i norsk rett ved inkorporasjon. Dette gjør bestemmelsene noe mindre tilgjengelige enn om de hadde vært transformert til norske forskriftsbestemmelser. Samtidig bidrar gjennomføringsformen til å sikre en ensartet anvendelse av reglene i hele EØS-området, noe som er særlig viktig på konkurranse- og statsstøtteområdet. Departementet vil videreføre forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt i forbindelse med at ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte trer i kraft.

Departementet erkjenner at særlig det EØS-rettslige støttebegrepet kan være vanskelig å fastlegge for støttegiver, og at mangelen på en klar definisjon i norsk rett gjør begrepet mindre tilgjengelig. Dessuten er støttebegrepet, slik det er definert i EØS-retten, avgjørende for om støtteleven kommer til anvendelse eller ikke, hvilket kan tilsi at begrepet defineres i loven. I lys av ovennevnte utfordringer knyttet til en lovregulering, har departementet likevel kommet til at det ikke er ønskelig å definere støttebegrepet i selve loven, men heller vise til relevante kilder innenfor EØS-retten i proposisjonen, og særlig i særmerknadene i proposisjonen. Vi ber imidlertid om synspunkter på denne løsningen fra høringsinstansene.

4 Krav til melding, rapportering og transparens

4.1 Meldeplikt for nye støttetiltak

4.1.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Hovedregelen er at alle nye støtteordninger og enkelttiltak som utgjør offentlig støtte skal meldes (notifiseres) til og forhåndsgodkjennes av ESA før de iverksettes. Dette fremgår av artikkel 1 nr. 3 i del I av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA). Det er imidlertid flere unntak fra utgangspunktet om at ny støtte skal meldes. Støtte som oppfyller vilkårene i Kommisjonsforordning nr. 651/2014 (det alminnelige gruppeunntaket) kan iverksettes uten forhåndsgodkjenning. I stedet sendes en underrettelse (forenklet melding) om støttetiltaket til ESA senest 20 virkedager etter at tiltaket er iverksatt. For støtte som gis i medhold av Kommisjonsforordning nr. 1407/2013 om bagatellstøtte, og kompensasjon for allmenntjenlige tjenester gitt i medhold av Kommisjonsbeslutning nr. 2008/1213 er det hverken nødvendig med forhåndsmelding (ofte kalt notifikasjon) og godkjenning fra ESA eller plikt til å sende underrettelse (forenklet melding) i etterkant.

ESAs vedtak nr. 195/04/COL, som fastsetter nærmere prosedyreregler for ESAs kontroll med offentlig støtte, bestemmer i artikkel 3 at kontakten mellom ESA og nasjonale myndigheter i notifikasjonsprosessen skal skje gjennom et koordinerende organ som den enkelte EFTA-

staten selv utpeker. Hvordan meldeplikten skal overholdes, er ellers ikke nærmere regulert i EØS-regelverket.

4.1.2 Gjeldende rett

Det følger av dagens lov om offentlig støtte § 2 første ledd at offentlig støtte må meldes til departementet, før støttetiltaket kan iverksettes. Plikten gjelder etter sin ordlyd all støtte som faller innenfor virkeområdet til EØS-avtalen artikkel 61, også støtte som etter EØS-retten er unntatt fra kravet om meldeplikt og forhåndsgodkjenning fra ESA. Meldeplikten gjelder etter sin ordlyd også støttetiltak som faller innenfor virkeområdet til OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien. Denne avtalen ble imidlertid ikke ratifisert av alle avtalepartene og har derfor aldri trådt i kraft.

Etter § 2 siste ledd kan Kongen gi nærmere regler om hvilke støtteordninger som omfattes av meldeplikten, fristen for melding og hvilke opplysninger som kan kreves fremlagt. Forskriftshjemmelen er delegert til departementet. Utfyllende bestemmelser om meldeplikten er gitt i forskrift om offentlig støtte § 2.

Forskrift om offentlig støtte § 2 tredje og fjerde ledd gjør unntak fra meldeplikten for bagatellstøtte og for visse støttetildelinger under ordninger som allerede er godkjent av ESA. Forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt gjør unntak fra meldeplikten for støtte gitt under Gruppeunntaket og for kompensasjon for allmennyttige tjenester som gis under Kommisjonsbeslutningen om kompensasjon for allmennyttige tjenester.

Det følger av dagens lov § 6 at departementet "*i tvilstilfelle avgjør om et støttetiltak skal anses å falle innenfor denne lov og regelverket gitt i medhold av denne lov*". Ifølge forarbeidene til bestemmelsen i Ot.prp. nr. 73 (1991-1992) på s. 32 var hensikten å fastslå uttrykkelig at departementet skal ha instruksjons- og kontrollmyndighet over andre offentlige organer som måtte yte støtte og som ikke tidligere har vært underlagt instruksjons- og kontrollmyndighet i denne sammenheng. Bakgrunnen var behovet for å sikre at det ikke gis støtte som er i strid med EØS-avtalens regelverk.

4.1.3 Nordisk rett

Alle de nordiske landene har nasjonale regler om meldeplikt, men det varierer hvor utfyllende reglene er og hvilke konkrete forpliktelser de inneholder.

I *Island* er deler av støtteprosessen regulert i konkurranseloven (Competition Law No 44/2005). Etter denne loven har kommunene plikt til å melde alle nye støttetiltak til det islandske konkurransetilsynet, Samkeppniseftirlitið, men prosessen når andre offentlige myndigheter skal innføre støttetiltak, er ikke nærmere regulert. I praksis meldes imidlertid alle støttetiltak, både statlige og kommunale, til departementet, som videreformidler meldingen til ESA. Samkeppniseftirlitið har i praksis ingen rolle i forbindelse med melding av støttetiltak. I forslaget til ny islandsk lov om offentlig støtte legges det opp til en bestemmelse som fastslår at departementet skal ha en koordinerende rolle i saker om offentlig støtte og bistå øvrige myndigheter.

I *Sverige* har den som tar sikte på å vedta eller endre et notifikasjonspliktig støttetiltak, plikt til å gi opplysninger om dette til Näringsdepartementet, slik at tiltaket kan meldes til Europakommisjonen. Dette fremgår av Lag 2013:388 om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler § 12 første ledd. Plikten gjelder enhver offentlig myndighet, inkludert offentlige foretak.

I *Finland* er støtteprosessen regulert i Lag 300/2001 om tillämpning av vissa av Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd. Det er gitt nærmere regler om meldeplikt og prosedyrer for melding i forskrift nr. 89 av 3. februar 2011. Ifølge forskriften § 2 skal støttetiltak som må meldes til Kommisjonen før iverksettelse, først sendes i elektronisk og skriftlig form til arbeids- og næringsministeriet. Departementet formidler meldingen videre til Kommisjonen. Støtten skal meldes inn i så god tid at alle nødvendige forhandlinger med Kommisjonen kan gjennomføres før støttetiltaket trer i kraft.

Det presiseres i forskriften § 3 at meldeplikten etter § 2 ikke gjelder for gruppeunntatt støtte eller bagatellstøtte, men at det for gruppeunntatt støtte skal sendes en forenklet melding til Kommisjonen. Det er støttegiver som er ansvarlig for at støttetiltak meldes til Kommisjonen etter prosedyren i forskriften §§ 2 og 3. Departementet har som oppgave å videreformidle informasjonen til Kommisjonen, men skal også gi råd i forbindelse med utforming av meldinger om støtte, og andre dokumenter som skal sendes til Kommisjonen, jf. forskriften § 7.

I *Danmark* finnes det nasjonale regler om offentlig støtte i konkurrenceloven¹³ § 11A. Bestemmelsen gir blant annet hjemmel til å kreve tilbake støtte som er gitt i strid med loven. Loven regulerer ikke meldeplikten til Kommisjonen. Det er ikke gitt noen særskilt gjennomføringslovgivning for EUs regler om offentlig støtte. I praksis er hver enkelt støttegiver ansvarlig for å melde sine støttetiltak til Kommisjonen. Danmark innførte imidlertid i 2007 en forpliktende koordinering av alle ministerienes støttesaker. Denne prosessen er ikke lovregulert, men følger blant annet av [Statsstøttehåndboken](#)¹⁴ gitt ut av Erhvervsministeriet, og Lovkvalitetsvejledningen gitt ut av Justitsministeriet.

Alle departementer og sentralforvaltningen for øvrig har mulighet til å få rådgivning og bistand fra Statsstøttesekretariatet. Statsstøttesekretariatet sitter i Erhvervsministeriet, og kan bistå med vurdering av lover og lovforslag opp mot støtteregelveverket samt rådgivning og bistand i forbindelse med kontakt med Kommisjonen, for eksempel ved utarbeidelse av meldinger og notifikasjoner av støtte. Dersom et tiltak innebærer offentlig støtte, eller dersom departementet er i tvil om tiltaket utgjør støtte, skal tiltaket ifølge Statsstøttehåndboken forelegges for Statsstøtteudvalget via Statsstøttesekretariatet. Det er Statsstøttesekretariatet som vurderer om en sak skal forelegges Statsstøtteudvalget for uttalelse. Statsstøtteudvalget gir veiledende uttalelser om hvorvidt et tiltak utgjør støtte og muligheten for at tiltaket kan godkjennes av Kommisjonen.

Støttegivere utenfor sentralforvaltningen, for eksempel kommuner, må selv innhente rådgivning og påse at meldepliktige tiltak notifiseres til Kommisjonen.

4.1.4 Departementets vurdering

Bestemmelsen om meldeplikt i dagens lov om offentlig støtte er upresis og gjenspeiler ikke fullt ut den EØS-rettslige meldeplikten til ESA som bestemmelsen er basert på. Meldeplikten omfatter dessuten støttetiltak som faller innenfor virkeområdet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingssektoren, hvilket er uheldig ettersom denne avtalen ikke ennå har trådt i kraft.

Departementet foreslår en lovbestemmelse om meldeplikt i § 4 som knyttes tettere opp mot den EØS-rettslige meldeplikten og skillet mellom ny og eksisterende støtte, og som

¹³ Lovbekendtgørelse nr. 155 af 1. mars 2018 om konkurrence.

¹⁴ Tilgjengelig her: <https://em.dk/nyheder/2017/01-03-ny-statsstottehaandbog>.

uttrykkelig viser til unntakene fra meldeplikten etter EØS-retten og de ulike prosedyrene som gjelder for ulike typer støtte. Meldeplikten etter § 4 omfatter kun tiltak som må anses som støtte i EØS-avtalens forstand, jf. lovforslaget § 2. Tiltak som må anses som "støtte" etter andre internasjonale avtaler faller derimot utenfor.

I lovforslaget skilles det mellom tre kategorier av støtte: støtte underlagt ordinær meldeplikt til ESA (notifikasjonsplikt), støtte som er unntatt ordinær meldeplikt, og støtte som gis etter gruppeunntaksforordningen, som det skal sendes underretning (forenklet melding) om til ESA. § 4 første ledd første punktum inneholder hovedregelen, som er at all ny støtte skal meldes til ESA før iverksettelse. Begrepet "ny støtte", som meldeplikten knytter seg til, foreslås definert i § 3 på samme måte som i ODA protokoll 3 del II. Det fremgår av definisjonen at ny støtte omfatter både støtteordninger og individuell støtte, og at endringer i eksisterende støtte også kan utgjøre ny støtte. Det fastslås i bestemmelsen at det er støttegiver som plikter å melde tiltaket til ESA, og at departementet er kontaktpunkt i prosessen. Meldeplikten oppfylles ved å sende en såkalt notifikasjon til ESA. Støtten kan ikke settes i verk før ESA har vurdert notifikasjonen og godkjent tiltaket.

§ 4 første ledd annet punktum fastslår at meldeplikten ikke gjelder for støtte som er unntatt meldeplikt etter EØS-regelverket. Etter gjeldende EØS-regelverk er støtte gitt etter bagatellforordningen og støtte gitt som kompensasjon for allmenntjenlige tjenester i medhold av Kommisjonsbeslutningen om dette, helt unntatt fra meldeplikt til ESA. Det samme gjelder endringer som gjøres for å oppfylle såkalte "hensiktsmessige tiltak" som Norge formelt har akseptert, eller som ESA har pålagt Norge å gjennomføre. Departementet ønsker å videreføre forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt, som vil presisere hvilke typer støtte som til enhver tid er unntatt fra meldeplikt til ESA. Siden de EØS-rettslige unntakene fra notifikasjonsplikten endres i tråd med den løpende utviklingen i Kommisjonens praksis, er det ikke ønskelig å presisere unntakene nærmere i selve lovbestemmelsen, men heller henviser til de unntak som følger av EØS-regelverket.

Det fremgår av § 4 annet ledd at det skal sendes underrettelse til ESA for støtte som er gitt i medhold av gruppeunntaksforordningen. Underrettelsesplikten følger uttrykkelig av gruppeunntaksforordningen, som fastslår at støtte som oppfyller vilkårene i forordningen, er unntatt fra ordinær meldeplikt, men at det skal sendes underrettelse (forenklet melding) til ESA innen 20 dager etter at støtten er gitt.

Departementets hjemmel til å gi forskrift med nærmere bestemmelser om hvilke støttetiltak som omfattes av meldeplikt eller underrettelsesplikt, fristen for melding og hvilke opplysninger som kan kreves fremlagt, foreslås videreført i § 14 i den nye loven.¹⁵

Departementet har vurdert 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.

Når det gjelder spørsmålet om hvorvidt et tiltak utgjør støtte eller ikke i EØS-avtalens forstand, har departementet etter § 6 i dagens lov om offentlig støtte kompetanse til å avgjøre om et tiltak faller innenfor lov om offentlig støtte og regelverket gitt i medhold av loven. Kompetansen har ikke blitt benyttet.

¹⁵ Lov om offentlig støtte §2 tredje ledd, jf. forskrift 9. mai 2014 nr. 624 om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte.

Departementet forvalter regelverket om offentlig støtte, og bistår ved behov støttegivere og andre i spørsmål knyttet til tolkningen av regelverket. Ved tvilstilfeller har praksis vært at tiltaket drøftes med ESA og eventuelt notifiseres formelt. Spørsmålet om hvorvidt et tiltak utgjør offentlig støtte eller ikke, beror på en skjønnsmessig vurdering. Dette er krevende for tiltakshaver, særlig fordi utfallet har stor betydning for hans handlingsrom. Usikkerheten som ligger i denne vurderingen innebærer at en uttalelse fra departementet om at et tiltak ikke utgjør støtte, ikke vil gi noen rettslig sikkerhet for at tiltaket er i tråd med EØS-avtalen. Slik rettslig sikkerhet er det kun ESA eller EFTA-domstolen som kan gi gjennom sine avgjørelser.¹⁶

Også når det gjelder vurderingen av om et tiltak som utgjør støtte er forenlig med EØS-avtalen eller ikke, anser departementet det som lite hensiktsmessig å pålegge støttegiver å innhente en forhåndsuttalelse fra departementet. Norske myndigheter har ikke rettslig kompetanse til å godkjenne støttetiltak som forenlige med EØS-avtalen. Denne kompetansen ligger eksklusivt hos ESA, jf. EØS-avtalen artikkel 62 første ledd bokstav b. En plikt til å innhente departementets forhåndsvurdering kan forsinke prosessen med ESA unødig, uten at det gir støttegiver rettslig sikkerhet. Gjennom rollen som koordinator i ESA-prosesser involveres departementet som oftest i vurderingen av nye potensielle støttetiltak i god tid før det er aktuelt å legge saken frem for ESA. Departementet mener at dagens praksis sikrer en god prosess ved innføring av nye støttetiltak.

På denne bakgrunn foreslår departementet at § 6 i dagens lov om offentlig støtte ikke videreføres, og at støttegiver ikke pålegges noen plikt til å forelegge nye tiltak for departementet for en forhåndsvurdering opp mot støtteregelverket.

Meldeplikten som etter dagens bestemmelsen om meldeplikt også gjelder for tiltak omfattet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien, foreslås videreført i § 13 første ledd.

4.2 Registreringsplikt i Registeret for offentlig støtte

4.2.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

EØS-retten stiller krav om at visse støttetildelinger skal registreres i et nasjonalt register for offentlig støtte. Registreringsplikten er nedfelt i artikkel 9 i det alminnelige gruppeunntaket og i ESAs ulike retningslinjer, og utgjør dermed et vilkår for at støtten skal kunne gis under gruppeunntaket eller godkjennes av ESA som forenlig støtte. Registreringsplikten gjelder alle enkelttildelinger på 500 000 euro eller mer. Opplysninger som kreves registrert omfatter blant annet hvem som er støttemottaker, støttebeløpets størrelse, hvilken sektor støttemottaker tilhører og formålet med støtten.

4.2.2 Gjeldende rett

Registreringsplikten ble tatt inn i lov om offentlig støtte § 2 a i 2016. Samme år ble Register for offentlig støtte opprettet ved Brønnøysundregistrene. Etter § 2 a annet ledd kan departementet gi forskrift om registreringspliktens innhold, omfang og på hvilket tidspunkt registreringsplikten inntreffer. Registreringsplikten er nærmere regulert i forskrift om

¹⁶ Se sak C-349/17 Eesti Pagar AS premiss 104-105.

registrering av offentlig støtte¹⁷, og departementet har utarbeidet en [veileder](#) om registrering av offentlig støtte.

4.2.3 Nordisk rett

Hverken *Danmark*, *Finland* eller *Island* har lovregulert registreringsplikten. Island planlegger imidlertid en regulering i den nye loven om offentlig støtte.

Den *svenske* støtteloven bestemmer at den som gjennomfører et støttetiltak, skal føre register over støttetildelingen i den utstrekning Kommisjonen har bestemt.¹⁸

Kommisjonen har utviklet et eget europeisk støtteregister, *Transparency Award Module*,¹⁹ som myndighetene i EU-landene kan benytte for å oppfylle registerplikten. De nordiske EU-landene benytter denne løsningen, og det gjør også Island. Norge har altså valgt en egen nasjonal løsning. Begrunnelsen for dette var blant annet at en nasjonal løsning ville gi større fleksibilitet og valgfrihet, og åpne for større grad av automatisering, enn en felles løsning.

4.2.4 Departementets vurdering

Det har ikke skjedd endringer i de EØS-rettslige kravene om registrering av visse støttetildelingen siden registreringsplikten ble inntatt i lov om offentlig støtte i 2016.²⁰ Departementet har likevel vurdert om en utvidelse av registreringsplikten kunne vært hensiktsmessig, selv om EØS-avtalen ikke krever dette. En utvidelse av registreringsplikten til å omfatte flere eller evt. alle støttetildelingen kan bidra til større transparense rundt tildeling av offentlig støtte. Et mer omfattende register kan gi potensielle støttegivere nyttig informasjon om eventuell annen støtte støttmottaker har blitt tildelt. Dette er opplysninger støttegiver i alle tilfeller må innhente før støtte kan tildeles, for å sikre at støttmottaker ikke samlet sett mottar mer offentlig støtte enn regelverket tillater.

Selv om registreringsplikten utvides til å omfatte all offentlig støtte, er det etter departementets syn neppe mulig å få på plass et uttømmende register over all offentlig støtte. Dette skyldes blant annet mangfoldet av støttegivere og ulike typer støttetiltak. Videre kan feiltolkninger av det EØS-rettslige støttebegrepet medføre at tiltak som utgjør offentlig støtte ikke blir fanget opp og registrert som støtte. Dersom støttegiver utelukkende baserer seg på informasjon fra et slikt register, kan han derfor risikere å bryte EØS-reglene. Støttegiver må sannsynligvis uansett innhente opplysninger fra støttmottaker om annen mottatt støtte, for å forsikre seg om at støtten han tildeler ikke overstiger maksimalt tillatt støttebeløp.

En utvidelse av registerplikten til å omfatte all offentlig støtte vil medføre en betydelig økt administrativ byrde for norske støttegivere. Det må også påregnes kostnader for staten knyttet til opprettelse og drift av et utvidet register. Gitt at støttegiver heller ikke kan legge opplysningene i registeret til grunn uten nærmere undersøkelser, finner departementet det vanskelig å anbefale en slik utvidelse av registeret. Departementet ber likevel om høringsinstansenes syn på dette.

¹⁷ Forskrift av 1. juli 2016 om registrering av offentlig støtte.

¹⁸ Lag 2013:388 om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler § 12 a første ledd nr. 2,

¹⁹ <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=en>.

²⁰ Endring i lov om offentlig støtte var på høring i 2016. Det vises til høringsbrev samt Prop. 57 L (2015-2016) for mer informasjon om registreringsplikten.

Departementet har også vurdert om det er grunn til å utvide registerplikten til å omfatte bagatellmessig støtte. EØS-avtalen pålegger ikke nasjonale myndigheter noen slik registerplikt. Et register over bagatellmessig støtte vil likevel gi økt transparens rundt tildelingen av denne typen støtte. Et slikt register kan gi støttegiver informasjon om støttemottakere har mottatt annen bagatellmessig støtte.

Etter forordningen om bagatellmessig støtte plikter støttegiver å innhente slik informasjon direkte fra støttemottaker før tildeling. Dette skal sikre at beløpsgrensen på 200 000 euro per foretak ikke overskrides. Dersom grensen overskrides blir støtten 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. For at unntaket skal komme til anvendelse må registeret være uttømmende. På grunn av mangfoldet av støttegivere og variasjonen i typer tiltak som kan utgjøre støtte, vil dette være krevende å oppnå. Forordningen er taus om hvilke nærmere krav som stilles til innretningen av et slikt register for at det skal anses som uttømmende i forordningens forstand. Departementet legger 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. En utvidet registreringsplikt vil innebære en økt administrativ byrde for støttegivere. Det må også påregnes kostnader for det offentlige knyttet til opprettelse og drift av registeret og eventuelle kontrollmekanismer som skal sikre at registerplikten overholdes.

Departementet stiller spørsmål ved om fordelene ved å opprette et uttømmende register over bagatellmessig støtte oppveier den økte administrative byrden for støttegiver ved en utvidet registreringsplikt, og kostnadene knyttet til opprettelse og drift av et slikt register. Vi ber særlig om innspill og synspunkter på dette.

Basert på vurderingene over foreslår departementet at dagens lovbestemmelse om registreringsplikt i § 2 a første ledd videreføres i § 5 i den nye loven. Departementets hjemmel til å gi forskrift om registreringspliktens omfang og innhold, som i dag følger av § 2 a annet ledd, foreslås flyttet til den nye samlebestemmelsen om forskrifter i § 14. Forskrift om registrering av offentlig støtte vil også bli foreslått videreført. I § 14 bokstav d foreslås det at departementet skal kunne gi forskrift om plikt til å registrere opplysninger om tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte. Forordningen om bagatellmessig støtte åpner som sagt for at det opprettes et nasjonalt register over bagatellmessig støtte. Departementet bør derfor ha hjemmel til å gi slik forskrift dersom det skulle bli aktuelt på et senere tidspunkt.

4.3 Opplysningsplikt og informasjonsoppbevaring

4.3.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Artikkel 6 i Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) fastslår at ESA, i samsvar med bestemmelsene i EØS-avtalen og ODA, har adgang til å anmode myndigheter og foretak om nødvendige opplysninger ved utførelsen av de oppgaver det er pålagt.

På støtteområdet oppstiller del II av ODA Protokoll 3²¹ og EØS-reglene om forenlig støtte, f.eks. gruppeunntaket og ESAs retningslinjer, ulike opplysningsplikter for Norge, som til sammen skal sikre at ESA får den informasjonen de trenger for å føre kontroll med etterlevelsen av regelverket i Norge. For eksempel skal ESA informeres om nye støtteordninger før iverksettelse²² og det skal leveres en årlig rapport om utbetalt offentlig støtte.²³ Norge har også plikt til å gi informasjon til ESA blant annet i forbindelse med formelle granskninger, ved kontroll av eksisterende støtteordninger, i tilbakeførings saker og i klagesaker. 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.²⁴

I tillegg vil den nye prosedyreforordningen ved en eventuell gjennomføring i EØS-avtalen gi ESA rett til på visse vilkår å be om informasjon fra andre kilder enn medlemsstaten, inkludert private foretak eller sammenslutninger av foretak (som bransjeorganisasjoner).

4.3.2 Gjeldende rett

Gjeldende lov om offentlig støtte gir departementet hjemmel til å innhente opplysninger fra *støttegiver*. Dette følger av lovens § 2 om melding av støttetiltak og forskrift om offentlig støtte § 2. I tillegg følger det av forskrift om offentlig støtte § 4 at *støttemottaker* har plikt til å gi departementet og støttegiver den informasjon som er nødvendig for å kontrollere at regelverket om offentlig støtte overholdes.

I henhold til lov om offentlig støtte § 2 annet ledd kan departementet dessuten pålegge støttegiver å utarbeide rapporter over støtte som faller innenfor virkeområdet i lovens § 1. En nesten likelydende bestemmelse er inntatt i forskrift om offentlig støtte § 6. Bestemmelsen i lovens § 2 har vært benyttet til innhenting av informasjon i forbindelse med den årlige rapporteringen til ESA av tildelt offentlig støtte og subsidienotifikasjonen under WTO-subsidieavtalen.

4.3.3 Nordisk rett

Sverige

Bestemmelsen i § 12 første ledd i den svenske loven om offentlig støtte, fastslår at den som planlegger å vedta eller endre et støttetiltak som Kommisjonen i henhold til Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 108 nr. 3 skal underrettes om, plikter å inngi opplysninger om tiltaket til regjeringen eller den myndighet regjeringen bestemmer. Bestemmelsen gir dermed regjeringen hjemmel til å kreve opplysninger fra støttegiver i forbindelse med notifisering av et støttetiltak til Kommisjonen.

Det følger videre av § 12 annet ledd at regjeringen eller den myndighet regjeringen bestemmer, kan kreve opplysninger fra den som antas å ha opplysninger som regjeringen behøver i en sak om offentlig støtte for Kommisjonen. Bestemmelsen gir svenske

²¹ Gjennomfører EUs prosedyreforordning fra 1999 (Forordning (EF) nr. 659/1999) i EFTA-pilaren.

²² Med enkelte unntak, jf. reglene om bagatellstøtte og støtte til tjenester av allmenn økonomisk betydning tildelt etter Kommisjonsbeslutning 2012/21/EU og Kommisjonsforordning nr. 360/2012.

²³ Jf. ODA Protokoll 3 del II artikkel 21 og ESAs vedtak 195/04/COL.

²⁴ Se blant annet GBER artikkel 12 og bestemmelser om "monitoring" i ESAs ulike retningslinjer.

myndigheter en vid lov hjemmel til å innhente opplysninger der det er behov for dette i forbindelse med en støttesak for Kommisjonen.

I tillegg følger det av § 12 a at støttegiver har plikt til å offentliggjøre opplysninger om, rapportere om og føre register over støttetiltaket.

Prosedyreforordningen har dessuten direkte virkning i Sverige på samme måte som i alle andre EU-land. Dette innebærer at bestemmelsene i forordningen som pålegger foretak opplysningsplikt overfor Kommisjonen gjelder direkte, uten noen form for gjennomføring i svensk rett.

Danmark

Det finnes ingen særdanske lovbestemmelser om opplysningsplikt eller innhenting av opplysninger i forbindelse med notifikasjonssaker eller klagesaker for Kommisjonen. Prosedyreforordningen har imidlertid direkte virkning i Danmark som i andre EU-land. Denne inneholder bestemmelser om opplysningsplikt.

For saker som behandles av Konkurrencestyrelsen etter de danske støttereglene, som primært gjelder tiltak som faller utenfor EUs regler om offentlig støtte, følger det av konkurrenceloven § 17 første ledd at Konkurrencestyrelsen kan kreve alle opplysninger, herunder regnskaper, regnskapsmateriale, utskrift av bøker, andre forretningspapirer og elektronisk lagrede data, som anses nødvendige for utførelsen av de oppgaver Konkurrencestyrelsen er tillagt etter konkurrenceloven.

Finland

I henhold til § 2 i den finske loven om offentlig støtte har departementet rett til å få de opplysninger som er nødvendige for å kunne oppfylle de opplysningspliktene som følger av prosedyreforordningen. Det er fastsatt nærmere bestemmelser om opplysningsplikt i forskrift nr. 89 av 3. februar 2011. I forskriften § 4 første ledd oppstilles en plikt for Arbets- og næringsministeriet til å sende de opplysninger om godkjente støtteordninger som prosedyreforordningen forutsetter, eller de opplysninger Kommisjonen etterspør i saker om eksisterende støtte, til Kommisjonen. For opplysninger som gjelder ny (ikke-notifisert) støtte, synes en tilsvarende plikt å kunne utledes fra § 4 annet ledd. Forskriften § 6 inneholder dessuten regler om støttegivers plikt til å oppbevare opplysninger i minst ti år.

Opplysningspliktene overfor Kommisjonen i § 4 er uttrykkelig tillagt Arbets- og næringsministeriet. Det følger imidlertid av forskriften § 5 annet ledd at plikten til å gi opplysninger som det vises til i § 4 gjelder alle offentligrettslige og privatrettslige sammenslutninger som har bevilget eller mottatt offentlig støtte eller annen offentlig finansiering.

Den finske lovgivningen om offentlig støtte oppstiller dermed en vid opplysningsplikt i støttesaker både for (potensielle) støttegivere og støttlemottakere. Hverken loven eller forskriften inneholder bestemmelser om opplysningsplikt for tredjeparter eller innhenting av opplysninger fra disse.

Prosedyreforordningens bestemmelser om opplysningsplikt overfor Kommisjonen har direkte virkning i Finland på samme måte som i andre EU-land.

Island

Ut over meldepliktene beskrevet tidligere i kapittel 4.1.3 er det ikke gitt egne regler om opplysningsplikt i islandsk lov.

4.3.4 Departementets vurdering

For å kunne overholde Norges opplysningsplikter overfor ESA må norske myndigheter ha mulighet til å innhente all informasjon ESA kan kreve fremlagt etter del II av ODA Protokoll 3. Støttegiver må ha mulighet til å innhente informasjon fra støttemottaker for å kunne etterleve sine forpliktelser.

Det kan være aktuelt å innhente opplysninger fra støttemottaker både i forbindelse med tildeling av støtte, og for at støttegiver skal kunne føre løpende kontroll med at midlene brukes som forutsatt. Det kan også være aktuelt å innhente opplysninger i forbindelse med rapportering til ESA om tildelt støtte, eller for å kunne fremlegge nødvendig informasjon for ESA i en konkret klage- eller notifikasjonssak. I tillegg må det sikres at all nødvendig informasjon for å vurdere om et støttetiltak er forenlig med EØS-avtalen, oppbevares i minst ti år. Kravene til hvilke opplysninger som må oppbevares vil variere avhengig av hva slags type støtte det er snakk om, både fordi vilkårene for forenlighet vil variere, og fordi støtteregeverket i visse tilfeller gir særregler om oppbevaringsplikten. For eksempel stilles det andre krav til støttegivers oppbevaringsplikt ved automatiske skatte- og avgiftsfritak som omfattes av Gruppeunntaket, enn for andre typer støtte, jf. Gruppeunntaket artikkel 12 nr. 2.

Gjeldende lov og forskrift om offentlig støtte inneholder bestemmelser om opplysningsplikt. Støttegivers opplysningsplikt reguleres i loven § 2 om melding av støttetiltak, mens støttemottakers opplysningsplikt er regulert i forskrift om offentlig støtte. Departementet mener at støttemottakers opplysningsplikt også bør fremgå av selve loven, og at det er hensiktsmessig at bestemmelsene om opplysningsplikt samles i en egen lovbestemmelse.

På denne bakgrunn foreslår departementet en bestemmelse om opplysningsplikt i § 6.

Forslagets § 6 første ledd regulerer støttemottakers opplysningsplikt overfor støttegiver. Etter forslaget kan støttegiver kreve at støttemottaker fremlegger de opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes.

Annet ledd regulerer opplysningsplikt overfor departementet. Bestemmelsen fastslår at departementet kan kreve av enhver at det fremlegges opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes. Etter forslaget påhviler opplysningsplikten overfor departementet enhver. Det ligger dermed ingen begrensninger i hvem et pålegg om å gi opplysninger kan rettes mot. Informasjon kan innhentes fra fysiske og juridiske personer, og fra offentlige myndigheter. Departementet har i dag hjemmel til å innhente opplysninger fra både støttegiver og støttemottaker. Selv om departementet har hjemmel til å innhente opplysninger fra støttemottaker, vil det i praksis, slik som i dag, først og fremst være støttegiver som kan ha behov for å innhente opplysninger fra støttemottaker for å oppfylle sine forpliktelser.

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 omfatter i prinsippet alle typer opplysninger. Forutsetningen er at opplysningene som kreves fremlagt er nødvendige for å sikre at EØS-avtalens regler om offentlig støtte overholdes. Det kan både kreves opplysninger om enkeltstående fakta og sammenstilling av fakta i form av rapporter. Dette omfatter rapporter om tildeling av støtte som faller innenfor støttelovens virkeområde, slik departementet også har adgang til i dag.²⁵

Tredje ledd gir adgang til å sette en tidsfrist for oversendelse av opplysningene. Dette vil ofte være nødvendig, fordi norske myndigheter vil ha en tidsfrist å forholde seg til for å oppfylle sin opplysningsplikt overfor ESA.

Bestemmelsens femte ledd regulerer plikten til å oppbevare opplysninger om offentlig støtte. Hverken dagens lov eller forskrift inneholder slike regler. Det følger imidlertid av de ulike EØS-rettslige grunnlagene for tildeling av forenlig støtte at alle opplysninger som er nødvendige for at ESA skal kunne vurdere om støtten er lovlig, må oppbevares i minst ti år. Hva slags opplysninger støttegiver plikter å oppbevare vil variere, avhengig av hva slags type støtte det er snakk om, både fordi forenlighetsvilkårene for ulike typer støtte er forskjellige, og fordi støtteregulverket i visse tilfeller gir særregler om oppbevaringsplikten. For eksempel stilles det andre krav til støttegivers oppbevaringsplikt ved automatiske skatte- og avgiftsfritak som omfattes av Gruppeunntaket, enn for andre typer støtte, jf. Gruppeunntaket artikkel 12 nr. 2. Departementet mener at plikten til å oppbevare opplysninger bør fremgå klart av loven, og at det er nærliggende at den reguleres i samlebestemmelsen om opplysningsplikt. Departementet foreslår derfor at § 6 femte ledd bestemmer at *støttegiver* har plikt til å oppbevare opplysninger i minst ti år. For opplysninger om enkelttildelinger av støtte utenfor en støtteordning løper tiårsfristen fra tildelingen, jf. femte ledd første punktum. For opplysninger om støtteordninger løper fristen fra *siste tildeling* under støtteordningen, jf. femte ledd annet punktum.

Departementet har etter dagens lov § 2 hjemmel til å pålegge rapporteringsplikt om tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter. Denne hjemmelen foreslås videreført i forslaget § 13.

4.4 Unntak fra taushetsplikt

Forholdet mellom opplysningsplikt og taushetsplikt er ikke uttrykkelig regulert i dagens støttelovgivning. I lovforslagets § 6 fjerde ledd foreslås en ny bestemmelse som slår fast at opplysninger som kreves fremlagt etter § 6, kan gis uten hinder av taushetsplikt.

Dette betyr for det første at plikten til å gi opplysninger går foran taushetsplikt som har sitt grunnlag i avtale eller privat instruks. Det samme gjelder 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

²⁵ Opplysningsplikten gir derfor blant annet departementet hjemmel til å pålegge støttegiver å utarbeide rapporter som nevnt i dagens støttelov § 2 annet ledd.

vil derimot måtte stå tilbake for såkalt kvalifisert lovbestemt taushetsplikt som påhviler den kravet er rettet mot. Dette presiseres i lovforslaget § 6 fjerde ledd annet punktum. Med kvalifisert taushetsplikt menes de tilfellene der det er lovbestemt at taushetsplikten går foran vitneplikten, jf. straffeprosessloven §§ 117 til 120. Dette vil blant annet omfatte taushetsplikten som advokater med flere har angående forhold som er "betrodd dem i deres stilling", jf. straffeprosessloven § 119. Den foreslåtte avgrensningen er i tråd med unntaket fra taushetsplikt i opplysningspliktbestemmelsen i markedsføringsloven § 34 og forslag til lov om god handelsskikk § 12.

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.

5 Forvaltning av støtteordninger

5.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Støtteordninger som er utformet i medhold av et EØS-rettslig grunnlag, f.eks. det alminnelige gruppeunntaket eller ESAs retningslinjer, og meldt til ESA på riktig måte, gir grunnlag for å tildele støtte lovlige, uten at hver enkelt tildeling må meldes til ESA.²⁶ EØS-avtalen stiller ikke spesifikke krav til hvordan slike lovlige støtteordninger skal forvaltes for å sikre at alle enkelttildelinger under ordningen skjer i samsvar med vilkårene i ordningen og støtteregelveverket ellers. Hvilke vilkår som gjelder vil variere, avhengig av hvilket EØS-rettslig grunnlag ordningen er basert på, og evt. hva som fremgår av ESAs vedtak. Enkelte vilkår går likevel igjen i de ulike rettsgrunnlagene, f.eks. forbudet mot å tildele støtte til "foretak i vanskeligheter"²⁷ eller til foretak som har ubetalte krav mot seg om tilbakeføring av ulovlig støtte. Samtlige rettsgrunnlag inneholder også vilkår om hvilke formål støtten kan tilgodese og hvilke typer kostnader som kan dekkes ("støtteberettigede kostnader"), hvor stor andel av de støtteberettigede kostnadene som kan dekkes ("støtteintensitet") og nærmere regler om kumulasjon av offentlig støtte fra flere forskjellige kilder.²⁸ Flere rettsgrunnlag setter også en absolutt grense for hvor store støttebeløp som kan tildeles et enkelt foretak ("støttetak"). Det er dessuten et grunnleggende krav at all støtte skal ha insentiveffekt.²⁹ Visse støttetiltak som ikke omfattes av ESAs retningslinjer kan godkjennes av ESA direkte basert på EØS-avtalen artikkel 61. I fravær av uttrykkelige retningslinjer som fastsetter detaljerte vilkår, er dette en mer skjønsmessig vurdering enn etter retningslinjene. ESAs retningslinjer er imidlertid direkte basert på artikkel 61, og de overordnede vilkårene og hensynene som skal vurderes er dermed de samme i begge tilfeller. ESA ser i stor grad hen til sine retningslinjer også i vurderinger direkte basert på artikkel 61.

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.

5.2 Gjeldende rett

Lov om offentlig støtte inneholder i dag ingen bestemmelser om hvordan støttegiver skal forvalte støtteordningene sine. I forskrift om offentlig støtte §§ 3 og 4 stilles det imidlertid noen krav til hvordan støttegiver skal opptre ved tildeling av støtte. Reglene gjelder både der støttegiver tildeler støtte under en eksisterende støtteordning og ved enkelttildelinger som skjer utenfor rammene av en ordning (ad hoc-støtte).

Etter forskrift om offentlig støtte § 3 skal støttegiver ved tildeling av støtte sikre at kumulasjonsreglene i EØS-regelverket overholdes. Dette innebærer at støttegiver må sikre at dersom støttemottaker tildeles ulike former for støtte, eller mottar støtte fra flere ulike kilder, må støtten samlet sett ikke overstige støttetaket i det EØS-rettslige grunnlaget støtten er gitt

²⁶ Enkelttildelinger som overstiger bestemte terskelverdier må likevel i enkelte tilfeller godkjennes særskilt av ESA.

²⁷ Begrepet "foretak i vanskeligheter" er nærmere definert i ESAs vedtak nr. 321/14/COL om retningslinjer for tildeling av støtte til foretak i vanskeligheter, og i det alminnelige gruppeunntaket artikkel 2 (18).

²⁸ Beregningsregler som skal sikre at støtteintensitet og maksimalt tillatt støttebeløp overholdes når støttemottaker mottar støtte fra flere offentlige kilder.

²⁹ Med insentiveffekt menes at prosjektet eller aktiviteten det er søkt om støtte til ikke ville ha blitt iverksatt, eller ikke ville ha blitt iverksatt i samme omfang, uten offentlig støtte.

under. I tillegg følger det av § 4 at støttegiver skal fastsette nærmere vilkår ved enkelttildeling av støtte. Støttegiver skal blant annet fastsette vilkår om departementets og støttegivers rett til å kreve fremlagt den informasjonen som er påkrevet for å kunne kontrollere at støttereglene overholdes. Det skal også fastsettes vilkår om støttemottakers plikt til å opplyse om annen offentlig støtte som er mottatt, om departementets rett til å kreve at støtteordningen endres eller avvikles og at støtte tilbakebetales. Med "departementet" forstås i denne sammenheng det departementet som har ansvaret for lov om offentlig støtte med forskrifter, i dag Nærings- og fiskeridepartementet. Forskriften inneholder dermed en rekke regler som sier noe om hvilke vilkår støttegiver skal stille ved tildeling av støtte.

I mange tilfeller vil også forvaltningsloven stille krav til både utformingen og forvaltningen av støtteordninger. Den rettslige reguleringen av en støtteordning vil etter sin art typisk omfattes av forskriftsdefinisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav c, jf. bokstav a, slik at reglene om forskrifter i forvaltningsloven kapittel VII må følges. Videre vil de enkelte støttetildelingene under ordningen ofte måtte regnes som enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, og dermed være underlagt de kravene som gjelder for enkeltvedtak etter forvaltningsloven kapittel IV-VI, eller annet forvaltningsregelverk. Disse reglene vil ha betydning for søknadsbehandlingen, innholdet i vedtakene om tildeling av støtte og oppfølgingen av støttemottakerne.

I tillegg legger Reglementet for økonomistyring i staten og Bestemmelser om økonomistyring i staten (økonomiregelverket) føringer for hvordan departementene og underliggende virksomheter skal forvalte tilskudds-, stønads- og garantiordninger. Økonomiregelverket er en intern instruks til statsforvaltningen. Det følger av regelverket at der hvor en kommune eller fylkeskommune skal være tilskuddsforvalter for statlige tilskudd, skal departementet utarbeide årlige oppdragsbrev og føre kontroll med at forvaltningen utføres på en forsvarlig måte, jf. pkt. 6.2.4.2. Formålet med regelverket er å sikre at statlige midler blir brukt i samsvar med Stortingets vedtak og forutsetninger, at fastsatte mål og resultatkrav oppnås, at statlige midler blir brukt effektivt og at statens materielle verdier forvaltes på en forsvarlig måte. Det følger av økonomiregelverket at alle tilskuddsordninger skal inneholde bestemte elementer. For eksempel skal det utarbeides betingelser for å få tilskudd, eventuelt stilles vilkår ved tildelingen om krav til oppfølging for å beholde tilskuddet, og det skal gis regler om kontroll med de opplysningene som ligger til grunn for tildelingene.

På enkelte områder finnes det dessuten særreguleringer som stiller nærmere krav ved tildeling av støtte. Forskrift om distrikts- og regionalpolitiske virkemidler er et eksempel på dette.

5.3 Nordisk rett

Så vidt departementet er kjent med, har ingen av de øvrige nordiske landene særskilte regler om forvaltning av ordninger som utgjør offentlig støtte i EU/EØS-rettslig forstand.

5.4 Departementets vurdering

EØS-avtalen stiller ingen konkrete krav til hvordan nasjonale myndigheter skal forvalte støtteordninger. Norske myndigheter har derfor et relativt vidt handlingsrom for hvordan dette reguleres nærmere.

Det er imidlertid etter departementets syn nødvendig med noen overordnede regler om hvordan støtteordninger skal forvaltes. Dette vil bidra til å sikre at enkelttildelinger av støtte under lovlige støtteordninger gis i samsvar med de vilkårene som gjelder for ordningen, og EØS-regelverket om offentlig støtte. Dermed reduseres risikoen for tildeling av ulovlig støtte,

og at utbetalte midler brukes i strid med forutsetningene for tildelingen (såkalt misbruk av støtte). Det er støttegiver som forvalter støtteordningene og tildeler støtte under disse. Det er derfor også naturlig at plikten til å sikre at ordningen forvaltes i tråd med støtteregulverket legges på støttegiver. Ved støtteordninger som involverer mer enn et offentlig organ kan det være uklart hvem som egentlig er støttegiver. For eksempel vil enkelte skatte- og avgiftsordninger være organisert slik at støtten beregnes og utbetales av skattemyndighetene, mens vurderingen av om støttemottaker oppfyller vilkårene til å motta støtte gjøres av et annet forvaltningsorgan. Det er vanskelig å si noe generelt om hvilket organ som formelt sett er støttegiver i slike tilfeller. For å forhindre brudd på EØS-reglene er det imidlertid normalt en forutsetning at de nødvendige vilkårene er oppfylt på tildelingstidspunktet, dvs. det tidspunktet da støttemottaker gis et rettslig bindende, uforbeholdent tilsagn om støtte. Ansvar for å føre nødvendig kontroll må derfor legges til et organ som faktisk har mulighet til å kontrollere at de nødvendige vilkårene er oppfylt før støtten tildeles, med mindre EØS-reglene åpner for noe annet i det konkrete tilfellet.³⁰

Departementet foreslår en bestemmelse i § 7 som fastslår støttegivers forpliktelser ved tildeling av støtte og ved oppfølging av bruken av tildelte midler. Bestemmelsen inneholder flere av reglene som i dag følger av forskrift om offentlig støtte. Formålet er å klargjøre støttegivers plikt til å påse at enhver enkelttildeling er lovlig, og sikre at støttegiver selv har et system for kontroll både med egen praksis ved tildeling av støtte, og med støttemottakers bruk av mottatte midler.

Bestemmelsens første ledd fastslår at støttegiver har plikt til å påse at enhver støttetildeling under en støtteordning skjer i samsvar med vilkårene som er fastsatt i ordningen, og de krav som følger av EØS-reglene om offentlig støtte. Dette innebærer at støttegiver, som hovedregel, må kontrollere at alle relevante vilkår er oppfylt, før hver enkelt støttetildeling. For enkelte typer støtteordninger i form av automatiske skatte- og avgiftsfritak som faller inn under Gruppeunntaket, forutsettes det imidlertid at etterhåndskontroll kan være tilstrekkelig, jf. Gruppeunntaket artikkel 12 nr. 2. Lovforslaget innebærer en klargjøring av støttegivers plikt til å etterleve støttereglene sammenliknet med gjeldende forskrift § 4. Sistnevnte bestemmelse er formulert som en opplysningsplikt for støttemottaker overfor støttegiver og departement som skal sikre kontroll med at reglene om offentlig støtte overholdes.

I § 7 annet ledd foreslår departementet en bestemmelse som pålegger støttegiver å ha et system for å kontrollere at forpliktelsene etter første ledd overholdes. Det stilles ikke nærmere krav til hva slags system støttegiver skal ha. Hva som er en hensiktsmessig innretning, vil avhenge av hvem som er støttegiver og hva slags støtteordning det er snakk om. Støttegiver bør dermed ha frihet til å bestemme hva som er et hensiktsmessig kontrollsystem i det konkrete tilfellet. Det sentrale må være at støttegiver har på plass et klart rammeverk og rutiner som sikrer en faktisk kontroll med lovligheten av enkelttildelinger under støtteordninger, i tråd med de kravene EØS-reglene stiller. Det oppstilles visse minimumskrav til støttegivers kontroll i tredje ledd bokstav a til c.

Det fremgår av bokstav a at støttegiver skal sikre at støttemottaker fremlegger den informasjonen som er nødvendig for å kontrollere at tildelingen av støtte er forenlig med støtteregulverket. Det vil typisk være snakk om dokumentasjon som viser at tildelingen oppfyller vilkårene i det EØS-rettslige grunnlaget tildelingen er basert på, f.eks. vilkår knyttet til støtteberettigede kostnader, støtteintensitet, maksimalt tillatt støttebeløp, kumulasjon,

³⁰ For enkelte typer automatiske skatte- og avgiftsfritak som faller inn under Gruppeunntaket, forutsettes det at etterhåndskontroll kan være tilstrekkelig, jf. Gruppeunntaket artikkel 12 nr. 2.

insentiveffekt og støttemottakers økonomiske situasjon. Det presiseres i bestemmelsen at støttegiver også skal innhente opplysninger om eventuell støtte fra andre offentlige kilder. Slik informasjon er nødvendig for å kunne påse at reglene om kumulasjon er overholdt. Reglene om kumulasjon er forenelighetsvilkår, på lik linje med de øvrige vilkårene i de materielle støttereglene. Fordi de knytter seg til forhold som ligger utenfor støttegivers eget støttetiltak, er det imidlertid etter departementets syn hensiktsmessig med en uttrykkelig presisering i loven.

Av bokstav b følger det at støttegiver må sikre at opplysninger om tildeling av støtte oppbevares i henhold til oppbevaringsplikten i lovens § 6. Dette skal blant annet gjøre det mulig å fremskaffe opplysninger om tildelt støtte ved en eventuell kontroll fra ESAs side.

Av bokstav c følger det at støttegiver skal sikre at støttemottaker rapporterer om hvordan tildelte midler er brukt, der det er nødvendig for å kontrollere støttsens lovlighet.

Ofte vil det være hensiktsmessig å fastsette vilkår og krav overfor støttemottaker i selve tildelingsgrunnlaget, for å sikre kontroll med den konkrete enkelttildelingen, og at ovennevnte vilkår overholdes. Beslutninger om tildeling av støtte som etter forvaltningsloven § 2 utgjør enkeltvedtak, må dessuten oppfylle de kravene forvaltningsloven stiller til enkeltvedtak.

Rammeverket for støtteordningen vil ofte måtte gis som forskrift, fordi det fastsetter krav og vilkår for tildeling av støtte, som vil være bestemmende for privates rettigheter og plikter, jf. forvaltningsloven § 2 bokstav c.

I forslaget § 14 gis departementet hjemmel til å gi forskrift om forvaltning av og kontroll med offentlig støtte.

Departementet ønsker ikke å videreføre bestemmelsene i gjeldende forskrift om offentlig støtte § 4 annet ledd, som blant annet pålegger støttegiver å fastsette vilkår om tilbakeføring, endring og avvikling, ved hver enkelt støttetildeling. Etter lovforslaget §§ 8 og 11 vil støttegiver ha selvstendig hjemmel til både å kreve tilbake ulovlig støtte og å gjøre tilpasninger i eksisterende støtteordninger etter pålegg fra ESA om hensiktsmessige tiltak, uten at det skal være nødvendig å ta forbehold eller fastsette vilkår om dette ved hver enkelt støttetildeling.

6 Iverksettelsesforbud, tilbakeføring og foreldelse

6.1 Iverksettelsesforbudet

6.1.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Forbudet mot å iverksette ny støtte uten ESAs godkjenning – det såkalte "iverksettelsesforbudet" – representerer en grunnpilar i støtteretten. EU-domstolen fastslo tidlig at iverksettelsesforbudet har direkte virkning i EU-landene, hvilket innebærer at bestemmelsen gir private parter rettigheter som kan håndheves ved nasjonale domstoler. Iverksettelsesforbudet sikrer dermed støttereglenes gjennomslag i medlemsstatenes nasjonal rett, og gir et rettslig grunnlag for å håndheve de rettighetene bestemmelsen gir.

Iverksettelsesforbudet bestemmer at alle nye støttetiltak skal godkjennes av ESA før de kan settes i verk. Det finnes imidlertid praktisk viktige unntak fra denne hovedregelen. Støtte som oppfyller vilkårene i det alminnelige gruppeunntaket, gruppeunntaket for tjenester av allmenn økonomisk betydning eller reglene om bagatellstøtte, kan iverksettes uten forhåndsgodkjenning, og dermed uten å bryte iverksettelsesforbudet.

I EU-retten følger iverksettelsesforbudet direkte av Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 108 nr. 3 og prosedyreforordningen artikkel 3. I EU-statene er det ikke nødvendig med noen særskilt gjennomføring av bestemmelsen i nasjonal rett, på grunn av EU-rettens direkte virkning. Prinsippet om direkte virkning innebærer at bestemmelsen gjelder fullt ut som nasjonal rett, uten at den er gjort uttrykkelig til nasjonal rett gjennom et lovvedtak eller liknende. Dette stiller seg annerledes i EØS-retten, ettersom EØS-avtalen ikke bygger på tilsvarende prinsipp om direkte virkning, men krever at EØS-regler gjennomføres uttrykkelig i nasjonal rett, for at de skal få internrettslig virkning.

I EFTA-pilaren er iverksettelsesforbudet nedfelt i Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA), både i artikkel 1 i del I og i artikkel 3 i del II. For at iverksettelsesforbudet skal gjelde som norsk rett, må bestemmelsen gjennomføres uttrykkelig i norsk lov eller forskrift.

EØS-retten krever at nasjonale domstoler anvender iverksettelsesforbudet, og – så langt reglene i nasjonal rett tillater – avhjelper og forhindrer skadevirkninger av ulovlig støtte.³¹ Dette innebærer at nasjonale domstoler, innenfor rammene av nasjonal prosessrett, må kunne gi dom på tilbakeføring av ulovlig støtte og ilegge midlertidige forføyninger, der det er påkrevet. Det er også en forutsetning at iverksettelsesforbudet skal kunne håndheves av tredjeparter, typisk konkurrenter, ved nasjonale domstoler.³² Berørte tredjeparter må altså kunne fremme søksmål for nasjonale domstoler, for å gjøre gjeldende de rettighetene som de kan utlede fra iverksettelsesforbudet.

6.1.2 Gjeldende rett

Iverksettelsesforbudet er ikke uttrykkelig gjennomført i lov om offentlig støtte. Forbudet i artikkel 3 i del II av Protokoll 3 til ODA er imidlertid gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte § 1. Denne bestemmelsen sier at del II

³¹ ESAs enforcement guidelines, pkt. 23.

³² ESAs enforcement guidelines pkt. 21-26 og kapittel 1.4

av Protokoll 3 til ODA gjelder som norsk forskrift. Bestemmelsen kommer også til uttrykk i forskrift om offentlig støtte § 2 femte ledd som fastslår at "*meldepliktig støtte [ikke] kan [...] utbetales før EFTAs overvåkingsorgan har godkjent meldingen*".

6.1.3 Nordisk rett

Iverksettelsesforbudet i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte artikkel 108 nr. 3 har direkte virkning i *Danmark, Sverige og Finland*. Det er ikke behov for særskilt gjennomføring av bestemmelsen i nasjonal rett for at den skal få internrettslig virkning.

Island har ikke gjennomført iverksettelsesforbudet i nasjonal rett. Det legges imidlertid opp til å regulere dette i den nye islandske loven om offentlig støtte.

6.1.4 Departementets vurdering

Iverksettelsesforbudet er selve grunnlaget for støttereglenes gjennomslag i nasjonal rett og håndhevingen av de rettigheter som kan utledes fra regelverket. Forbudet er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-prosedyreforskriften § 1 og støtteforskriften § 2.

Gitt bestemmelsens sentrale betydning på støtteområdet, mener departementet at det er hensiktsmessig at iverksettelsesforbudet fremgår uttrykkelig av loven. Departementet foreslår derfor at iverksettelsesforbudet slik det kommer til uttrykk i artikkel 1 nr. 3 i del I av Protokoll 3 til ODA, inntas i § 4 tredje ledd i lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte. Bestemmelsen speiler iverksettelsesforbudet i artikkel 108 nr. 3 i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte.

6.2 Tilbakeføring av ulovlig støtte

6.2.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Ved tildeling av ulovlig støtte inntreer en plikt for Norge til å sørge for at den ulovlige støtten tilbakeføres. Ulovlig støtte er støtte som er iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet. Dette omfatter også støtte som tildeles under en godkjent støtteordning, men i strid med vilkårene i ESAs godkjenning. Dermed anses tildelingen ikke som innmeldt til og godkjent av ESA.

Formålet med å tilbakeføre ulovlig støtte er å rette opp i skjevheten som har oppstått på markedet som følge av den ulovlige støtten.³³ Ved tilbakeføring fratras støttemottakeren den økonomiske fordel mottakeren har hatt i forhold til konkurrentene, og situasjonen fra tiden før støtten ble tildelt gjenoprettes.³⁴

ESA håndhever EØS-regelverket om offentlig støtte i EFTA-statene og har i den forbindelse 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. Dette er bekreftet av EU-domstolen i

³³ Se f.eks C-610/10 *Kommisjonen v Spania*.

³⁴ Se f.eks C-348/93 *Kommisjonen v Italia*.

storkammer i sak C-349/17 Eesti Pagar. Dette var en sak hvor estiske myndigheter avdekket at vilkårene for bruk av gruppeunntaket ikke var oppfylt, og at støtten dermed var ulovlig.

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. Det samme gjelder der tilbakeføring ville være i strid med et generelt EØS-rettslig prinsipp. Det er først og fremst berettigede forventninger som har vært anført i tidligere saker som mulig fritaksgrunn etter unntaket for EØS-stridig tilbakeføring. Det skal imidlertid mye til for at dette vilkåret anses oppfylt, og det er kun forventninger skapt av ESA eller Kommisjonen som vil være relevante, ikke forventninger skapt av f.eks. nasjonale myndigheter.³⁵ Der tilbakeføring er "absolutt umulig" vil også tilbakeføringsplikten bortfalle.³⁶ Også her skal det svært mye til for at vilkåret anses oppfylt.³⁷ At støttemottaker vil gå konkurs som følge av tilbakeføringskravet, er for eksempel ikke nok til at vilkåret er oppfylt.

Norge plikter å ha prosedyrer på plass som kan sikre at tilbakeføringsplikten overholdes. EØS-avtalen stiller ikke spesifikke krav til organisering av tilbakeføringsprosessen og nærmere fremgangsmåte, men overlater dette spørsmålet til nasjonal rett. Staten har dermed stor frihet til å bestemme hvordan selve tilbakeføringsprosessen skal reguleres og organiseres internt.

For å unngå traktatbrudd må det nasjonale lovverket legge til rette for en effektiv tilbakeføringsprosess, både der ESA har truffet vedtak³⁸ og der det på annen måte konstateres at det foreligger ulovlig støtte. Dette fordrer at tilbakeføringsplikten gis tilstrekkelig virkning i intern rett, og at det organet som pålegges å gjennomføre tilbakeføringen, har hjemmel til å gjøre dette.

6.2.2 Gjeldende rett

Hjemmel for tilbakeføring av ulovlig støtte

Hjemmelen for å kreve ulovlig støtte tilbakeført etter dagens regelverk, er lov om offentlig støtte § 5 i kombinasjon med det EØS-rettslige iverksettelsesforbudet, som er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-prosedyreforskriften § 1.

Støtteleven § 5 fastslår at dersom meldepliktig støtte er tildelt før ESA har godkjent meldingen, eller ESA finner at støtten er i strid med EØS-reglene om offentlig støtte, kan støtten kreves tilbakeført. Bestemmelsen er formulert som en "kan"-bestemmelse og presiserer ikke hvilket organ som skal kreve støtten tilbakeført, og hvordan dette skal gjennomføres. Etter dagens praksis er det *støttegiver* som er tillagt ansvaret for å kreve tilbake ulovlig støtte. Tilbakeføring kan skje på eget initiativ, der støttegiver selv avdekker at det er utbetalt ulovlig støtte, eller det kan skje etter at ESA eller en norsk domstol har truffet en beslutning med pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte. I begge tilfeller foreligger en

³⁵ Se sak C-223/85 RSV.

³⁶ Se Kommisjonens utkast til meddelelse om tilbakeføring av ulovlig støtte, med henvisning til videre rettspraksis, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2019_recovery_notice/en.pdf

³⁷ Se f.eks sak C-622/16 Montessori.

³⁸ Jf. ODA Protokoll 3 del II, artikkel 14 nr. 3.

tilbakeføringsplikt. Høyesterett har i Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral* bekreftet at støtteloven § 5 gir grunnlag for å fatte vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte.

Hjemmelen for tilbakeføring har vært kritisert for å være uklar.³⁹ Det har også vært hevdet at Høyesteretts avgjørelse i *Hydro/Søral*-saken har skapt tvil rundt hjemmelen for tilbakeføring i norsk rett, og hvordan tilbakeføringskrav skal fremsettes.⁴⁰

Når det gjelder departementets rolle i tilbakeføringsprosessen, følger det av forskrift om offentlig støtte § 5 at "[d]epartementet kan pålegge støttegiver å kreve tilbakebetalt ulovlig utbetalt støtte" og at "[v]ilkårene for et eventuelt krav om tilbakebetaling fastsettes av departementet i det enkelte tilfelle". Bestemmelsen gir departementet adgang til å gi pålegg om tilbakeføring, men forutsetter samtidig at det er støttegiver som skal kreve støtten tilbake. Betydningen og virkningen av et eventuelt departementsvedtak etter forskriften § 5 er uklar. Støttegiver kan neppe bygge på departementets vedtak som hjemmel for sitt tilbakeføringskrav. Departementets vedtak etter forskriftens § 5 vil rette seg mot støttegiver, og gjelde dennes tilbakekrevingsplikt. Støttemottakers tilbakebetalingsplikt vil derimot ikke være omfattet av vedtaket. Støttegivers krav mot støttemottaker må derfor hjemles i andre rettsgrunnlag, for eksempel lov om offentlig støtte § 5 kombinert med iverksettelsesforbudet.⁴¹

Etter støtteloven § 5 annet ledd kan støtte som er i strid med OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien eller WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter også kreves tilbakeført.

Fremgangsmåten ved tilbakeføring av ulovlig støtte

Dagens lov regulerer ikke fremgangsmåten for å kreve ulovlig støtte tilbake. Det er ikke presisert i loven hvorvidt støttegivers beslutning om å fremme krav mot støttemottaker utgjør enkeltvedtak. Dermed er det ikke klart om forvaltningslovens regler om enkeltvedtak kommer til anvendelse. Spørsmålet må løses etter en konkret vurdering av om støttegivers beslutning om å kreve tilbake ulovlig støtte oppfyller vilkårene for enkeltvedtak i forvaltningsloven § 2 første ledd.

Flere vilkår må være oppfylt for at en beslutning skal utgjøre et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det må dreie seg om "en avgjørelse" som "treffes under utøving av offentlig myndighet" og som er "bestemmende" for "rettigheter og plikter" til "private personer". Etter departementets syn vil støttegivers avgjørelse om å kreve tilbake ulovlig støtte i de fleste tilfeller oppfylle vilkårene og dermed være enkeltvedtak. Tilbakeføring av ulovlig støtte, hjemlet i bestemmelsene i lov om offentlig støtte, har et klart preg av myndighetsutøvelse. Det er snakk om en avgjørelse hjemlet i en lovfestet tilbakekrevingsplikt, med det formål å reparere et brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser. Kravet er basert på støttegivers stilling som forvalter av offentlige midler. En avgjørelse om å fremme krav om tilbakeføring av ulovlig støtte er bestemmende for en eller flere bestemte foretaks rettigheter og plikter, ved at den etablerer en tilbakebetalingsplikt for støttemottaker, og et motsvarende

³⁹ Se utredning fra Erling Hjelmeng om ny lov om offentlig støtte og Bjørnar Alterskjær m.fl. *Statsstøtte* kap. 26.4.3

⁴⁰ Se Lov og Rett 04/2014, Tilbakeføring av offentlig støtte – hva er situasjonen etter Rt. 2013 s. 1665 *Hydro/Søral*, Erling Hjelmeng

⁴¹ Det kan også tenkes andre rettsgrunnlag enn lov om offentlig støtte, for eksempel avtalerettslige eller forvaltningsrettslige prinsipper.

pengekrav på støttegivers hånd. Avgjørelsen griper dermed inn i støttemottakers rettsstilling. Vurderingen blir den samme der støttegiver er et privat rettssubjekt, jf. forvaltningsloven § 1 første ledd tredje punktum.

Høyesterett synes å legge samme oppfatning til grunn i Hydro/Søral-saken.

Lov om offentlig støtte inneholder ikke særbestemmelser om inndrivelse av krav etter loven. Det er derved de alminnelige reglene i blant annet tvangsfullbyrdelsesloven⁴² som regulerer hvordan krav etter loven kan fremmes og inndrives. Det fremkommer av de alminnelige bestemmelsene i tvangsfullbyrdelsesloven § 7-2 første ledd bokstav f, at "skriftlig meddelelse som fordringshaveren selv har sendt skyldneren og som viser kravets grunnlag og omfang", utgjør særlig tvangsgrunnlag. At det er et særskilt tvangsgrunnlag, innebærer at kreditor kan begjære kravet tvangsinnrevet ved hjelp av namsmyndighetene. Etersom støttegivers krav om tilbakeføring utgjør enkeltvedtak, og dermed må oppfylle de kravene forvaltningsloven stiller med hensyn til vedtakets form og innhold, vil vilkårene i tvangsfullbyrdelsesloven § 7-2 første ledd bokstav f normalt være oppfylt. Støttegivers vedtak om tilbakeføring vil dermed i seg selv utgjøre tvangsgrunnlag for utlegg. Støttegiver kan dermed i prinsippet få kravet inndrevet ved namsmyndighetene, uten å gå veien om domstolene. Tvangsgrunnlag etter bokstav f skal imidlertid, i motsetning til øvrige særlige tvangsgrunnlag, behandles i forliksrådet eller heves dersom skyldneren har innvendinger mot kravet, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-7. Dette innebærer at inndrivelse av kravet kan igangsettes uten at det er reist søksmål. Dersom støttemottaker motsetter seg kravet, vil saken likevel henvises til retten.

6.2.3 Nordisk rett

Sverige

Den svenske loven om offentlig støtte har tydeligere bestemmelser om blant annet tilbakeføring av ulovlig støtte enn den norske. Det er støttegiver som plikter å iverksette tilbakeføring, jf. § 2. Det fremgår av loven at tilbakekreving av støtten kan unnlates i de tilfeller der EU-retten tillater det.

Den svenske loven om offentlig støtte inneholder også en særlig bestemmelse om støttemottakers plikt til å betale tilbake ulovlig støtte, jf. § 3. Den ulovlige støtten skal tilbakeføres til støttegiver. På samme måte som i bestemmelsen om tilbakekreving, fremgår det uttrykkelig at tilbakebetaling kan unnlates, der dette er i tråd med EU-retten. I den forbindelse vises det i forarbeidene til tilfeller der Kommisjonen har fattet vedtak, om at den ulovlige støtten er forenlig med EU-traktaten, eller der et av de øvrige unntakene fra tilbakebetalingsplikten som følger av rettspraksis fra EU-domstolen, er oppfylt.⁴³

Det er ikke fastsatt nærmere krav til hvilken fremgangsmåte støttegiver skal følge ved innkreving av ulovlig støtte, men det fremgår av forarbeidene at kravene etter svensk rett vil variere, avhengig av om støttegiver er et statlig, kommunalt eller privat rettssubjekt.⁴⁴ Det følger uttrykkelig av loven at det bare er støttegiver som kan reise søksmål mot støttemottaker

⁴² Lov 26. juni 1992 nr. 86 om tvangsfullbyrdelse

⁴³ SOU 2011:69 *Olagligt statsstöd* s. 97 flg.

⁴⁴ Jf. Prop. 2012/13:84 avsnitt 6.1.1

om tilbakeføring av ulovlig støtte, jf. lovens § 6. I §§ 7 til 11 gis det nærmere prosessuelle regler om domstolenes behandling av slike søksmål.

Danmark

Det er ikke gitt noen særskilt gjennomføringslovgivning for EUs regler om offentlig støtte i Danmark, heller ikke om tilbakeføring av ulovlig støtte. Det vil derfor være opp til hver enkelt støttegiver å kreve støtten tilbakeført på grunnlag av iverksettelsesforbudet og alminnelig dansk prosessrett. Det fremgår av Erhvervsministeriets publikasjon Statsstøttehåndbogen 2017 at støtte som pålegges tilbakeført av Kommisjonen i utgangspunktet skal tilbakeføres til støttegiver. Et lovforslag om at støtte som pålegges tilbakeført av Kommisjonen skal betales inn til statskassen har imidlertid vært på høring.

Ved siden av EU-støttereglene har Danmark vedtatt egne nasjonale støtteregler i den danske konkurranseloven § 11 A. Bestemmelsen gir blant annet Konkurrencestyrelsen hjemmel til å pålegge tilbakeføring av støtte som er ytt i strid med de nasjonale støttereglene. Det fremgår imidlertid uttrykkelig av loven at Konkurrencestyrelsen kan unnlate å behandle en sak dersom det aktuelle tiltaket kan påvirke samhandelen og dermed potensielt omfattes av EUs regler om offentlig støtte.

Ulovlig støtte som kreves tilbakebetalt etter § 11 A skal innbetales til statskassen.

Finland

Den finske loven om offentlig støtte⁴⁵ oppstiller ingen generell plikt til å tilbakeføre ulovlig støtte. Lovens § 1 pålegger imidlertid støttegiver å gjennomføre Kommisjonens vedtak om tilbakeføring av støtte. Gjennomføringen skal skje gjennom et vedtak fattet av støttegiver. Loven stiller nærmere krav til vedtakets form og innhold.

Loven er taus om tilbakeføring av ulovlig støtte i de tilfeller der det ikke foreligger noe vedtak fra Kommisjonen. Siden iverksettelsesforbudet har direkte virkning i Finland, kan tilbakeføringsplikten i slike tilfeller muligens forankres direkte i forbudet. I tillegg har Finland en egen lov om "statsunderstöd"⁴⁶ som først og fremst gjelder ved bruk av statlige bevilgninger. Loven gjelder både for staten og for lokale myndigheter der de forvalter statlige midler. "Statsunderstöd" favner videre enn den EU-rettslige definisjonen av offentlig støtte, blant annet ved at det også kan omfatte tiltak som ikke har samhandelspåvirkning. I lovens kapittel 5 er det gitt bestemmelser om tilbakeføring, som gjelder dersom det aktuelle tiltaket omfattes av lovens virkeområde. Det følger av lovens § 21, jf. § 4, at det er "statsbidragsmyndigheten", dvs. den myndighet som i henhold til finsk lovgivning har ansvaret for det området støttetiltaket gjelder, som plikter å kreve "støtten" tilbake i de tilfeller loven krever det.

Island

Artikkel 31 tredje ledd i den islandske konkurranseloven fastslår at der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring, skal myndighetene iverksette alle nødvendige tiltak for å tilbakeføre støtten. Plikten til å kreve tilbake støtte er avledet av støttegiverens ansvar for støtten. Det har i praksis vært støttegiver som krever den ulovlige støtten tilbake.

⁴⁵ Lag 300/2001 om tillämpning av vissa Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd

⁴⁶ Lag 688/2001 om Statsunderstöd

6.2.4 Departementets vurdering

Lovhjemmel for tilbakebetaling av ulovlig støtte

Dagens lovverk etablerer de sentrale prinsippene ved tilbakeføring av ulovlig støtte, men det er reist spørsmål om forståelsen på flere punkter. Bestemmelsene er fordelt mellom lov og forskrift og gir et til dels uklart bilde av tilbakeføringsprosessen. Det er delvis uklart hvem som plikter å gjøre hva og hvordan man skal gå frem.

I praksis er det i Norge støttegiver som har ansvaret for å kreve ulovlig støtte tilbake fra støttemottaker. Nærings- og fiskeridepartementet er kontaktpunktet mellom støttegiver og ESA, og gir råd til støttegiver i tilbakeføringsprosessen. Norge har hatt få tilbakeførings saker siden EØS-avtalen trådte i kraft, under én sak pr. år. Erfaringen fra disse sakene er at ESAs vedtak blir etterlevd, men at det ofte ikke skjer innen fristen ESA har satt.

Det er departementets vurdering at den ansvarsfordelingen som gjelder etter dagens praksis bør videreføres og tydeliggjøres. Departementet foreslår derfor i § 11 en bestemmelse om tilbakeføring som uttrykkelig fastslår støttegivers plikt til å kreve tilbake ulovlig støtte fra støttemottaker og støttemottakers korresponderende tilbakebetalingsplikt overfor støttegiver.

Ved å presisere de ulike aktørenes plikter i tilbakeføringsprosessen og hvilke prosessuelle krav som gjelder, oppnås større forutberegnelighet, og det legges til rette for ryddigere prosesser.

Bestemmelsens første ledd første punktum slår uttrykkelig fast at støttegiver har en selvstendig tilbakekrevingsplikt. Bestemmelsen er utformet slik at det ikke skal være tvil om at støttegivers plikt til å kreve at støtte betales tilbake i prinsippet gjelder i ethvert tilfelle der ulovlig offentlig støtte avdekkes, og ikke bare der ESA har fattet vedtak om tilbakeføring.⁴⁷

I bestemmelsens første ledd annet punktum, presiseres det at støttegiver også har en tilbakeføringsplikt i tilfeller der ESA har fattet vedtak med pålegg om tilbakeføring. Tilbakeføring etter pålegg fra ESA er praktisk og bør av den grunn nevnes uttrykkelig i loven, selv om også slike tilfeller omfattes av ordlyden i bestemmelsens første ledd første punktum. ESAs vedtak kan også gi nærmere føringer for tilbakeføringen i det konkrete tilfellet, som støttegiver plikter å etterleve. Dette fremgår av forslaget § 11 første ledd annet punktum.

I bestemmelsens annet ledd reguleres støttemottakers tilbakebetalingsplikt. Hensikten med å lovfeste støttemottakers tilbakebetalingsplikt, er å gi et klart rettsgrunnlag for støttegivers krav overfor støttemottaker som dekker alle former for ulovlig støtte, uavhengig av tildelingsgrunnlag. Dermed fjernes usikkerheten om hjemmelen for støttegivers tilbakeføringskrav i gjeldende rett. Som det fremgår av den foreslåtte ordlyden, inntreer støttemottakers tilbakebetalingsplikt når støttegiver fremmer krav om tilbakebetaling. Det er først på dette tidspunktet støttegivers krav mot støttemottaker stiftes.

I bestemmelsens fjerde ledd foreslår departementet å presisere at tilbakeføringsplikten ikke gjelder der ESA har fattet vedtak om at et tiltak utgjør forenlig støtte, eller der tilbakeføring ville være i strid med et EØS-rettslig prinsipp. I slike tilfeller gjelder ikke den EØS-rettslige plikten til å sørge for tilbakeføring.

⁴⁷ Jf. sak C-349/17 *Eesti Pagar* premiss 92.

Adgangen etter gjeldende lov § 5 annet ledd til å kreve tilbakeføring av støtte som er ytt i strid med OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien eller WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter, foreslås videreført i loven § 13.

Fremgangsmåten ved tilbakeføring av ulovlig støtte

EØS-avtalen legger få føringer for hvordan de nasjonale prosedyrene for tilbakeføring av ulovlig støtte skal være. Det er imidlertid en forutsetning at man har prosedyrer som legger til rette for en effektiv tilbakeføringsprosess, herunder en effektiv gjennomføring av ESAs vedtak.

Lov om offentlig støtte gir i dag lite direkte veiledning om hvilken fremgangsmåte som skal følges, og hvilke prosessuelle krav som gjelder ved fremsettelse av tilbakeføringskrav overfor støttemottaker. Mens det i juridisk teori har vært hevdet at støttegivers tilbakeføringskrav overfor støttemottaker gjøres gjeldende ved påkrav, synes Høyesterett i Hydro/Søral-saken å ha lagt til grunn at tilbakeføringskrav etter lov om offentlig støtte utgjør enkeltvedtak. Etter departementets syn vil tilbakeføringskrav etter støtteloven i de fleste tilfeller falle inn under forvaltningslovens definisjon av enkeltvedtak.

For å unngå tvil om dette spørsmålet, foreslår departementet at det fastslås i lovens § 11 tredje ledd at støttegivers krav mot støttemottaker om tilbakeføring av ulovlig støtte etter denne loven utgjør enkeltvedtak. Hvorvidt krav om tilbakeføring av ulovlig støtte hjemlet i andre rettsgrunnlag enn støtteloven, for eksempel avtalerettslige prinsipper, fremmes ved påkrav eller enkeltvedtak, vil bero på en vurdering av det aktuelle rettsgrunnlaget. Departementet har ikke med dette forslaget ment å regulere hvordan et eventuelt krav basert på andre rettsgrunnlag enn støtteloven skal fremmes. En rettslig konsekvens av at tilbakeføringskrav etter lovforslaget utgjør enkeltvedtak, er at forvaltningslovens regler om enkeltvedtak, herunder formkravene og reglene om omgjøring av vedtak og klage til overordnet organ, gjelder fullt ut.

Når det gjelder støttemottakers klageadgang over tilbakeføringsvedtak, følger det av forvaltningsloven § 28 at vedtaket kan påklages til nærmeste overordnede forvaltningsorgan. Der støttegiver er et ordinært statlig eller kommunalt forvaltningsorgan, vil spørsmålet om hva som er rette klageorgan i de fleste tilfeller neppe by på tvil. Ved tolkning av bestemmelsen er det nærliggende å ta utgangspunkt i de organisatoriske bestemmelser om den hierarkiske inndelingen av administrasjonen.⁴⁸ Det kan imidlertid oppstå tvil om hva som er rette klageorgan i tilfeller der støttegiver f.eks. utfører oppgaver tilknyttet et bredt spekter av saksområder og dermed har tilknytning til flere ulike forvaltningsorganer. Forarbeidene til forvaltningsloven gir lite veiledning om slike situasjoner. Her har man imidlertid i praksis også sett hen til hvilket organ som er overordnet og har fagansvaret i den sakstypen det gjelder, og den typen hensyn som avgjørelsen først og fremst må bygge på.⁴⁹ Liknende problemstilling kan oppstå der støttegiver er et uavhengig forvaltningsorgan eller en privat sammenslutning, f.eks. en stiftelse eller et statlig eller kommunalt selskap. Når det gjelder uavhengige forvaltningsorganer har Lovavdelingen uttalt at det synes mer betryggende å se på de reelle forhold rundt slike mer frittstående organ for stat og kommune. Det vil ifølge Lovavdelingen bl.a. innebære at man undersøker nærmere om ett eller flere av de forvaltningsorganer som økonomisk eller administrativt setter vedtaksorganet i stand til å

⁴⁸ Jf. tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 28.06.2000 - §28 – klageinstans for vedtak etter serveringsloven §16 (saksnr. 2000/7645 PJ-P)

⁴⁹ Ibid.

treffe de aktuelle enkeltvedtak, står i en slik posisjon at det er naturlig å peke det/dem ut som klageinstans. Her mener Lovavdelingen at man også må kunne legge vekt på hvilket av de omkringliggende forvaltningsorgan som har stor eller størst interesse i vedtaksorganets virksomhet. Lovavdelingen uttaler at det synes rimelig å legge vekt på at de som etablerer og/eller finansierer et uavhengig eller selvstendig organ, også gis et ansvar for å medvirke til at de prosessuelle forutsetningene for klageretten i forvaltningsloven § 28 ivaretas.⁵⁰

Departementet er ikke kjent med om Lovavdelingen har vurdert spørsmålet om rette klageorgan der vedtaksorganet er en privat sammenslutning. Private vedtaksorganer har imidlertid mange likhetstrekk med uavhengige forvaltningsorganer, som tilsier at de samme prinsippene legges til grunn også her. Begge har en særlig uavhengig stilling, og tilknytningen til øvrige forvaltningsorganer, f.eks. et bevilgende departement, i forbindelse med forvaltningen av en støtteordning vil være relativt lik. Basert på Lovavdelingens uttalelse synes det nærliggende å legge til grunn at rette klageorgan for tilbakeføringskrav fremsatt av et uavhengig organ eller et privat rettssubjekt normalt vil være det statlige eller kommunale forvaltningsorganet som har bevilget midler til det aktuelle støttetiltaket/støtteordningen eller på annen måte vært særlig involvert i etableringen eller iverksettelsen av tiltaket. Plikten og kompetansen til å fatte vedtak om tilbakeføring henger tett sammen med iverksettelsen/forvaltningen av et støttetiltak og med tiltakets utforming. Det er derfor naturlig at det forvaltningsorganet som har nærmest tilknytning til utforming og/eller forvaltningen av det ulovlige tiltaket, også er klageorgan for eventuelle vedtak om tilbakeføring som skyldes at tiltaket er EØS-stridig.

Hovedregelen i norsk rett er at enkeltvedtak har umiddelbar rettsvirkning. Ved klage til overordnet forvaltningsorgan kan imidlertid både vedtaksorganet og klageorganet beslutte å gi utsatt iverksettelse inntil klagesaken er ferdigbehandlet. En slik utsettelse kan forsinke tilbakeføringsprosessen. Dette kan særlig være problematisk i de sakene der det foreligger et ESA-vedtak, fordi forsinket gjennomføring av ESAs vedtak kan føre til traktatbruddsøksmål. I vurderingen av om det skal gis utsatt iverksettelse etter forvaltningsloven § 42, skal det imidlertid legges vekt på hvilke samfunnsmessige konsekvenser en utsettelse eventuelt vil ha, og om det er stor sannsynlighet for at klagen når frem. Departementet legger til grunn at muligheten for utsatt iverksettelse må brukes med forsiktighet i saker der det foreligger et ESA-vedtak om tilbakeføring, på grunn av risikoen for traktatbruddsøksmål ved forsinket gjennomføring av ESAs vedtak. Dersom klagen gjelder forhold som ESA ikke har tatt stilling til i sitt vedtak, eller som ESAs vedtak gir lite veiledning om, antar departementet at det vil være større grunn til å beslutte utsatt iverksettelse. Departementet legger likevel til grunn at den klare hovedregelen vil være at klage over forvaltningsvedtak ikke skal gis oppsettende virkning.

Det faktum at støttegivers krav om tilbakeføring utgjør et enkeltvedtak som støttedmottaker kan påklage til overordnet forvaltningsorgan eller bringe inn for domstolene, innebærer at domstolene kan bli nødt til å ta stilling til spørsmålet om det foreligger ulovlig støtte i mer enn en rettsprosess. En dom mot støttegiver som fastslår dennes plikt til å kreve tilbake ulovlig støtte, vil ikke forhindre støttedmottaker fra å bringe støttegivers tilbakeføringsvedtak inn for domstolen, med påstand om at vedtaket er ugyldig, fordi støttedmottaker ikke har mottatt ulovlig støtte. Det er imidlertid vanskelig å se at muligheten for en slik dobbel prøving av om

⁵⁰ Jf. tolkningsuttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling av 12.05.2003 - §§21, 28 og 36 – Klageinstans når Utlendingsnemnda treffer vedtak som førsteinstans (saksnr. 2001/7310 og 03/1618 EO ØR)

et tiltak utgjør ulovlig støtte kan unngås, all den tid støttegivers krav om tilbakeføring etter sin art er et enkeltvedtak.

Tvangsinndrivelse av kravet – særskilt tvangsgrunnlag

Alminnelige pengekrav, herunder krav om tilbakebetaling etter lov om offentlig støtte, kan inndrives ved søksmål for domstolene dersom støttemottaker ikke frivillig etterkommer støttegivers krav. En slik rettsprosess kan imidlertid være kostbar og tidkrevende for de involverte partene. Den kan også potensielt forhindre en rettidig gjennomføring av ESAs vedtak.

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 enkeltvedtak om tilbakeføring etter loven utgjør tvangsgrunnlag for utlegg, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 7-2 første ledd bokstav e. Dermed kan kravet tvangsinndrives av namsmyndighetene uten at det tas ut søksmål.

Ved tvangsinndrivelse kan støttemottaker reise enhver innvending som kunne ha vært fremsatt i søksmål for domstolene, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-2 tredje ledd.

Støttemottaker kan også under tvangsfullbyrdelsen bringe saken inn for domstolene etter reglene i tvisteloven, eller påklage støttegivers vedtak om tilbakeføring til overordnet forvaltningsorgan etter forvaltningsloven. Søksmål eller klage kan føre til at tvangsfullbyrdelsen utsettes, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 5-11. Utsettelse forutsetter normalt at det foreligger en rimelig grad av tvil om at tvangsgrunnlaget vil bli endret som følge av søksmålet eller klagen.⁵¹ Departementet antar at en eventuell vurdering av kravet fra ESAs side vil ha relevans i vurderingen av om det foreligger tilstrekkelig tvil, slik at det ofte vil være mindre kurant å få utsatt tvangsfullbyrdelse der det foreligger et ESA-vedtak om tilbakeføring i saken. Støttemottaker vil også kunne klage på namsmannens avgjørelser under tvangsfullbyrdelsen etter tvangsfullbyrdelsesloven § 5-16. Namsmannen har adgang til å gi en slik klage oppsettende virkning. Tvangsfullbyrdelsesloven gir dermed støttemottaker beskyttelse mot tvangsinndrivelse i de tilfeller der det er særlig risiko for at kravet er uberettiget, etter de samme prinsippene som gjelder for andre typer pengekrav som utgjør særlig tvangsgrunnlag.

6.2.5 Hjemmel for å kreve renter ved tilbakeføring av ulovlig støtte

Norges EØS-rettslige forpliktelser

Formålet med tilbakeføring av støtte er å frata støttemottaker den økonomiske fordelen han har fått gjennom den ulovlige støtten, og dermed gjenopprette konkurransesituasjonen slik den var før den ulovlige støtten ble gitt.⁵² Dette innebærer at også fordelen ved å ha disponert over den ulovlige støtten må kreves tilbake i form av renter på støttebeløpet, fra tildelingstidspunktet og frem til støtten blir tilbakebetalt. Det at renter inngår som en del av tilbakeføringskravet, følger av EU-domstolens praksis,⁵³ og er dessuten nedfelt i del II av

⁵¹ Lovkommentar til tvangsfullbyrdelsesloven §5-11, Universitetsforlaget (lovdata)

⁵² Se sak C-610/10 Kommisjonen v Spania og sak C- 348/93 Kommisjonen v Italia.

⁵³ Se f.eks sak T-459/93 Siemens v Kommisjonen og sak C- C-349/17 Eesti Pagar premiss 132-133.

ODA Protokoll 3 (som gjennomfører prosedyreforordningen fra 1999 i EFTA-pilaren). Gjeldende rentesatser for tilbakeføringskrav fastsettes av EFTAs overvåkingsorgan og er tilgjengelig på deres hjemmesider.

For å oppfylle EØS-avtalen må det sikres at norsk rett gir grunnlag for å kreve støttemottaker for renter av ulovlig støtte fra tildelingstidspunktet og frem til støtten er tilbakeført.

Gjeldende rett

Det følger av lov om offentlig støtte § 5 tredje ledd at departementet kan bestemme at beløpet som skal føres tilbake, skal inkludere renter. Forskrift om offentlig støtte § 5 første ledd bestemmer at departementet kan pålegge støttegiver å kreve tilbakebetalt ulovlig støtte som blir funnet å være i strid med EØS-avtalens regelverk. Videre fastsetter forskriften at vilkårene for et eventuelt krav om tilbakebetaling av støtte fastsettes av departementet i det enkelte tilfelle. Rentesaften skal baseres på markedsrenten, og renten skal vanligvis løpe fra den dag da støtten er mottatt og frem til tilbakebetalingstidspunktet. Gjeldende rett gir altså hjemmel for å ilegge renter på tilbakeføringskrav. Det fremgår imidlertid ikke av bestemmelsen at renteplikten er en ubetinget plikt etter EØS-retten, slik at det i alle tilfeller av tilbakeføring av ulovlig støtte skal ilegges renter. Men siden EØS-avtalen krever det, har det alltid vært ilagt renter i tråd med ESAs rentefastsettelse ved tilbakeføring av ulovlig støtte etter norsk rett.

Nordisk rett

Sverige

Det følger av § 4 i den svenske loven om offentlig støtte at det i henhold til EU-retten skal betales renter av ulovlig støtte fra og med den dagen støttemottaker fikk støtten til rådighet og frem til tilbakebetalingstidspunktet. For de tilfeller der Kommisjonen har funnet den ulovlige støtten forenlig med Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, skal det svares renter frem til den dagen Kommisjonen fattet sin beslutning.

Det følger videre av bestemmelsen at reglene om renter i gjennomføringsforordningen skal legges til grunn ved beregningen av rentekravet. Det presiseres at reglene om renteberegning også gjelder i de tilfeller der Kommisjonen ikke har fattet noe vedtak.

Danmark

Det finnes som sagt ikke internrettslige regler i dansk rett om tilbakeføring av støtte som strider mot EU-regelverket om offentlig støtte. Det følger imidlertid av prosedyreforordningen og gjennomføringsforordningen, som begge har direkte virkning i Danmark, at det skal betales renter av støtte som er ytt i strid med iverksettelsesforbudet.

For tilbakeføringskrav utstedt av Konkurrencestyrelsen med hjemmel i konkurrenceloven § 11 A, som primært gjelder tiltak som faller utenfor EUs regler om offentlig støtte, er det uttrykkelig bestemt at det skal betales renter "med den i henhold til EU's statsstøtteregler til enhver tid fastsatte rentesats, der anvendes ved tilbagebetaling af statsstøtte", jf. § 11 A, stk. 6. Rentekravet fastsettes dermed i samsvar med gjennomføringsforordningen, slik EU-retten foreskriver ved tilbakeføring av støtte ytt i strid med iverksettelsesforbudet.

Finland

Det følger av § 2 i den finske loven om offentlig støtte at en kommisjonsbeslutning om tilbakeføring skal iverksettes av støttegiver gjennom en beslutning som blant annet angir beløpet som skal tilbakekreves og den renten som skal svares. Loven gir ikke nærmere

anvisning om hvordan renten skal beregnes. Der det foreligger en Kommissjonsbeslutning om tilbakeføring, vil imidlertid beslutningen selv gi nærmere anvisning om dette.

Gjennomføringsforordningen, som har direkte virkning i Finland, gir imidlertid detaljerte regler om illeggelse og beregning av renter ved tilbakeføring i artikkel 9 til 11.

Island

Det følger av den islandske konkurranseloven § 31 at det skal betales renter av ulovlig støtte som kreves tilbakeført, i henhold til den rentesatsen EFTAs overvåkingsorgan fastsetter. Det fremgår av loven at renten løper fra tidspunktet da støttemottaker fikk rådighet over støtten og frem til tilbakebetalingstidspunktet.

Departementets vurdering

Departementet mener at dagens lov, som legger opp til at departementet må fatte vedtak om renter i hver enkelt sak, er lite heldig. Så lenge plikten til å betale renter av ulovlig støtte representerer et ufravikelig EØS-rettslig krav, bør renteplikten følge direkte av loven uten behov for noe nærmere vedtak. Dessuten mener departementet at en bestemmelse om at *departementet* skal fatte vedtak om renter, virker kompliserende i en tilbakeføringsprosess, som i utgangspunktet er mellom støttegiver og støttemottaker. Departementet foreslår derfor ikke å videreføre departementets vedtakshjemmel.

Departementet foreslår i stedet at det inntas et eget sjette ledd i støtteloven § 11 om tilbakeføring som fastslår at det skal svares renter av beløpet som skal tilbakeføres, fra det tidspunkt støtten er tildelt og frem til betaling skjer, og at rentesatsen skal følge den sats EFTAs overvåkingsorgan til enhver tid fastsetter. Det er denne rentesatsen EFTAs overvåkingsorgan selv benytter i sine vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte. Plikten til å kreve renter knyttes dermed tettere opp mot den EØS-rettslige renteplikten og gjelder uten at departementet må fatte vedtak om renteplikt overfor støttegiver.

For at resultatet av tilbakeføringen skal bli riktig, er det viktig at renten er samfunnsøkonomisk korrekt. Rentesatsene til EFTAs overvåkingsorgan fastsettes individuelt for hvert av EFTA-landene og skal reflektere markedsrenten. Når EFTAs overvåkingsorgan fatter vedtak om tilbakeføring vil de alltid legge til grunn den rentesatsen de selv har fastsatt. Det er dermed denne satsen som vil gjelde når norske myndigheter tilbakefører ulovlig støtte etter pålegg fra EFTAs overvåkingsorgan. Vi går ikke inn på en nærmere vurdering av om ESAs rente er samfunnsøkonomisk korrekt. For å sikre konsistens i norske tilbakeføringssaker, foreslår departementet at rentesatsen til EFTAs overvåkingsorgan også legges til grunn i tilfeller der tilbakeføring skjer på støttegivers eget initiativ, uten at EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak.

6.3 Foreldelse og frist for å fremme krav om tilbakeføring

6.3.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Det finnes ingen særskilt foreldelsesregel i EØS-retten for krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. EU-domstolen har slått fast at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte foreldes etter nasjonal rett.⁵⁴

⁵⁴ C- 349/17 Eesti Pagar premiss 108.

Artikkel 15 i del II av ODA Protokoll 3 inneholder imidlertid en tidsbegrensning i ESAs kompetanse til å gripe inn og kreve ulovlig støtte tilbakeført. Fristen på ti år løper fra den dagen da den ulovlige støtten ble tildelt støttemottaker.⁵⁵ Konsekvensen av at tidsfristen utløper, er at støtten blir å anse som eksisterende støtte. Det innebærer at ESA ikke kan gi pålegg om at støtten skal tilbakeføres. Dersom det er snakk om støttetildelingen under en støtteordning kan imidlertid ESA kreve at støtteordningen endres for fremtiden, slik at den er i tråd med støttereglene.⁵⁶

Enhver handling fra ESAs side, eller fra en EFTA-stats side på oppfordring fra ESA, som gjelder den ulovlige støtten, vil avbryte fristen. Et eksempel på slike handlinger er spørsmål fra ESA om støtten. Ved hvert avbrudd starter fristen å løpe på nytt. Dersom et vedtak fra ESA angripes for EFTA-domstolen, vil fristen suspenderes så lenge saken pågår.

For å unngå brudd på EØS-avtalen må norsk rett ikke være til hinder for å gjennomføre ESAs pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte. Dette innebærer blant annet at norske foreldelsesregler må utformes slik at de ikke står i veien for å gjennomføre ESAs vedtak.

Når det gjelder gjennomføringen av tilbakeføringskrav på støttegivers eget initiativ eller etter en nasjonal rettsavgjørelse, stiller ikke EØS-avtalen spesifikke krav til nasjonale foreldelsesregler. Dette er saker der støttegiver fremmer krav om tilbakeføring av ulovlig støtte uten at det foreligger et ESA-vedtak. I slike saker gjelder kun de krav som følger av det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet. Effektivitetsprinsippet innebærer at nasjonal rett ikke kan gjøre det praktisk umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve den rettigheten EØS-retten gir. Ekvivalensprinsippet innebærer at den aktuelle EØS-rettigheten ikke skal stilles dårligere i nasjonal rett enn sammenlignbare rettigheter uten EØS-tilknytning.

6.3.2 Gjeldende rett

Lov om offentlig støtte inneholder ingen særskilt bestemmelse om foreldelse. Loven gir imidlertid Kongen hjemmel til å fastsette slike bestemmelser, jf. § 5 tredje ledd. Det fremgår av forarbeidene til bestemmelsen at det nettopp var tiårsbegrensningen i ESAs kompetanse til å pålegge tilbakeføring, jf. artikkel 15 i del II av ODA Protokoll 3, man ønsket å ta høyde for.⁵⁷

Den EØS-rettslige tiårsfristen for å kreve tilbake ulovlig støtte er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om EØS-prosedyreregler. Bestemmelsen representerer etter sin ordlyd kun en begrensning i ESAs kompetanse til å pålegge tilbakeføring av ulovlig støtte, og ikke en foreldelsesregel for krav om tilbakeføring. Departementet forstår også EU-domstolen slik at tiårsfristen ikke er en foreldelsesfrist.⁵⁸

Hvorvidt tiårsfristen i del II av ODA Protokoll 3 kan anses som en internrettslig foreldelsesregel, er uavklart. Mye taler for at utgangspunktet er at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte etter gjeldende rett, foreldes etter bestemmelsene i foreldelsesloven, der

⁵⁵ Se f.eks. sak C-81/10 France telecom v Kommissjonen premiss 80-82.

⁵⁶ Prosedyreforordningen fra 1999 er en kodifisering av Europakommisjonens praksis når det gjaldt håndhevingen av EF-traktaten artikkel 88. Tiårsfristen ble innført gjennom prosedyreforordningen for å styrke den rettslige forutberegneligheten, jf. prosedyreforordningens fortale avsnitt 14.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 98 (2001-2002), pkt. 3.

⁵⁸ C-349/17 Eesti Pagar premiss 109-114.

hovedregelen er at kravet foreldes tre år etter at fordringshaveren tidligst hadde rett til å kreve oppfyllelse. Høyesterett fastslo i Hydro/Søral-saken at støttegivers krav om tilbakeføring med hjemmel i støtteloven § 5 først ga rett til oppfyllelse når vedtak om tilbakeføring var fattet, og at treårsfristen begynte å løpe fra dette tidspunktet.⁵⁹

Rettstilstanden er imidlertid fremdeles ikke avklart på alle punkter, noe som har vært fremhevet i juridisk litteratur. Departementet ser derfor behov for å klargjøre disse spørsmålene i lovforslaget.

6.3.3 Nordisk rett

Sverige

Etter svensk rett er utgangspunktet at den alminnelige foreldelsesregelen i preskripsionslagen kommer til anvendelse på krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, jf. lag om tillämpning av Europeiska unionens stasstödsregler § 5. Det følger videre av § 5 at foreldelsesfristen avbrytes dersom Kommisjonen tar opp saken i henhold til Artikkel 17 nr. 2 i prosedyreforordningen. Dermed er de handlingene som etter prosedyreforordningen er fristavbrytende for Kommisjonens tiårsfrist for å pålegge tilbakeføring, også gjort fristavbrytende for foreldelsesfristen etter preskripsionslagen. Ettersom den alminnelige foreldelsesfristen etter svensk rett er ti år, hvilket samsvarer med tiårsfristen for Kommisjonens kompetanse til å pålegge tilbakeføring, sikrer denne løsningen et EU-konformt resultat.

Danmark

Det finnes ikke særlige foreldelsesregler i dansk rett for tilbakeføringskrav med rettslig grunnlag i EUs regler om offentlig støtte (iverksettelsesforbudet), herunder krav som springer ut av et vedtak om ulovlig støtte fra Kommisjonen. Slike krav foreldes dermed etter alminnelige danske foreldelsesregler. Den alminnelige foreldelsesfristen i dansk rett er tre år. Fristen løper i utgangspunktet fra det tidspunkt fordringshaveren tidligst kunne kreve oppfyllelse, men dersom fordringshaveren ikke var kjent med fordringen eller skyldneren, løper fristen først fra det tidspunkt da fordringshaveren fikk eller burde ha fått kjennskap til denne.

For tilbakeføringskrav hjemlet i konkurreløven § 11 A etter brudd på de danske støttereglene gjelder det imidlertid en foreldelsesfrist på fem år fra det tidspunktet støtten ble "udbetalt". Dette innebærer at krav om tilbakeføring etter den danske konkurreløven vil være foreldet før Kommisjonens tiårsfrist for å pålegge tilbakeføring er utløpt. Ettersom tilbakeføringskrav etter konkurreløven § 11 A normalt vil gjelde tiltak som ikke er omfattet av EUs støtteregelverk, vil det neppe være problematisk at slike krav foreldes før Kommisjonens kompetanse til å pålegge tilbakeføring er utløpt.

Finland

I Finland avskjæres offentlige myndigheter fra å fatte vedtak om tilbakeføring ti år etter at støtten eller den siste posten av denne ble utbetalt.⁶⁰

⁵⁹ Rt. 2013 s. 1665, blant annet avsnitt 38.

⁶⁰ Se § 28 i [Statsunderstöds lag av 27. juli 2001 nr. 688](#).

Island

Island har ingen særskilte foreldelsesregler for krav knyttet til tilbakeføring av støtte. De planlegger imidlertid å innføre regler i tråd med tiårsfristen i del II av ODA Protokoll 3.

6.3.4 Departementets vurdering

Når det gjelder foreldelse av krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, er rettstilstanden uklar på enkelte punkter. Departementet foreslår at dette klargjøres gjennom en egen bestemmelse i § 12 om adgangen til å fremme krav om tilbakeføring og foreldelse av kravet.

EØS-retten oppstiller ingen generell foreldelsesfrist for krav om tilbakeføring. EU-domstolen har i storkammer fastslått at slike krav foreldes etter nasjonal rett.⁶¹ Nasjonale foreldelsesregler må imidlertid ikke stå i veien for gjennomføringen av ESA-vedtak med pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte, og ellers ikke gjøre det uforholdsmessig vanskelig å gjennomføre tilbakeføring der støttegiver fremmer krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, uten at ESA først har fattet vedtak. Det følger av det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet at man heller ikke kan ha foreldelsesregler som innebærer at tilbakeføringskrav stilles dårligere i nasjonal rett enn sammenlignbare krav uten EØS-rettslig tilknytning.

Departementet foreslår i § 12 annet ledd, at hovedregelen skal være at krav om tilbakeføring av ulovlig støtte hjemlet i støtteloven, foreldes etter bestemmelsene i foreldelsesloven, og at foreldelsesfristen løper fra tidspunktet da støttemottaker fattet enkeltvedtak om tilbakeføring. Dette innebærer at hovedregelen vil være at støttegivers krav vil være foreldet tre år etter at støttegiver har fattet vedtak om tilbakeføring av støtten. Støttegivers tilbakeføringskrav mot støttemottaker oppstår først når støttegiver fatter enkeltvedtak om kravet, og kan først kreves oppfylt etter dette. Det er derfor nærliggende med en foreldelsesfrist som løper fra vedtakstidspunktet. Dette er løsningen Høyesterett kom frem til i Hydro-/Søral-saken, som nettopp gjaldt foreldelse av krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. En eventuell tidligere friststart, f.eks. fra tildelingstidspunktet, kunne medføre at kravet ville være foreldet før det i det hele tatt hadde oppstått, eller kunne gjøres gjeldende.

Departementet mener at tre år normalt bør gi støttegiver tilstrekkelig tid til å inndrive kravet. Både kravets størrelse og hvem kravet skal rettes mot, vil måtte være fastslagt når støttegiver fatter enkeltvedtak og foreldelsesfristen dermed begynner å løpe.

Foreldelsesfristen avbrytes i henhold til reglene i foreldelsesloven. Støttegiver vil dermed blant annet kunne avbryte fristen ved å anlegge søksmål mot støttemottaker. Departementet mener det er behov for en særskilt regel om fristavbrytelse, ved siden av bestemmelsene i foreldelsesloven, som gir berørte tredjeparter en mulighet til å avbryte foreldelsesfristen. Dette skyldes blant annet at støttegiver normalt har ønsket å gi støtten, og at insentivene til å inndrive kravet dermed kan være svakere enn ved andre typer fordringer. Departementet foreslår derfor en bestemmelse i § 12 annet ledd tredje punktum, som fastslår at søksmål anlagt av tredjepart mot støttegiver om tilbakeføringsplikten etter lovens § 11 har samme virkning som søksmål etter foreldelsesloven § 15. En slik regel vil forhindre at et eventuelt krav om tilbakeføring av ulovlig støtte som gjøres gjeldende av en berørt tredjepart, foreldes i påvente av en rettslig avklaring mellom støttegiver og støttemottaker om tilbakeføringsplikten eller på grunn av passivitet fra støttegivers side.

Konsekvensen av en foreldelsesfrist som først begynner å løpe når støttegiver fatter enkeltvedtak om kravet, er at foreldelsesregelen ikke setter noen ytre tidsmessig begrensning

⁶¹ C-349/17 Eesti Pagar premiss 108.

på hvor lenge krav kan gjøres gjeldende, eller hvor langt tilbake i tid et tilbakeføringskrav kan strekke seg. Dette er uproblematisk der tilbakeføring skjer etter § 11 for å etterkomme et pålegg fra ESA, ettersom ESAs vedtak da vil sette rammene for kravets omfang⁶² og en klar gjennomføringsfrist.

Når det gjelder tilbakeføringskrav hjemlet i støtteloven, som ikke baserer seg på et ESA-vedtak, stiller det seg annerledes. Uten en særskilt lovbestemmelse som begrenser adgangen til å kreve tilbake ulovlig støtte, vil støttegiver etter § 11 ha både plikt og rett til å kreve tilbake all ulovlig støtte, med de unntak som følger av § 11 tredje ledd, uavhengig av hvor langt tilbake i tid støtten ble ytt. Fraværet av en tidsbegrensning vil svekke støttemottakers innrettelse og gi lite forutsigbarhet.

For å ivareta hensynet til støttemottakers rettsstilling foreslår departementet i § 12 første ledd å innføre en tidsbegrensning i støttegivers adgang til å fremme krav mot støttemottaker etter støtteloven § 11, i de tilfeller der kravet ikke fremmes for å oppfylle et pålegg fra ESA om tilbakeføring.

Departementet foreslår at adgangen til å fremme krav begrenses til tre år etter at støtten er ytt. Dette innebærer at støttegiver ikke kan fremme krav overfor støttemottaker om tilbakeføring dersom det har gått mer enn tre år siden tildelingstidspunktet. Tre år er den alminnelige foreldelsesfristen i norsk rett, og derfor et nærliggende utgangspunkt for en tidsmessig begrensning av krav også på støtteområdet. Dermed gis innrettelseshensynet og hensynet til forutberegnelighet samme gjennomslag ved tilbakeføringskrav etter støtteloven som ved pengekrav som fremmes ved påkrav og foreldes etter hovedregelen i foreldelsesloven.

Samtidig representerer bestemmelsen en størrelsesmessig begrensning for tilbakeføringskrav som ikke bygger på et ESA-vedtak, ettersom støttegivers krav kun kan omfatte ulovlig støtte som er ytt inntil tre år tilbake i tid fra det tidspunktet da kravet fremmes. Det er et viktig poeng at norske myndigheter ikke har kompetanse til å avgjøre med bindende virkning om ulovlig støtte materielt sett er forenlig med EØS-avtalen. Denne kompetansen er lagt eksklusivt til ESA. I motsetning til krav basert på ESA-vedtak vil derfor denne typen tilbakeføringskrav potensielt omfatte "EØS-forenlig" støtte, som altså ville være akseptabel ut fra et rent EØS-konkurransperspektiv. For slik "EØS-forenlig" støtte gjør ikke hensynene bak tilbakeføringsplikten, nemlig å reparere uakseptable konkurransevriddinger i markedet, seg like sterkt gjeldende som for EØS-uforenlig støtte. Det er derfor etter departementets syn gode grunner til å begrense omfanget av slike krav i større grad enn for tilbakeføringskrav basert på ESA-vedtak. Sistnevnte kan omfatte ulovlig støtte ytt inntil ti år tilbake i tid fra det tidspunktet ESA tok tak i saken, men vil til gjengjeld begrense seg til den delen av støtten som er uforenlig med EØS-avtalen, jf. artikkel 15 i del II av ODA Protokoll 3. Departementet vil påpeke at treårsfristen for å fremme krav overfor støttemottaker ikke berører adgangen til å klage til ESA. ESA kan også på eget initiativ velge å åpne sak i tilfeller hvor norske myndigheter krever tilbakeføring tre år tilbake i tid, og hvor ESA finner dette utilstrekkelig. Dersom ESA skulle fatte vedtak med pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte, vil støttegiver kunne fremme krav mot støttemottaker i henhold til § 11 for å oppfylle ESAs vedtak.

På samme måte som ved foreldelse mener departementet at det er behov for en særskilt fristavbrytelsesadgang for tredjepart, for å sikre denne en mulighet til å forhindre at støttegivers adgang til å fremme krav mot støttemottaker går tapt ved passivitet fra støttegivers side, eller i påvente av en eventuell rettslig avklaring av tilbakeføringsplikten.

⁶² Jf. blant annet 10-årsbegrensningen i ESAs kompetanse til å pålegge tilbakeføring som følger av ODA Protokoll 3 del II artikkel 15.

Derfor foreslår departementet i § 12 første ledd tredje punktum at treårsfristen i § 12 første ledd første punktum "fryses" inntil endelig avgjørelse foreligger, dersom tredjepart reiser søksmål mot støttegiver om tilbakeføring av ulovlig støtte.

Departementet bemerker i den forbindelse at tredjeparter neppe vil ha rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3 til å fremme slike krav for domstolene, dersom støttegivers adgang til å fremme krav overfor støttemottaker først er gått tapt, f.eks. der treårsbegrensningen i § 12 første ledd er inntrådt, eller der kravet er foreldet. Kravet vil i så fall trolig mangle aktualitet, slik at søksmålsbetingelsene i tvisteloven § 1-3 ikke er oppfylt. Tredjeparter kan i slike tilfeller klage til ESA, som kan pålegge tilbakeføring dersom de finner at støtten er ulovlig og uforenlig med EØS-avtalen.

7 Endring av eksisterende støtteordninger i tråd med vedtatte hensiktsmessige tiltak

7.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

Det følger av del I av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) at EFTA-statene og ESA skal samarbeide om kontrollen med eksisterende støtteordninger. Prosedyren for dette finnes i del II av ODA Protokoll 3, som er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-prosedyreforskriften.⁶³

ESA har til oppgave å overvåke eksisterende støtteordninger. Dette fremgår av artikkel 62 i EØS-avtalen og artikkel 1 i del I av ODA Protokoll 3. Dersom de anser at en eksisterende ordning ikke (lenger) er i samsvar med EØS-retten, foreslår ESA justeringer («hensiktsmessige tiltak») i støtteordningen for å bringe den i samsvar med regelverket. ESA foreslår også hensiktsmessige tiltak når det vedtas nye retningslinjer om forenlig støtte. Slike hensiktsmessige tiltak vil gjelde for alle støtteordninger som er godkjent på grunnlag av de aktuelle retningslinjene. Prosedyren for ESAs overvåking av eksisterende støtte er nærmere regulert i del II av ODA Protokoll 3.

Dersom Norge aksepterer ESAs forslag til hensiktsmessige tiltak, enten i nye retningslinjer eller i en konkret sak, påtar myndighetene seg å tilpasse den/de berørte støtteordningene i henhold til tiltakene. Staten er rettslig bundet av aksepten. Hvis støtteordningene ikke tilpasses de aksepterte tiltakene innen den fastsatte fristen, vil støtten gå over til å bli ny støtte. Alle fremtidige utbetalinger av støtte som skjer under ordningen anses da som ulovlig støtte. Dette er fordi det følger av iverksettelsesforbudet at ny støtte ikke kan iverksettes, uten at den har vært notifisert til og godkjent av ESA. Det gjelder altså selv om ESA i sin tid, før de hensiktsmessige tiltakene, hadde godkjent støtten.⁶⁴ Manglende tilpasning av eksisterende støtte vil dermed føre til at støtten anses som ulovlig, og kan føre til vedtak fra ESA med pålegg om tilbakeføring av ulovlig støtte, dom for traktatbrudd og erstatningsansvar overfor foretak som har lidt tap som følge av den ulovlige støtten. Departementet legger til grunn at erstatningsansvaret kan bygges på det EØS-rettslige ansvaret eller alminnelig norsk erstatningsrett.

Dersom Norge ikke aksepterer forslag til hensiktsmessige tiltak, vil ESA innlede formell prosedyre for å undersøke den/de aktuelle ordningene nærmere. Som ved andre formelle undersøkelsesprosedyrer vil dette resultere i et vedtak om ordningens forenlighet med EØS-avtalen. ESA kan komme til at ordningen er forenlig med EØS-avtalen og dermed kan videreføres slik den er, eller at ordningen ikke (lenger) er forenlig med EØS-avtalen og må endres innen en gitt frist, for å kunne opprettholdes.

7.2 Gjeldende rett

Dagens lov om offentlig støtte regulerer ikke hvordan ESAs forslag om hensiktsmessige tiltak skal følges opp på nasjonalt plan. Forskrift om offentlig støtte bestemmer imidlertid at departementet kan pålegge endringer i eller opphør av støtteordninger, jf. § 5 annet ledd.

⁶³ FOR-2009-10-30-1323 Forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte.

⁶⁴ Dette var situasjonen i Rt 2013 s. 1665 (Hydro Sørøst), se avsnitt 2-5.

7.3 Nordisk rett

Ingen av de øvrige nordiske landene har uttrykkelige lovregler om oppfølgingen av Europakommisjonens/ESAs forslag om hensiktsmessige tiltak.

7.4 Departementets vurdering

Departementet har i dag kompetanse til å gripe inn for å sikre at støtteordninger endres i tråd med forslag eller pålegg om hensiktsmessige tiltak, jf. forskrift om offentlig støtte § 5 annet ledd. Det er imidlertid støttegiver som i praksis har hatt hovedansvaret for å sikre at tiltakene følges opp. Departementet har ikke benyttet den kompetansen forskriften gir. Departementet mener det er behov for en klar lovbestemmelse om oppfølgingen av hensiktsmessige tiltak, og at denne bør reflektere dagens praksis.

Departementet foreslår derfor en bestemmelse i § 8 om endring av støtteordninger, som fastslår at støttegiver har plikt til å endre eksisterende støtteordninger, om nødvendig, for å sikre at disse til enhver tid er i tråd med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Videre følger det av annet ledd, at dersom ESA har fattet vedtak om hensiktsmessige tiltak som er bindende for Norge, plikter støttegiver å gjennomføre tiltakene uten ugrunnet opphold. Det samme gjelder endringer i tråd med hensiktsmessige tiltak som er vedtatt i ESAs retningslinjer om offentlig støtte, når Norge formelt har akseptert disse. Materielle endringer i eksisterende støtteordninger kan innebære at ordningen må anses som "ny støtte" iht. EØS-regelverket, jf. definisjonen av "ny støtte" i lovforslaget § 3 femte ledd. Slike endringer vil derfor som hovedregel være underlagt meldeplikt til ESA, jf. forslaget § 4 første ledd. Endringer som består i å gjennomføre hensiktsmessige tiltak er imidlertid unntatt fra meldeplikt etter EØS-retten. De er dermed også unntatt fra meldeplikt etter lovforslaget § 4 annet ledd. For å synliggjøre at endringer i eksisterende støtte kan være meldepliktige etter loven, fastslås det i lovforslaget § 8 tredje ledd at endringer som utgjør ny støtte er meldepliktige etter § 4.

Departementet har vurdert om den nye lovbestemmelsen også skal videreføre departementets kompetanse til å pålegge avvikling eller endring av støtteordninger. Som nevnt har departementet slik kompetanse etter dagens forskrift § 5 annet ledd. Departementet mener det ikke er hensiktsmessig å videreføre denne kompetansen, da støttegiver bør sikres størst mulig handlingsrom innenfor de rammene EØS-avtalen setter. Ved forslag eller pålegg fra ESA om hensiktsmessige tiltak, vil det ofte være flere handlingsalternativer å velge mellom, og rom for skjønn knyttet til utforming av og gjennomføring av de konkrete tiltakene.

Det er støttegiver som kjenner støttetiltaket og de faktiske forholdene best, og som står nærmest til å vurdere hvordan den aktuelle ordningen best kan tilpasses. Ved behov vil departementet bistå uformelt med de støtterettslige vurderingene. Slik er ansvarsfordelingen i praksis i dag. Dersom departementet pålegger støttegiver en bestemt løsning, innskrenkes fleksibiliteten som i utgangspunktet ligger i EØS-regelverket. Departementet ser ingen tungtveiende grunner til at støttegiver skal fratras muligheten til selv å innrette sine støttetiltak på den måten han finner best, innenfor rammene av ESAs vedtak og støtteregelverket. I tillegg kommer at det er høyst usikkert hvilken rettslig status et slikt departementspålegg overfor støttegiver ville hatt. Etersom pålegget ikke ville angått rettighetene eller pliktene til private, men snarere et norsk forvaltningsorgans lovpålagte plikt til å rette seg etter EØS-avtalen, ville det ikke vært snakk om et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand.

Departementet bemerker at gjeldende retts hjemmel til å pålegge støttegiver å tilpasse eksisterende støtteordninger så langt ikke har vært benyttet. Det synes dermed ikke å være behov for en slik bestemmelse.

Departementet vil derfor ikke foreslå å videreføre bestemmelsen i forskriften § 5 annet ledd. Støttegiver vil etter § 8 ha en lovfestet plikt til å endre eksisterende støtteordninger i tråd med eventuelle forslag eller pålegg fra ESA om hensiktsmessige tiltak og Norges EØS-rettslige forpliktelser for øvrig. Departementet vil fortsatt ha mulighet til å gjøre støttegiver oppmerksom på denne forpliktelsen, og vil om nødvendig også i prinsippet kunne kreve at støttegiver oppfyller sin lovpålagte plikt ved hjelp av domstolene.

8 Kontrollbesøk fra ESA

8.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

ESA har rett til å gjennomføre kontroller hos et foretak dersom de er i alvorlig tvil om et vedtak de har truffet, vedrørende individuell støtte, blir etterfulgt. Formålet med kontrollen er å undersøke om forutsetningene for godkjenning av støtten er til stede i praksis. Reglene om ESAs adgang til å utføre stedlig kontroll finnes i artikkel 22 i ODA protokoll 3 del II, som gjennomfører prosedyreforordningen fra 1999 i EFTA-pilaren.

8.2 Gjeldende rett

ODA protokoll 3 del II er gjennomført i norsk rett som forskrift, hjemlet i lov om offentlig støtte. Bestemmelsen om ESAs kontroller hos norske foretak, som fremgår av artikkel 22 i ODA protokoll 3 del II, ble i tillegg gjennomført uttrykkelig i lov om offentlig støtte § 3, ettersom støttelovens forskriftshjemmel ikke ble ansett som dekkende hjemmel for regler om kontrollbesøk hos støttemottakere.⁶⁵

Ifølge § 3 skal norske myndigheter, etter å ha hatt anledning til å framlegge sine merknader, tillate ESA å foreta kontroller på stedet. ESA kan kreve adgang til eiendom som tilhører det aktuelle foretaket, be om muntlige forklaringer på stedet, kontrollere bøker og andre forretningspapirer samt ta eller be om kopier. Departementet har rett til å være til stede ved slik kontroll og peke ut nasjonale eksperter til å delta ved ESAs undersøkelser.

Det følger av § 4 at kontrollen etter § 3 bare kan foretas hvis retten har truffet beslutning om adgang til bevissikring. Begjæring fremsettes av Konkurransetilsynet, som også kan kreve at politiet bistår ESA med å iverksette beslutning om bevissikring. Etter § 4 siste ledd kan Kongen fastsette nærmere regler for bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon.

8.3 Nordisk rett

Sverige har egne regler om kontrollbesøk i sin støttelov.⁶⁶ Loven bestemmer at der Europakommisjonen har truffet beslutning om kontrollbesøk etter prosedyreforordningen, har de rett til å få bistand fra Kronofogdemyndigheten (som har likhetstrekk med namsmyndighetene i Norge) for å få adgang til eiendom som tilhører det aktuelle foretaket, kontrollere regnskap og andre forretningspapirer samt ta eller be om kopier av disse.

I *Finlands* støttelov⁶⁷ er det også gitt regler om at Kommisjonen har rett til å foreta kontrollbesøk hos foretak, etter reglene i prosedyreforordningen. Kommisjonens underrettelse om kontrollbesøk skal ifølge loven rettes mot Arbets- og næringsministeriet, som kan gi merknader ved behov. Ministeriet har videre ansvar for å underrette det aktuelle foretaket om kontrollbesøket. Tjenestemenn fra ministeriet kan være til stede under kontrollbesøket. Den samme retten har tjenestemenn som representerer støttegiver.

Danmark har ikke nasjonale regler om kontrollbesøk fra Kommisjonen i støttesaker.

⁶⁵ Se Ot.prp.nr.98 (2001-2002) kapittel 2.2.

⁶⁶ Se § 13 i lag (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler.

⁶⁷ Se § 3 i lag 28.3.2001/300 om tillämpning av vissa av Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd.

Ifølge den *islandske* konkurranseloven kan ESA foreta kontrollbesøk hos foretak⁶⁸ så langt dette følger av protokollen til ODA-avtalen.

8.4 Departementets vurdering

Forpliktelsen til å sørge for at ESA kan foreta kontroller hos norske foretak i nærmere bestemte tilfeller, fremgår av artikkel 22 i del II av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA). Det er behov for bestemmelser i loven som sikrer at Norge overholder denne forpliktelsen.

Departementet foreslår derfor at §§ 3 og 4 i dagens lov om offentlig støtte, som regulerer kontrollbesøk fra ESA, videreføres i den nye støtteloven, i §§ 9 og 10. Det foreslås imidlertid enkelte endringer i ordlyden i § 9 sammenlignet med dagens § 3. Endringene skal bidra til å klargjøre hvem som er forpliktet etter loven, hva forpliktelsene innebærer og når de inntreffer. Forslagene skal ikke medføre noen realitetsendring sammenlignet med dagens regler.

Det følger av forslag til § 9 første ledd at departementet etter å ha hatt anledning til å fremlegge sine merknader, skal tillate EFTAs overvåkingsorgan å foreta stedlig kontroll, dersom overvåkingsorganet er i alvorlig tvil om vedtak det har truffet om individuell støtte etterloves. Bestemmelsen er en videreføring av dagens lov § 3 første ledd, som er direkte basert på ordlyden i artikkel 22 i ODA protokoll 3 del II.

I annet ledd presiseres støttemottakers plikter under kontrollbesøket, slik disse er angitt i artikkel 22 i ODA protokoll 3 del II. Departementet foreslår at pliktene tydeliggjøres, sammenlignet med dagens § 3, ved at de settes opp i listeform. Dessuten foreslås enkelte endringer i begrepsbruken. Etter dagens § 3 annet ledd, kan ESA "kontrollere bøker og andre forretningspapirer". Begrepsbruken er en direkte oversettelse av prosedyreforordningen, som viser til kontroll av "books and other business records". En mer treffende oversettelse av "books" i denne sammenhengen, er imidlertid "regnskap", slik også prosedyreforordningen har blitt formulert på svensk ("räkenskaperna och andra affärshandlingar").⁶⁹ Departementet foreslår derfor å erstatte "bøker" med "regnskap" i den nye loven. Dette vil bedre forklare hvilken type dokumenter ESA kan kreve. Videre foreslår departementet å erstatte begrepet "forretningspapirer" med det mer formatnøytrale "forretningsdokumenter". Dette vil gjøre det klarere at også elektronisk lagret informasjon er omfattet.

Forslagets tredje ledd er en videreføring av dagens § 3 tredje ledd, som fastslår departementets rett til å være til stede ved ESAs kontroller og til å peke ut representanter som kan delta ved kontrollen.

Det følger av dagens lov § 4 at stedlig kontroll kun kan foretas dersom retten har truffet beslutning om adgang til bevissikring. Nærmere regler om beslutning om bevissikring er gitt i samme bestemmelse. Departementet foreslår at bestemmelsen videreføres i ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte § 10. Kongens forskriftshjemmel i bestemmelsens siste ledd foreslås lagt til departementet og flyttet til § 14 om forskrifter.

⁶⁸ Se Competition Law No. 44/2005 Artikkel 22.

⁶⁹ Se Artikkel 27 nr.2 bokstav c i Rådsforordning (EU) 2015/1589 av 13. juli 2015. Svensk utgave er tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R1589&from=EN>.

9 Privat håndheving av iverksettelsesforbudet

9.1 Norges EØS-rettslige forpliktelser

9.1.1 Innledning

Det er et generelt EØS-rettslig prinsipp at private skal ha adgang til en effektiv beskyttelse av sine rettigheter etter EØS-retten. Dette er blant annet fastslått av EFTA-domstolen i sak E-11/12 *Koch*. De prosessregler og sanksjoner som nasjonale domstoler anvender for å håndheve EØS-retten, må ikke gjøre slik håndheving urimelig vanskelig eller praktisk umulig (effektivitetsprinsippet).⁷⁰ Videre kreves det at beskyttelsen av EØS-rettigheter ikke skal være mindre gunstig enn reglene som gjelder for håndheving av tilsvarende nasjonal lovgivning (ekvivalensprinsippet).⁷¹ Når det gjelder håndheving av reglene om offentlig støtte, er både de EØS-rettslige kravene og nasjonale domstolars rolle nærmere beskrevet i ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving av reglene om offentlig støtte.⁷²

Effektivitets- og ekvivalensprinsippet innebærer at nasjonal rett må sikre private parter en reell mulighet til å håndheve sine rettigheter etter iverksettelsesforbudet ved nasjonale domstoler, og at denne muligheten må være like god som for tilsvarende nasjonale regler. De rettigheter som kan utledes fra iverksettelsesforbudet omfatter krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, krav om at støtte skal kjennes ulovlig, krav om at utbetaling av støtte skal stanses og krav på erstatning. I tillegg følger det av ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving at det også skal være mulig for tredjeparter å håndheve sine rettigheter ved hjelp av krav om midlertidig forføyning.⁷³

I det følgende vil det bli redegjort for hvilke krav EØS-retten stiller til privat håndheving ved brudd på iverksettelsesforbudet, hvordan dette er regulert i gjeldende rett, og om det er behov for særreguleringer om privat håndheving i den nye loven.

9.1.2 Tilbakeføring av ulovlig støtte

EØS-retten krever at nasjonal rett sikrer tredjeparter en adgang til å fremme søksmål om tilbakeføring av ulovlig støtte. Dette er slått uttrykkelig fast av EU-domstolen⁷⁴ og lagt til grunn i ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving punkt 1.2.2. Det følger av EØS-retten at nasjonale domstoler kun kan prøve spørsmålet om hvorvidt støtte er utbetalt i strid med iverksettelsesforbudet, og om støtten dermed er ulovlig. Nasjonale domstoler kan

⁷⁰ Se sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf, EFTA Ct. Rep. [2002], s. 240, avsnitt 33, sak 33/76 Rewe [1976] Sml 1989, sak 45/76 Comet [1976] Sml 2043 og sak 79/83 Harz [1984] Sml 1921.

⁷¹ Se sak E-4/01 Karl K. Karlsson hf, EFTA Ct. Rep. [2002], s. 240, avsnitt 33, sak 33/76 Rewe [1976] Sml 1989, sak 158/80 Rewe [1981] Sml 1805, sak 199/82 San Giorgio [1983] Sml 3595 og sak C-231/96 Edis [1998] Sml I-4951.

⁷² EFTA Surveillance Authority decision No 254/09/COL amending, for the 71st time, the procedural and substantive rules in the field of state aid by introducing a new chapter on enforcement of state aid law by national courts, OJ L 115.⁷³ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving punkt 1.2, avsnitt 25.

⁷³ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving punkt 1.2, avsnitt 25.

⁷⁴ Sak C-39/94 SFEI v La Poste [1996] ECR I-3547 (ECLI:EU:C:1996:285), prem. 68-71.

derimot ikke prøve om støtten er forenlig med EØS-avtalen.⁷⁵ Sistnevnte spørsmål kan kun prøves av Europakommisjonen og EFTAs overvåkingsorgan. Det er imidlertid tilstrekkelig for en nasjonal domstol å konstatere at iverksettelsesforbudet er brutt, for å kunne pålegge tilbakeføring av den ulovlige støtten. Dersom det på domstidspunktet foreligger et ESA-vedtak som fastslår at den ulovlige støtten er forenlig med EØS-avtalen, bortfaller imidlertid domstolens plikt til å pålegge tilbakeføring. Det vil dermed være mulig for støttegivere å forhindre en nasjonal dom om tilbakeføring ved å notisere den ulovlige støtten til ESA og få et vedtak om at støtten er forenlig med EØS-avtalen, før et eventuelt nasjonalt søksmål om støttens lovlighet må avgjøres av domstolen. Det faktum at et tilfelle av påstått statsstøtte er gjenstand for en ESA-prosess, fritar ikke domstolen fra plikten til å håndheve iverksettelsesforbudet dersom det reises søksmål.⁷⁶ Det fremgår imidlertid av ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving, at dersom domstolen ønsker å avvende ESAs vedtak før det fattes en endelig dom om tilbakeføring i saken, må det gis passende midlertidige forføyninger som ivaretar saksøkers rettigheter. ESA trekker frem midlertidig tilbakeføring til sperret konto som et mulig alternativ.⁷⁷

Det kan reises spørsmål ved om EØS-retten stiller krav til *hvem* det skal kunne reises søksmål mot. Er det tilstrekkelig at nasjonal rett åpner for søksmål om tilbakeføring mot *støttegiver* eller *staten*, eller må det også kunne reises søksmål mot *støttemottaker*?

Spørsmålet ble vurdert av svenske myndigheter i forbindelse med utarbeidelsen av ny svensk lov om offentlig støtte i 2014.⁷⁸ Sverige konkluderte med at en søksmålsadgang overfor støttemottaker ville gå lengre enn det EU-retten krevde, og valgte å avskjære tredjeparters mulighet for søksmål mot støttemottaker i loven.

Det faktum at iverksettelsesforbudet og den EØS-rettslige tilbakeføringsplikten retter seg mot norske myndigheter og ikke støttemottaker, taler i seg selv for at en søksmålsadgang overfor støttegiver vil være tilstrekkelig for å møte de kravene EØS-avtalen stiller. Et slikt resonnement synes i hvert fall å være lagt til grunn når det gjelder adgangen til å fremme erstatningssøksmål ved brudd på iverksettelsesforbudet, der det er på det rene at EØS-avtalen ikke krever at nasjonal rett gir søksmålsadgang overfor støttemottaker.⁷⁹ Departementet mener at det er vanskelig å se at EØS-retten krever at tredjeparter skal kunne reise søksmål mot støttemottaker etter nasjonal rett.

9.1.3 Søksmål om at støtte skal kjennes ulovlig eller om stans i iverksettelse eller utbetaling av støtte

Det følger av EØS-retten at private også må kunne gå til domstolen med påstand om at støtten skal kjennes ulovlig, men uten å legge ned påstand om tilbakeføring. Et eksempel er Synnøve Finden-saken.⁸⁰ Saksøker, Synnøve Finden, la der ned påstand om at deler av

⁷⁵ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving punkt 1.1.3 avsnitt 17. jf. sak C-199/06 *CELF and Ministre de la Culture et de la Communication*.

⁷⁶ Se sak C-39/94 *SFEI and Others*, paragraf 44.

⁷⁷ ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving, punkt 59.

⁷⁸ SOU 2011:69, s. 107.

⁷⁹ Se sak C-39/94 *SFEI v La Poste* [1996] ECR I-3547 (ECLI:EU:C:1996:285), avsnitt 52.

⁸⁰ Saksnr 15-076450TVI-OTIR/07.

distribusjonstilskuddet i prisutjevningsordningen for melk utgjorde ulovlig støtte. Synnøve Finden la derimot ikke ned påstand om at den ulovlige støtten måtte tilbakeføres.⁸¹

Private må også ha mulighet til å gå til en nasjonal domstol for å forhindre at ulovlig støtte utbetales.⁸² Departementet antar at dette må innebære at private enten kan fremme krav om at en støtteordning ikke skal iverksettes fordi den er ulovlig, eller at videre utbetalinger under en allerede iverksatt støtteordning skal opphøre.

9.1.4 Midlertidig forføyning

EØS-retten krever at private skal ha mulighet til å få midlertidig forføyning for å avverge de negative virkningene av ulovlig støtte i påvente av en endelig avgjørelse om støttenes lovlighet. Dette er uttrykkelig fastslått i ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av reglene om offentlig støtte.⁸³

Midlertidige forføyninger vil ikke bare kunne være aktuelle for å hindre utbetaling av ulovlig støtte, men også for å sikre midlertidig tilbakeføring.⁸⁴

Det følger av EU-domstolens praksis at nasjonale domstoler kan ha plikt til å beslutte midlertidige forføyninger innenfor rammene av intern prosessrett der den nasjonale domstolen etter en foreløpig vurdering ikke har grunn til å tvile på at tiltaket utgjør ulovlig støtte, og det ikke ellers er særlige forhold som taler mot tilbakeføring.⁸⁵

9.1.5 Krav på erstatning

Det er sikker EØS-rett at private kan ha krav på erstatning for tap som skyldes EFTA-statenes brudd på EØS-retten, og at slike erstatningskrav må kunne fremmes for nasjonale domstoler.⁸⁶ Det EØS-rettslige erstatningsansvaret er anerkjent i norsk rett.⁸⁷ De tre vilkårene som må være oppfylt for at staten skal være erstatningsansvarlig etter det EØS-rettslige erstatningsansvaret, er for det første at regelen som er brutt, har til formål å gi private rettigheter, og at det fremgår klart hvilken rettighet det er. For det andre må statens forsømmelse være "tilstrekkelig kvalifisert". For det tredje må det være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skade som er påført skadelidte.⁸⁸

⁸¹ Synnøve Finden la først ned påstand med krav om at staten måtte kreve tilbake den ulovlige støtten, men endte med å trekke denne påstanden.

⁸² Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av statsstøtteregele punkt 1.2.1.

⁸³ ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av statsstøtteregele avsnitt 53.

⁸⁴ Se ESAs retningslinjer avsnitt 56 flg.

⁸⁵ Sak C-1/09 CELF II, ECLI:EU:C:2010:136 (11. mars 2010), premiss 36-38.

⁸⁶ Forente saker C-6 og 9/90 Francovich og Bonifaci v Italia [1991] ECR I-1029. For EØS-avtalen se sak E-9/97 *Erla María Sveinbjörnsdóttir v Island*, REC 1998 s. 95 og sak E-4/01 *Karl K. Karlsson hf. v Island*, REC 2002 s. 240.

⁸⁷ Se Rt 2005 s. 1365 (Finanger II) og Rt 2010 s. 1500 (Elkem AS mfl).

⁸⁸ Se Rt 2012, s. 1793 (Nguyen-saken) og TOSLO-2010-45497 (Norfrakalk-saken).

ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving omtaler nærmere vilkårene for EFTA-statenes erstatningsansvar ved brudd på iverksettelsesforbudet.⁸⁹ ESAs retningslinjer utdyper også hva slags tap det kan være aktuelt å kreve erstattet i ulike tapssituasjoner.

EØS-retten stiller ikke krav om at det skal kunne kreves erstatning fra støttemottaker.⁹⁰

9.1.6 Hvem kan reise søksmål

I retningslinjene om nasjonale domstolars håndheving uttaler ESA seg også om enkelte prosessuelle spørsmål, og understreker at effektivitets- og ekvivalensprinsippene også gjelder her. Utgangspunktet her som ellers er imidlertid at det er de nasjonale prosessreglene som gjelder, og at medlemsstatene har såkalt prosessuell autonomi.

Det er på det rene at EØS-avtalen ikke stenger for nasjonale regler om rettslig interesse, men kravene må ikke være så strenge at de i realiteten undergraver retten til en effektiv rettighetsbeskyttelse.⁹¹ Kravene EØS-retten stiller til nasjonal rett, med hensyn til hvem som skal kunne håndheve iverksettelsesforbudet, vil variere med hva slags krav som fremmes. Gjelder det erstatningsansvar, vil kretsen av beskyttede sannsynligvis være snevrere, enn dersom det for eksempel gjelder stansing/midlertidig forbud mot støtteutbetalinger. Det fremgår av ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving, at ikke alle private parter representerer interesser i samsvar med støttereglene. Det er likevel neppe grunnlag for å hevde at EØS-avtalen krav til rettslig interesse-begrepet prinsipielt begrenser seg til foretak som faktisk rammes av en vridning i konkurransen.⁹²

9.2 Gjeldende rett

9.2.1 Innledning

Offentlig støtte-loven inneholder ikke regler om søksmål fra private på grunnlag av støttereglene. Nedenfor omtales de generelle prosessreglenes rammer for søksmål om tilbakeføring, stansing, erstatningsansvar, midlertidig forføyning og søksmålskompetanse i saker som gjelder offentlig støtte.

9.2.2 Tilbakeføring av ulovlig støtte

EØS-avtalen krever at nasjonale domstoler skal kunne gi dom på tilbakeføring også ved søksmål anlagt av private, og også midlertidig sikre slike krav, dersom det er grunnlag for det.

Plikten til å kreve tilbake ulovlig støtte følger ifølge EU-domstolen direkte av iverksettelsesforbudet. Det er dermed ikke nødvendig med et vedtak fra ESA som pålegger tilbakeføring, for at plikten skal inntre.⁹³ Siden iverksettelsesforbudet er gjennomført i norsk rett, og rettsfølgen av brudd på iverksettelsesforbudet er tilbakeføring, betyr dette at støttegiver er forpliktet til å reparere bruddet på iverksettelsesforbudet. Nasjonale domstoler er i medhold av effektivitetsprinsippet forpliktet til å håndheve iverksettelsesforbudet innenfor

⁸⁹ ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving av statsstøttereglene, pkt.1.2.4.

⁹⁰ Se sak C-39/94 SFEI v La Poste, [1996] ECR I-3547, premissene 73-75.

⁹¹ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolars håndheving av statsstøttereglene punkt 1.4.2.

⁹² ESAs retningslinjer punkt 1.4.2.

⁹³ Jf. sak C-349/17 Eesti Pagar.

rammene av nasjonal prosessrett. Dermed vil en konkurrent kunne anlegge søksmål mot støttegiver med påstand om at ulovlig tildelt støtte skal kreves tilbake, direkte basert på iverksettelsesforbudet slik det er gjennomført i norsk rett i lov om offentlig støtte og i forskrift om EØS-prosedyreregler § 1.

Iverksettelsesforbudet alene gir neppe grunnlag for søksmål mot støttemottaker med påstand om at han har plikt til å betale støtte tilbake.

9.2.3 Søksmål om at støtte skal kjennes ulovlig eller om stans i iverksettelse eller utbetaling av støtte

Det kan tenkes at en privat part ønsker å gå til søksmål med påstand om at støtte er ulovlig, eventuelt i kombinasjon med påstand om at utbetaling av støtte skal stanses for fremtiden. Tvisteloven åpner for begge disse formene for søksmål. Private vil dermed kunne gå til søksmål med påstand om at støtte skal kjennes ulovlig på grunnlag av iverksettelsesforbudet, og kanskje også om at et eventuelt forvaltningsvedtak som implementerer støtten er ugyldig. Synnøve Finden-saken,⁹⁴ som gjaldt spørsmålet om forskrift om prisutjevningsordningen for melk innebar offentlig støtte til fordel for Q-meieriene, er et eksempel på at det ble nedlagt påstand om – og gitt dom på – at forskriften innebar ulovlig støtte gitt i strid med iverksettelsesforbudet, uten at det ble nedlagt noen påstand om tilbakeføring. Videre kan det tenkes at en privat part kan nedlegge påstand som vil innebære at en støtteordning ikke kan iverksettes eller at utbetaling av støtte forbys.

9.2.4 Midlertidig forføyning

Det kan tenkes ulike måter en tredjepart, typisk en konkurrent, kan bruke sivilt søksmål for å stanse en påstått ulovlig støttetildeling. Hvilke virkemidler som er mest aktuelle, vil avhenge av hvor i prosessen støttetiltaket står. Fordi det ofte vil være behov for snarlige tiltak for å forhindre de konkurranseskadelige virkningene av støtten, vil midlertidig forføyning kunne være et praktisk virkemiddel i støttesaker.

Når det gjelder midlertidig sikring, skiller tvisteloven mellom arrest og midlertidig forføyning.

Arrest innebærer at skyldneren fratras retten til å råde over det arresterte formuesgodet, for å sikre midler til dekning av et påstått krav. Arrest fremstår som et lite praktisk virkemiddel ved håndheving av tredjeparters rettigheter i støttesaker. For det første må krav om arrest rettes mot skyldneren for kravet som skal sikres. Det vil dermed ikke være mulig å rette et krav om arrest mot støttegiver.⁹⁵ Videre forutsetter gjeldende rett at saksøker har krav på pengekravet som skal sikres.⁹⁶ Tredjeparter vil ikke være kreditor til tilbakebetalingskravet, og har dermed i utgangspunktet ikke et pengekrav mot støttemottaker.

Tredjeparter vil imidlertid kunne be om midlertidige forføyninger. Dersom støtte ennå ikke er utbetalt, vil det kunne være aktuelt å få en midlertidig forføyning som forbyr støttegiver å utbetale midler. Dersom støtte allerede er utbetalt, vil midlertidig forføyning mot ytterligere utbetalinger og/eller midlertidig tilbakeføring av allerede utbetalte midler være særlig aktuelt

⁹⁴ Oslo tingretts dom av 12. juli 2017 Synnøve Finden; 15-076450TVI-OTIR/07.

⁹⁵ Se tvisteloven § 33-1 (2).

⁹⁶ Se tvisteloven § 32-1 (2).

for å eliminere konkurransevridningen som ligger i at støttemottaker fortsetter å ha den ulovlige støtten i sin besittelse.

9.2.5 Krav på erstatning

At staten kan bli erstatningsansvarlig for mangelfull gjennomføring av sine forpliktelser etter EØS-avtalen, ble første gang fastslått av EFTA-domstolen i sak E-9/97 Sveinbjörnsdóttir. Det er videre klargjort gjennom Høyesteretts praksis at krav om erstatning må være grunnet i det EØS-rettslige erstatningsansvaret, jf. Rt. 2005 s. 1365 Finanger II, Rt. 2010 s. 1500 (Elkem AS mfl.) og Rt 2012 s. 1793 (Nguyen). Høyesterett har i tillegg gjort det klart at det ikke er rom for et "internt" erstatningsgrunnlag som skal supplere det EØS-rettslige grunnlaget, jf. Rt. 2005 s. 1365 Finanger II og Rt. 2010 s. 1500 (Elkem AS mfl.).⁹⁷

Vilkårene for statens erstatningsansvar må bero på en fortolkning av EØS-avtalen.⁹⁸ Høyesterett har avvist at terskelen for å konstatere ansvar ligger høyere etter EØS-retten enn etter EU-retten, og fastslår dermed at praksis fra EU-domstolen har betydelig interesse.⁹⁹

Norfrakalk-saken¹⁰⁰ er et eksempel på at en konkurrent fremmet krav om erstatning fra staten for økonomisk tap som følge av brudd på iverksettelsesforbudet, i tillegg til uriktig implementering av EUs kvotehandelsdirektiv. Oslo tingrett gikk først igjennom de tre vilkårene som må være oppfylt for at staten skal være erstatningsansvarlig for brudd på EØS-retten, jf. kapittel 9.1.5 ovenfor. Oslo tingrett vurderte først hvorvidt iverksettelsesforbudet i reglene om offentlig støtte har til formål å gi private (saksøker) rettigheter, og hvorvidt staten hadde brutt iverksettelsesforbudet. Retten konkluderte med at brudd på iverksettelsesforbudet er et brudd på en EØS-regel som utvilsomt tar sikte på å gi private rettigheter. Videre fant tingretten at Norfrakalk var blant dem som iverksettelsesforbudet var ment å gi rettigheter til. Retten kom imidlertid til at iverksettelsesforbudet ikke var brutt, og ga derfor ikke Norfrakalk medhold i kravet om erstatning.

EØS-retten krever ingen regulering av spørsmålet om støttemottakers erstatningsansvar ut fra EØS-rettslige krav. Det kan imidlertid ikke utelukkes at slikt ansvar i særlige tilfeller vil kunne være aktuelt som et medvirkningsansvar etter norsk rett.¹⁰¹

9.2.6 Hvem kan reise søksmål om brudd på iverksettelsesforbudet?

For å kunne håndheve de rettighetene iverksettelsesforbudet gir ved nasjonale domstoler, må saksøker ha "rettslig interesse". Spørsmålet om rettslig interesse er avhengig av at saksøker har et "krav", samt at dette har tilstrekkelig aktualitet. Vilråene fremkommer av tvisteloven § 1-3:

"(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

⁹⁷ Se inngående Halvard Haukeland Fredriksen: Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen, Fagbokforlaget 2013.

⁹⁸ Jf. Rt. 2010, s. 1500 (Elkem AS mfl.) premiss 90.

⁹⁹ Se Rt. 2010 s. 1500 (Elkem AS mfl.) premiss 91, jf. Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II).

¹⁰⁰ Oslo tingretts dom av 8. august 2014 (Norfrakalk); TOSLO-2010-45497.

¹⁰¹ Birgitte Hagland, *Erstatningsbetingende medvirkning*, Oslo 2012, s. 312.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det."

Departementet legger til grunn at vilkåret om rettskrav vil være oppfylt for søksmål om brudd på iverksettelsesforbudet.¹⁰² Videre stiller bestemmelsens annet ledd opp et krav om sakens aktualitet og tilknytning til saksøker. Her må domstolen foreta en konkret vurdering av om vilkåret er oppfylt.¹⁰³

Effektivitetsprinsippet tilsier at reglene om rettslig interesse tolkes i samsvar med kravene i EØS-retten.¹⁰⁴

Dette ble også understreket av Høyesteretts kjæremålsutvalg i kjennelsen inntatt i Rt. 1996 s. 282, på s. 287, der utvalget uttaler at det er viktig at de prosessuelle krav for fremme av søksmål stilles slik at det ikke gjøres unødig vanskelig å få prøvet om norsk regelverk eller norske forvaltningsvedtak samsvarer med EØS-regler.¹⁰⁵

9.3 Nordisk rett

Sverige

Det følger av § 6 i den svenske loven om offentlig støtte at det kun er støttegiver som kan reise søksmål mot støttemottaker om tilbakebetaling av ulovlig støtte og renter. Ut over den begrensningen som ligger i dette, inneholder ikke den svenske loven særlige bestemmelser om tredjeparters adgang til å håndheve sine rettigheter etter iverksettelsesforbudet for nasjonale domstoler. Det fremgår av forarbeidene at behovet for slike bestemmelser ble vurdert, men at regjeringen ikke fant tilstrekkelig grunn til å foreslå dette.¹⁰⁶ Det vises i den forbindelse til at alminnelig svensk prosessrett allerede gir tredjeparter adgang til å reise søksmål om forbud mot og tilbakeføring av ulovlig støtte. Det vises også til at det med de foreslåtte bestemmelsene vil følge uttrykkelig av svensk rett at støttegiver plikter å kreve tilbake ulovlig støtte og at støttemottaker plikter å betale tilbake. Iverksettelsesforbudet har for øvrig direkte virkning i Sverige.

Loven inneholder i §§ 6 til 11 prosessuelle bestemmelser om domstolenes behandling av støttegivers søksmål mot støttemottaker om tilbakebetaling av ulovlig støtte, herunder regler om verneting, prosessform, midlertidig tilbakebetaling, sakskostnader og iverksettelse av domstolens beslutninger.

Danmark

Dansk lovgivning inneholder ikke særlige bestemmelser om privat håndheving av iverksettelsesforbudet. Iverksettelsesforbudet har imidlertid direkte virkning i Danmark, og

¹⁰² Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av statsstøtteregele punkt 1.2.

¹⁰³ Se Oslo tingretts drøftelse i Synnøve Finden-saken s. 24 og Oslo tingretts drøftelse i Norfrakalk-saken.

¹⁰⁴ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av statsstøtteregele punkt 1.4.3 avsnitt 69.

¹⁰⁵ Se også Rt. 2005 s. 597 Allseas, og Arnesen/Stenvik: Internasjonalisering og juridisk metode, 2. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 59 f.

¹⁰⁶ Prop. 2012/13:84 – *Olagligt statsstöd*, avsnitt 5.2.

gir dermed tredjeparter rettslig grunnlag for søksmål om de rettigheter og plikter som kan utledes fra bestemmelsen, innenfor rammene av dansk sivilprosessrett.

Konkurrenceloven § 11 A gir dessuten grunnlag for søksmål mot tiltak som strider mot de særdanske reglene om offentlig støtte i konkurrenceloven.

Finland

Privat håndheving av reglene om offentlig støtte i Finland skjer etter alminnelige sivilprosessregler.¹⁰⁷

Iverksettelsesforbudet har direkte virkning i Finland og representerer dermed et internrettslig grunnlag for de rettigheter tredjeparter kan utlede fra bestemmelsen.

Den finske loven om offentlig støtte pålegger dessuten støttegiver en plikt til å kreve tilbake ulovlig støtte, dersom Europakommisjonen har fattet vedtak med pålegg om tilbakeføring. Det er uklart for departementet i hvilken grad tredjeparter kan bygge krav på disse bestemmelsene.

Det finnes imidlertid flere eksempler på privat håndheving av forbudet mot offentlig støtte i Finland. Slike søksmål har i mange tilfeller vært bygget på den finske kommunallagen¹⁰⁸ som pålegger lokalmyndigheter å ta hensyn til reglene om offentlig støtte i sine beslutningsprosesser. Dersom en beslutning om å tildele støtte strider mot støttereglene, kan finske domstoler kjenne beslutningen ugyldig. Det er også mulig etter finsk rett å oppnå midlertidig forføyning for å få stanset utbetalingen av mulig ulovlig støtte.

Island

Island har ikke særlige regler om privat håndheving av reglene om offentlig støtte. Søksmål på støtteområdet er dermed regulert av alminnelige sivilprosessregler.¹⁰⁹

Muligheten for privat håndheving av reglene om offentlig støtte fremstår som uklar etter islandsk rett. Iverksettelsesforbudet er ikke uttrykkelig gjennomført i islandsk rett, og det er derfor tvilsomt i hvilken grad bestemmelsen kan tjene som rettslig grunnlag for krav som tredjeparter i henhold til EØS-retten kan utlede fra iverksettelsesforbudet. Heller ikke bestemmelsene om offentlig støtte i den islandske konkurranseloven oppstiller noe klart støtteforbud som gir et solid rettslig grunnlag for slike krav.

Konkurranseloven § 31 gir imidlertid rettslig grunnlag for å kreve tilbake ulovlig støtte, der ESA har fattet vedtak med pålegg om tilbakeføring. Loven gir ingen nærmere anvisning om hvordan støtten skal kreves tilbake. Tilbakeføringskrav foreldes etter de alminnelige foreldelsesreglene.¹¹⁰ Foreldelsesfristen er fire år fra det tidspunktet da kreditor tidligst kunne ha fremmet sitt krav mot skyldneren. Det er uvisst hvilket tidspunkt som skal legges til grunn som fristutgangspunkt for krav om tilbakeføring av ulovlig støtte. Spørsmålet har ikke vært prøvd av islandske domstoler.

Adgangen til å begjære midlertidig forføyning er begrenset under islandsk rett, og kan i prinsippet ikke benyttes mot myndighetsavgjørelser. Om det er mulig å oppnå midlertidig

¹⁰⁷ Hovedsakelig Lag 808/2019 om rättegång i förvaltningsärenden.

¹⁰⁸ Lag 410/2015 Kommunallag.

¹⁰⁹ Lög nr. 91/1991 um meðferd einkamála.

¹¹⁰ Lög nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda.

forføyning for å få stanset utbetalingen av ulovlig støtte, har ikke vært prøvd av islandske domstoler og er dermed uavklart.

Den islandske konkurranseloven § 31 avskjærer uttrykkelig adgangen til å kreve erstatning fra myndighetene for tap som skyldes brudd på støttereglene.

Det arbeides for tiden med et forslag til en islandsk lov om offentlig støtte.

9.4 Departementets vurdering

Som det er redegjort for ovenfor, gir gjeldende rett tredjeparter adgang til å håndheve de rettighetene som de etter EØS-retten kan utlede fra iverksettelsesforbudet. Søksmål om disse rettighetene kan bygges direkte på iverksettelsesforbudet, som er gjort til norsk rett ved gjennomføringen av del II av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol (ODA) i EØS-prosedyreforskriften, enten alene eller i kombinasjon med andre internrettslige regler.

Gjeldende rett gir tredjeparter adgang til å reise søksmål mot støttegiver direkte, basert på iverksettelsesforbudet og lov om offentlig støtte, for å fremtvinge tilbakeføring av ulovlig støtte. Tredjeparter kan videre kreve dom for at støtte er ulovlig, og for at utbetaling av støtte skal stanses, basert på iverksettelsesforbudet. Stans i utbetalingen og midlertidig tilbakekreving av ulovlig støtte kan kreves med hjemmel i tvistelovens regler om midlertidig forføyning, kombinert med iverksettelsesforbudet. Parter som har lidt økonomisk tap som skyldes brudd på iverksettelsesforbudet, kan kreve erstatning basert på det EØS-rettslige erstatningsansvaret.

Når det gjelder de alminnelige søksmålsbetingelsene, slik som kravet til rettslig interesse og kravet om sikringsgrunn ved midlertidige forføyninger, er det på det rene at disse i tråd med effektivitetsprinsippet må tolkes i samsvar med EØS-retten. Norsk rett gir følgelig etter departementets syn tilstrekkelig fleksibilitet til å oppfylle EØS-rettens krav med hensyn til hvem som skal kunne gå til søksmål, og hvilke vilkår som må være oppfylt for at saken skal kunne tas til behandling.

Det er departementets vurdering at gjeldende rett oppfyller de kravene EØS-avtalen stiller i forbindelse med adgangen til privat håndheving, og at en eventuell nærmere regulering i tilfelle måtte begrunnes i hensynet til en effektivisering av den private håndhevingen, ut over det som følger av de EØS-rettslige kravene. I saker som gjelder privates rettigheter etter iverksettelsesforbudet kan det være viktig for den berørte å oppnå en rask avgjørelse. Dette taler isolert sett for en vid adgang til privat håndheving, da man i mange tilfeller kan få en raskere avgjørelse ved å anlegge søksmål for domstolene enn gjennom ordinær håndheving ved ESA og EFTA-domstolen. Dette hensynet er imidlertid godt ivaretatt gjennom den relativt vide adgangen til privat håndheving som gjeldende norsk rett allerede gir, i tråd med EØS-avtalen. Departementet finner det ikke hensiktsmessig å foreslå særreguleringer om privat håndheving som går lengre enn det EØS-avtalen krever, og som dermed legger til rette for privat håndheving i større utstrekning enn i dag. Offentlig støtte er et rettsområde der ESA er gitt det primære ansvaret for håndhevingen, og der nasjonale domstolars kompetanse etter EØS-avtalen dessuten er begrenset til å vurdere spørsmålet om det er gitt støtte i strid med iverksettelsesforbudet eller ikke. Nasjonale domstoler vil dermed i motsetning til ESA ikke

kunne prøve spørsmålet om hvorvidt støtten ville være forenlig med EØS-avtalen, og slik sett er konkurransemessig akseptabel ut fra et "indre marked-perspektiv".¹¹¹

Departementet anser det tilstrekkelig å innta iverksettelsesforbudet i loven som foreslått i § 4, og videreføre EØS-prosedyreforskriften som gjør del II av ODA Protokoll 3 til norsk rett, og dermed opprettholde den håndhevingsadgangen som iverksettelsesforbudet og gjeldende rett i dag gir berørte parter.

Når det gjelder krav om tilbakeføring av ulovlig støtte, vil dette dessuten kunne bygges på de nye nasjonale særbestemmelsene om tilbakeføring som foreslås inntatt i lovens § 11.

Bestemmelsen oppstiller klare tilbakeføringsforpliktelser for støttegiver og støttemottaker, og vil gi et tydeligere rettslig grunnlag enn i dag for å gå til søksmål mot støttegiver om plikten til å kreve tilbake ulovlig støtte. Som det fremgår av ordlyden er støttemottakers tilbakebetalingsplikt betinget av at støttegiver har fremsatt krav om tilbakebetaling, og det vil derfor ikke være adgang til å reise søksmål mot støttemottaker om dennes tilbakebetalingsplikt så lenge støttegiver ikke har fremsatt krav om tilbakeføring overfor støttemottaker. Det er imidlertid etter departementets oppfatning vanskelig å se at det er et krav etter EØS-retten at nasjonal rett gir adgang til å fremme slike søksmål direkte mot støttemottaker.

Departementet har vurdert om det ville være hensiktsmessig å innføre tvungent prosessfellesskap i søksmål om brudd på iverksettelsesforbudet, slik at et eventuelt søksmål måtte rettes både mot støttegiver og støttemottaker. Dette ville bety at domstolens avgjørelse i saken ville ha rettskraftsvirkninger ikke bare overfor støttegiver, men også overfor støttemottaker. En bestemmelse om tvungent prosessfellesskap ville imidlertid være svært byrdefullt for støttemottaker, som ville risikere å bli trukket inn i en lang rettsprosess på grunn av støttegivers brudd på iverksettelsesforbudet. Departementet har derfor kommet til at det ikke er ønskelig å foreslå en slik bestemmelse.

9.5 Særlig om betydningen av ESAs vedtak i nasjonal rett

Kombinasjonen av en privat håndhevingsadgang ved nasjonale domstoler og adgangen til håndheving ved ESA og EFTA-domstolen innebærer en risiko for parallelle prosesser om ett og samme saksforhold. Det kan for eksempel oppstå tilfeller 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. Problemstillingen er om den nasjonale domstolen kan treffe avgjørelser som strider mot ESAs vedtak eller ikke. Liknende spørsmål kan oppstå ved klage etter forvaltningsloven over enkeltvedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte og i forbindelse med privatrettslige disposisjoner knyttet til forhold som er gjenstand for et ESA-vedtak.

Spørsmålet om betydningen av ESAs støttevedtak i nasjonal rett er ikke uttrykkelig regulert i gjeldende rett. Det er imidlertid på det rene at staten, herunder nasjonale domstoler, vil være folkerettslig bundet av ESAs vedtak. Det følger også av presumsjonsprinsippet at intern rett i utgangspunktet skal tolkes i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom domstolene eller andre forvaltningsorganer skulle fatte en avgjørelse som strider mot ESAs vedtak, vil Norge kunne inntre i traktatbrudd.

¹¹¹ Se ESAs retningslinjer om nasjonale domstolers håndheving av statsstøttereglene punkt 1.1.3 avsnitt 17.

Situasjonen med parallelle håndhevingsregimer er ikke unik for støtteområdet. Også reglene om indre marked kan håndheves både ved nasjonale domstoler og ved ESA/EFTA-domstolen, uten at det har vært ansett som nødvendig å vedta særreguleringer i norsk rett om betydningen av ESAs vedtak i nasjonale prosesser. På konkurranserettsområdet finnes det riktignok en bestemmelse som forbyr nasjonale domstoler å fatte avgjørelser som strider mot ESAs vedtak. Bestemmelsen stammer imidlertid fra en EU-forordning, og er dermed ikke en særnorsk bestemmelse. Det finnes ikke tilsvarende bestemmelser i EØS-regelverket på støtteområdet og følgelig ingen plikt til å innta en slik regel i norsk rett.

Departementet kan ikke se at det er grunn til å regulere betydningen av ESAs vedtak i saker om offentlig støtte i nasjonale rettsprosesser annerledes enn på andre rettsfelt der ESA og nasjonale domstoler deler håndhevingskompetansen. Departementet mener derfor at det ryddigste vil være å overlate dette spørsmålet til alminnelige prosessrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper. Effektivitetsprinsippet og den EØS-rettslige lojalitetsplikten gjelder også ved tolkningen av norsk forvaltnings- og prosessrett, og vil sikre at ESAs vedtak gis den virkning i intern rett som de i henhold til EØS-avtalen er ment å ha.

10 Regulering av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter

10.1 Gjeldende rett

Dagens lov om offentlig støtte regulerer ikke bare offentlig støtte i EØS-rettslig forstand, men også tiltak som faller innenfor virkeområdet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter. Dette følger uttrykkelig av § 1 om lovens virkeområde. De fleste bestemmelsene i loven er uttrykkelig avgrenset til tiltak som omfattes av EØS-avtalen. Loven § 2 første ledd oppstiller imidlertid en meldeplikt til departementet for tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien. Etter § 2 annet ledd kan departementet pålegge støttegiver å utarbeide rapporter over tildeling av støtte som faller innenfor både EØS-avtalen, OECD-avtalen og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter. Det følger videre av loven § 5 annet ledd at støtte som finnes å være i strid med OECD-avtalen og WTO-avtalen kan kreves tilbakeført.

10.2 Departementets vurdering

Det er fortsatt behov for en nasjonal regulering av Norges forpliktelser etter OECD-avtalen og WTO-avtalen, for å sikre at avtalene overholdes. Departementet må kunne pålegge støttegiver å rapportere om tiltak som omfattes av WTO-avtalen, for å kunne overholde rapporteringsforpliktelsene under avtalen. Departementet har også behov for hjemmel til å kreve tilbakeført ytelse som er i strid med WTO-avtalen, der dette er nødvendig for å forhindre mottiltak fra øvrige avtaleparter.

Støttelovens bestemmelser om tiltak som omfattes av OECD-avtalen, utgjør den nasjonale gjennomføringen av avtalen, og bør derfor også videreføres. En eventuell opphevelse av bestemmelsene vil ha konsekvenser for Norges ratifikasjon av avtalen. Det vil dessuten være viktig å ha den nødvendige nasjonale lovgivningen på plass dersom avtalen skulle tre i kraft.

Departementet mener det bør tydeliggjøres at den nye loven om offentlig støtte først og fremst er en EØS-lov, og at reguleringen knyttet til OECD-avtalen og WTO-avtalen bør utskytes i en egen bestemmelse i § 13. Forpliktelsene under de tre avtalene er svært ulike, og dermed lite egnet for felles regulering. Behovet for nasjonal regulering knyttet til OECD-avtalen og WTO-avtalen er dessuten svært begrenset, sammenliknet med EØS-avtalen. Ved å samle reguleringen av OECD-avtalen og WTO-avtalen i en egen bestemmelse tydeliggjøres skillet mellom støtte under EØS-avtalen og støtte under andre avtaler og de forpliktelsene som gjelder for hver av disse kategoriene.

Departementet foreslår derfor en bestemmelse i § 13 om tiltak regulert under OECD-avtalen og normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter, som viderefører og klargjør gjeldende regulering av disse avtalene.

I § 13 første ledd fastslås at tiltak som er meldepliktig i henhold til OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien, skal meldes til departementet av den som skal iverksette tiltaket.

Av forslaget § 13 annet ledd følger det at departementet kan pålegge tiltakshaver å utarbeide rapporter over iverksatte tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale

konkurransforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

Av § 13 tredje ledd fremgår det at departementet kan fatte enkeltvedtak om reversering av ytelser som er ytt i strid med OECD-avtalen eller WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

11 Forskrifter

Det er gitt fem forskrifter med hjemmel i dagens lov om offentlig støtte. Forskrift om offentlig støtte¹¹² gir nærmere bestemmelser om meldeplikt, kumulasjon av støtte, opplysningsplikt, tilbakeføring av ulovlig støtte og rapportering. Forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt¹¹³ unntar visse typer støtte fra meldeplikt til ESA, i tråd med unntakene som følger av EØS-retten. Forskrift om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte¹¹⁴ gjennomfører EØS-regler om prosedyrene i saker om offentlig støtte. Forskrift om registrering av offentlig støtte¹¹⁵ etablerer registreringsplikt for visse typer støtte, og forskrift om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte¹¹⁶ legger deler av Kongens forskriftskompetanse etter loven til departementet.

Departementet vil foreslå å videreføre forskrift om unntak fra notifikasjonsplikt, forskrift om EØS-prosedyreregler og forskrift om registrering av offentlig støtte uten materielle endringer, da EØS-reglene om henholdsvis unntak fra notifikasjonsplikt, registerplikt og prosedyrene i saker om offentlig støtte er de samme som før. Forslag til nye forskrifter vil bli fremmet i forbindelse med sanksjonering av den nye loven.

Departementet vil foreslå å oppheve forskrift om offentlig støtte og forskrift om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte, da innholdet i disse forskriftene dels videreføres og dels erstattes av bestemmelsene i den nye loven. Forslag om opphevelse av forskriftene vil bli fremmet i forbindelse med sanksjonering av loven.

¹¹² Forskrift 4. desember 1992 nr. 907 om offentlig støtte

¹¹³ Forskrift 14. november 2008 nr. 1213 om unntak fra notifikasjonsplikt for offentlig støtte

¹¹⁴ Forskrift 30. oktober 2009 nr. 1323 om EØS-prosedyreregler for offentlig støtte

¹¹⁵ Forskrift 29. juni 2016 nr. 834 om registrering av offentlig støtte

¹¹⁶ Forskrift 9. mai 2014 nr. 624 om delegering av forskriftsmyndighet etter lov om offentlig støtte

12 Økonomiske og administrative konsekvenser

12.1 Innledning

Hovedmålet med å utforme en ny lov om nasjonale prosedyrer i saker om offentlig støtte er å sikre en klar og helhetlig regulering av de nasjonale støtteprosessene. Dette styrker muligheten til å etterleve våre EØS-rettslige forpliktelser. Samtidig er det et mål at loven blir mer brukervennlig. Lovforslaget har som formål å tydeliggjøre den nasjonale reguleringen av saker om offentlig støtte.

Et av formålene med lovforslaget er å rydde opp i lovverket, slik at de ulike partene i støttesaker lettere kan få oversikt over sine plikter og rettigheter. Dette vil kunne gjøre det lettere for potensielle støttegivere å orientere seg i regelverket, og dermed redusere risikoen for brudd på støtteregelverket. Dette vil kunne medføre gevinster både for næringsliv, det offentlige og for samfunnet. Alt i alt innebærer forslaget en opprydning og klargjøring av regelverket som vil være positivt for støttegiver, næringsliv og for samlet verdiskaping.

12.2 Samfunnsøkonomiske konsekvenser

I Norge tildeles det hvert år betydelige beløp i offentlig støtte. Uklarhet knyttet til hvilke krav og prosedyrer som gjelder ved tildeling av støtte kan øke risikoen for at det gis EØS-stridig støtte, med svært uheldig innvirkning på konkurransesituasjonen i berørte markeder. Dette kan medføre samfunnsøkonomisk tap, gjennom at mindre effektive bedrifter begunstiges på bekostning av mer effektive konkurrenter.

En klargjøring av støtteregelverket og de forpliktelsene og prosedyrene som gjelder ved tildeling av støtte kan, etter departementets vurdering, bidra til å redusere omfanget av ulovlig støtte. Dette kan medføre en samfunnsøkonomisk gevinst. Når ulovlig støtte identifiseres, er det viktig å stanse utbetalingen av støtten. Dette fordi fortsatt utbetaling kan forverre situasjonen i markedet ytterligere. Etter departementets vurdering kan en klargjøring av reglene for tilbakeføring medføre at utbetaling av ulovlig støtte stanses raskere.

En klargjøring av reglene om tilbakeføring av ulovlig støtte kan etter departementets oppfatning realisere effektiviseringsgevinster for samfunnet. Regelverket er i dag uoversiktlig, og gir rom for usikkerhet om hvilke prosedyrer som gjelder. Dette kan bidra til at tilbakeføringsprosessen blir mer ressurs- og tidkrevende enn nødvendig. Usikkerheten kan dermed være en belastning både for støttegiver og støttemottaker. I tillegg kan mottaker av ulovlig støtte dra nytte av den ulovlige støtten over lengre tid, noe som kan føre til et tap for konkurrenter, og opprettholde uheldig konkurransevridning lenger enn nødvendig. En mer effektiv tilbakeføringsprosess kan dermed realisere samfunnsøkonomiske gevinster.

Departementets forslag om en treårsbegrensning i støttegivers plikt og kompetanse til å kreve tilbake ulovlig støtte i tilfeller der EFTAs overvåkingsorgan (ESA) ikke har fattet vedtak om tilbakeføring, går trolig lenger enn det som gjelder i de andre nordiske landene. Den foreslåtte bestemmelsen innebærer at støttegivere som har mottatt løpende støtte over en lengre periode enn tre år, ikke kan avkreves det totale støttebeløpet, med mindre ESA har fattet et vedtak om tilbakeføring. Dermed vil heller ikke en tilbakeføring i slike tilfeller gjenopprette konkurransesituasjonen i markedet fullt ut. Den foreslåtte løsningen balanserer imidlertid hensynet til å gjenopprette konkurransesituasjonen i markedet, og hensynet til støttemottakers innrettelse, innenfor de rammene EØS-avtalen tillater. Den tar også særlig hensyn til norske myndigheters manglende kompetanse til å vurdere støttens forenlighet med EØS-avtalen og dermed til å begrense tilbakeføringskravet til støtte som ikke er EØS-forenlig. Forslaget

berører ikke konkurrenters mulighet til å klage ulovlig støtte inn for ESA, som kan pålegge tilbakeføring ti år tilbake i tid dersom de finner at støtten er uforenlig med EØS-avtalen. ESA kan også åpne sak i tilfeller hvor norske myndigheter krever tilbakeføring bare tre år tilbake i tid, og hvor ESA finner dette utilstrekkelig.

Norge er gjennom EØS-avtalen forpliktet til å rapportere årlig til ESA om utbetalingen av offentlig støtte som omfattes av avtalen. Rapporteringen for 2017,¹¹⁷ som dekker perioden 1. januar 2010 til 31. desember 2016, viser at norske støttegivere utbetalte omkring 25 mrd. kroner i offentlig støtte i 2016. Departementet mener at omfanget av årlig utbetaling av offentlig støtte i Norge indikerer at potensialet for effektivitetsgevinster ikke er ubetydelig. Rapporteringen viser videre at støtten var fordelt på 101 ulike tiltak. De fem største tiltakene omfattet mer enn 2/3 av utbetalt støtte. Dette innebærer at det hvert år gjennomføres mange små støttetiltak, og illustrerer at forholdsvis mange aktører er involvert i støtteprosesser, både på støttegiver- og støttemottakersiden.

Mulighet for økt kontroll og oppfølging fra støttegivers side overfor støttemottaker kan bidra til at tildelt støtte benyttes på en mer effektiv og hensiktsmessig måte. Dette kan også føre til større klarhet rundt resultater støtten gir. En effektivisering kan gi gevinster for norske skattebetalere og for markedsaktørene ved å redusere sannsynligheten for uheldige konkurransevriddinger.

12.3 Konsekvenser for næringslivet

For næringslivet vil en klarere nasjonal regulering av prosessen i støttesaker kunne medføre økt effektivitet, fordi mindre usikkerhet omkring partenes rettigheter og plikter innebærer at næringslivet tillates å benytte mindre ressurser på å klargjøre rettstilstanden. Økt brukervennlighet i lovverket vil bidra i denne retningen.

For bedrifter som har mottatt ulovlig støtte og blir involvert i en prosess med potensiell tilbakeføring, vil dette kunne være belastende gjennom kostnader i form av advokatutgifter osv., men også grunnet de skadelige effektene selve tilbakeføringen kan ha for selskapet. En klargjøring av regelverket med sikte på å forhindre tildeling av ulovlig støtte, men også en klargjøring av reglene om tilbakeføring, vil derfor kunne medføre en gevinst for næringslivet.

Kombinasjonen av en privat håndhevingsadgang ved nasjonale domstoler og adgangen til håndheving ved ESA og EFTA-domstolen innebærer en risiko for parallelle prosesser om ett og samme saksforhold. Det kan for eksempel oppstå tilfeller der ESA har åpnet klagesak hvor temaet 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 i nasjonal domstol.

For mottaker av ulovlig støtte kan dette medføre noe økt byrde i form av at denne risikerer å måtte forholde seg til to ulike prosesser, en ved nasjonale domstoler og en for ESA. Forslaget om å innføre en treårsbegrensning i støttegivers adgang til å fremme krav om tilbakeføring kan gi økt risiko for dobbel prosess. Dette er fordi tredjeparter ved å klage til ESA vil kunne oppnå tilbakeføring av støtte ytt ti år tilbake i tid, mens man i et søksmål for nasjonale domstoler kun kan oppnå tilbakeføring tre år tilbake i tid. Departementet vurderer imidlertid risikoen som liten, da tredjepart normalt vil ha lite å vinne på en dobbel prosess fremfor å velge det sporet som kan lede til ønsket resultat.

¹¹⁷ <http://www.eftasurv.int/media/state-aid/StateAidScoreboard2017.pdf>

Forslaget om å fjerne departementets mulighet til å fatte enkeltvedtak for renter i tilbakeførings saker til fordel for rentesatser satt av ESA, vil kunne forenkle tilbakeføringsprosessen og gi mottakere av ulovlig støtte mer forutsigbarhet. Dette vil også kunne bidra til å gjøre tilbakeføringsprosessen mindre tidkrevende. Valg av rentesats kan få betydelige utslag på tilbakeføringsbeløpet, og det vurderes derfor som hensiktsmessig at det er størst mulig forutsigbarhet rundt dette.

12.4 Konsekvenser for forvaltningen

Den nye loven pålegger ingen nye omfattende administrative eller økonomiske forpliktelser på offentlige støttegivere. Formålet med lovforslaget er å rydde opp i lovverket, slik at de ulike partene i støttesaker lettere kan få oversikt over sine plikter og rettigheter.

Departementet foreslår en ny bestemmelse om forvaltning av støtteordninger som gir overordnede regler for hvordan støttegiver skal tildele støtte og følge opp bruken av midlene. Bestemmelsen sikrer at støttegiver har på plass et eget system for kontroll både med egen praksis ved tildeling av støtte, og med støttmottakers bruk av mottatte midler. Denne bestemmelsen vil isolert sett stille krav til støttegivers prosedyrer, men departementet antar ikke at den vil ha noen vesentlige økonomiske eller administrative konsekvenser.

Som tidligere nevnt mener departementet at det særlig er behov for klargjøring av bestemmelsene om tilbakeføring av ulovlig støtte. Selv om antallet tilbakeførings saker i Norge er beskjedent, er departementets erfaring at ressursbruken i hver tilbakeførings sak er betydelig. Tydeliggjøring av tilbakeføringsprosessen vil derfor kunne ha positive administrative konsekvenser.

Lovutkast

Kapittel 1 Innledende bestemmelser

§ 1 Lovens formål

Lovens formål er å sikre etterlevelse av Norges EØS-rettslige og andre folkerettslige forpliktelser på området for offentlig støtte.

§ 2 Virkeområde

(1) §§ 1 til 12 og § 14 bokstav a) til g) gjelder offentlig støtte som omfattes av EØS-avtalen, og tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte.

(2) §§ 13 og 14 bokstav h) gjelder tiltak som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

§ 3 Definisjoner

(1) Offentlig støtte er tiltak som oppfyller vilkårene i EØS-avtalen artikkel 61 nr. 1.

(2) En støtteordning er en generell ordning som på nærmere vilkår gir grunnlag for tildeling av støtte til flere mottakere.

(3) Individuell støtte er offentlig støtte som

a) gis utenfor en støtteordning, eller

b) offentlig støtte som gis innenfor en støtteordning, men som likevel er meldepliktig til EFTAs overvåkingsorgan etter EØS-retten.

(4) Som eksisterende støtte anses støtte som

a) var satt i verk før EØS-avtalen trådte i kraft,

b) er godkjent av EFTAs overvåkingsorgan, eller av EFTA-statene etter felles overenskomst i henhold til artikkel 1 nr. 2 i del I av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol,

c) må anses for å være godkjent i henhold til artikkel 4 nr. 6 i del II av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol,

d) må anses som eksisterende støtte i henhold til artikkel 15 i del II av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol, og

e) ikke utgjorde støtte på tidspunktet da den ble iverksatt, men som uten å være blitt endret av EFTA-staten er blitt en form for støtte på grunn av utviklingen i Det

europiske økonomiske samarbeidsområde. Tiltak som blir til støtte som følge av at en virksomhet liberaliseres av EØS-retten, anses ikke som eksisterende støtte etter datoen som er satt for liberaliseringen.

(5) Ny støtte er støtteordninger eller individuell støtte som ikke er eksisterende støtte. Som ny støtte anses også endringer i eksisterende støtte, slik dette er definert i EØS-retten.

(6) Ulovlig støtte er ny støtte som er iverksatt i strid med iverksettelsesforbudet i artikkel 1 nr. 3 i del I av Protokoll 3 til Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.

Kapittel 2 Melding og registrering av støtte

§ 4 Meldeplikt mv. og iverksettelsesforbud

(1) Støttegiver skal melde ny støtte til EFTAs overvåkingsorgan via departementet før iverksettelse. Dette gjelder likevel ikke støtte som er unntatt meldeplikt til EFTAs overvåkingsorgan etter forskrift.

(2) For støtte som er gitt i medhold av gruppeunntaksforordningen, skal det sendes underretning til EFTAs overvåkingsorgan via departementet.

(3) Meldepliktig støtte kan ikke settes i verk før EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak, eller anses for å ha fattet vedtak, om godkjenning av slik støtte (iverksettelsesforbudet).

§ 5 Registreringsplikt

Støttegiver skal registrere opplysninger om tildelt offentlig støtte i Registeret for offentlig støtte.

Kapittel 3 Opplysningsplikt, forvaltning av støtteordninger mm.

§ 6 Opplysningsplikt og unntak fra taushetsplikt

(1) Støttegiver kan kreve at støttemottaker fremlegger opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes.

(2) Departementet kan kreve av enhver at det fremlegges opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at reglene om offentlig støtte overholdes.

(3) Det kan settes en tidsfrist for når opplysningene skal gis.

(4) Opplysningene kan fremlegges uten hinder av taushetsplikt. Dette gjelder likevel ikke opplysninger, informasjon eller bærere av informasjon som er omfattet av taushetsplikten som nevnt i straffeprosessloven §§ 117 til 120. Norske myndigheter kan

uten hinder av taushetsplikt gi EFTAs overvåkingsorgan alle opplysninger som er nødvendige for overvåkingsorganets håndheving av EØS-avtalens regler om offentlig støtte.

(5) Støttegiver skal oppbevare opplysninger om tildeling av støtte i minst ti år. Opplysninger som gjelder støtteordninger, skal oppbevares i minst ti år etter siste tildeling under støtteordningen.

§ 7 Forvaltning av støtteordninger

(1) Støttegiver skal kontrollere at tildeling av støtte under en støtteordning skjer i samsvar med de vilkår som er fastsatt i det EØS-rettslige grunnlaget for støtten.

(2) Støttegiver skal ha et forsvarlig kontrollsystem.

(3) Støttegiver skal blant annet sikre at

- a) støttemottaker gir de opplysninger som er nødvendige for å kontrollere at tildelingen er forenlig med regelverket om offentlig støtte, herunder om støtte som støttemottaker har mottatt fra andre offentlige kilder,
- b) opplysninger om tildeling av støtte oppbevares i henhold til § 6, og
- c) støttemottaker gir opplysninger om hvordan tildelte midler er brukt, der det er nødvendig for å kontrollere støttens lovlighet.

§ 8 Endring av støtteordninger

(1) Støttegiver skal om nødvendig endre sine støtteordninger, slik at de til enhver tid er i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser.

(2) Dersom EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak om hensiktsmessige tiltak som er bindende for Norge, skal støttegiver gjennomføre tiltakene uten ugrunnet opphold. Det samme gjelder hensiktsmessige tiltak som er fastsatt i EFTAs overvåkingsorgans retningslinjer om offentlig støtte og som Norge har akseptert.

(3) Endringer som utgjør ny støtte, er meldepliktige etter § 4.

§ 9 Kontroll og bevissikring

(1) Dersom EFTAs overvåkingsorgan er i sterk tvil om hvorvidt et vedtak overvåkingsorganet har truffet om individuell støtte er etterfulgt, skal departementet, etter å ha hatt anledning til å fremlegge sine merknader, tillate at overvåkingsorganet foretar stedlig kontroll.

(2) Dersom EFTAs overvåkingsorgan krever det, skal støttemottaker ved slik kontroll

- a) gi adgang til støttemottakers eiendom,

- b) avgi muntlig forklaring på stedet,
- c) gi tilgang til og kopier av regnskap og andre forretningsdokumenter.

(3) Departementet kan være til stede ved EFTAs overvåkingsorgans kontroll, og peke ut representanter for norske myndigheter som deltar ved overvåkingsorganets undersøkelser på stedet.

§ 10 Beslutning om bevissikring

(1) Kontroll etter § 9 kan bare foretas når domstolen har truffet beslutning om adgang til bevissikring. Begjæring om slik beslutning fremsettes av Konkurransetilsynet for tingretten på det sted hvor det mest praktisk kan skje. Beslutningen treffes uten at den som avgjørelsen gjelder, gis adgang til å uttale seg, og uten at den blir meddelt vedkommende før bevissikringen settes i verk. Anke over beslutningen har ikke oppsettende virkning. Straffeprosessloven §§ 200, 201 første ledd, §§ 117-120 jf. §§ 204, 207, 208, 209, 213 og kap. 26 gis tilsvarende anvendelse.

(2) Konkurransetilsynet kan kreve at politiet bistår EFTAs overvåkingsorgan med å iverksette beslutning om bevissikring.

Kapittel 4 Tilbakeføring av ulovlig støtte

§ 11 Tilbakeføring av ulovlig støtte

(1) Støttegiver skal kreve at offentlig støtte som er gitt i strid med § 4 tilbakeføres. Dersom EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak om tilbakeføring av ulovlig støtte, skal støttegiver kreve støtten tilbake i henhold til vedtaket.

(2) Støttemottaker har plikt til å tilbakeføre offentlig støtte, når støttegiver har fremsatt krav etter denne bestemmelsen.

(3) Krav om tilbakeføring av offentlig støtte etter denne bestemmelsen er et enkeltvedtak.

(4) Dersom EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak om at offentlig støtte som er gitt i strid med § 4, er forenlig med EØS-avtalen, bortfaller pliktene etter første og annet ledd. Det samme gjelder dersom tilbakeføring av støtten ville være i strid med generelle EØS-rettslige prinsipper.

(5) Krav om tilbakeføring av offentlig støtte etter denne bestemmelsen forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket om tilbakeføring er mottatt av støttemottaker. Vedtak om tilbakeføring etter denne bestemmelsen er tvangsgrunnlag for utlegg.

(6) Det skal betales renter av beløpet som skal tilbakeføres. Renter beregnes fra tildelingstidspunktet frem til tilbakeføring skjer. Rentesatsen er den sats EFTAs overvåkingsorgan til enhver tid fastsetter.

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

(1) Støttegiver kan fatte enkeltvedtak etter § 11 med krav om tilbakeføring av ulovlig støtte i inntil tre år etter at støtten ble tildelt. Tidsbegrensningen gjelder ikke dersom EFTAs overvåkingsorgan har fattet vedtak om tilbakeføring. Dersom tredjepart reiser søksmål mot støttegiver om tilbakeføringsplikten etter § 11, suspenderes fristen frem til domstolen har fattet endelig avgjørelse i saken.

(2) Krav om tilbakeføring av støtte etter § 11 foreldes i henhold til bestemmelsene i foreldelsesloven. Foreldelsesfristen løper fra det tidspunkt det er fattet vedtak med krav om tilbakeføring av støtte. Søksmål som er anlagt av tredjepart mot støttegiver om tilbakeføringsplikten, har samme virkning som søksmål etter foreldelsesloven § 15.

Kapittel 5 Tiltak omfattet av OECD og WTO

§ 13 Tiltak omfattet av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter

(1) Tiltak som er meldepliktig i henhold til OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien, skal meldes til departementet av den som skal iverksette tiltaket.

(2) Departementet kan pålegge tiltakshaver å utarbeide rapporter om tiltak som er iverksatt og som omfattes av OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien eller WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

(3) Departementet kan fatte enkeltvedtak om reversering av ytelser som er gitt i strid med OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien eller WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

Kapittel 6 Avsluttende bestemmelser

§ 14 Forskrifter

Departementet kan gi forskrift om:

- a) Gjennomføring og håndheving av bestemmelsene denne lov, reglene om offentlig støtte i EØS-avtalen og Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkingsorgan og en domstol.
- b) Hvilke støttetiltak som omfattes av meldeplikt eller underrettelsesplikt etter § 4, fristen for melding og hvilke opplysninger som kan kreves fremlagt.
- c) Omfanget av og innholdet i registreringsplikten etter § 5 og på hvilket tidspunkt registreringsplikten inntreffer.
- d) Plikt til å registrere opplysninger om tiltak som omfattes av forordningen om bagatellmessig støtte.

- e) Forvaltning av og kontroll med offentlig støtte etter § 7.
- f) Bevissikring og behandling av overskuddsinformasjon etter § 10.
- g) Vilkårene for og gjennomføringen av tilbakeføring av ulovlig støtte etter § 11, herunder regler om foreldelse.
- h) Gjennomføring av Norges forpliktelser etter OECD-avtalen om normale konkurranseforhold i skipsbyggingsindustrien og WTO-avtalen om subsidier og utjevningsavgifter.

§ 15 Ikrafttredelse

Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer.

§ 16 Endringer i andre lover

Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning § 3-1 annet ledd bokstav c oppheves.

Lov 21. desember 2007 nr. 119 om toll og vareførsel § 12-1 syvende ledd oppheves.

Lov 27. november 1992 nr. 117 om offentlig støtte oppheves.