TOBIAS INDÉN

EU:s statsstödsrätt

EU-RÄTTENS KRAV OCH DEN NATIONELLA RÄTTENS UTMANINGAR

IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4561

EU:s statsstödsrätt

EU-rättens krav och den nationella rättens utmaningar

TOBIAS INDÉN

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2013
ISBN 978-91-7678-865-3
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Omslag: John Persson
Tryck: Edita, Västerås 2013

Tryckt hos ett Klimatneutralt Företag

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

I denna bok, EU:s statsstödsrätt – EU-rättens krav och den nationella rättens utmaningar, avhandlas ett rättsområde som hittills rönt relativt lite uppmärksamhet inom den svensk juridiska doktrinen. Rättsområdet har under de senaste åren dock aktualiserats allt mer, inte minst i samband med olika typer av kommunala avknoppningar och som en följd av den ekonomiska krisen. Under de senaste åren har också antalet ärenden med anknytning till EU:s statsstödsrätt i svenska domstolar ökat markant – och även om de flesta ärenden hittills rört så kallade laglighetsprövningar i allmän förvaltningsdomstol så har det också i en ökad utsträckning förekommit andra typer av ärenden, såsom skadeståndsärenden och förbudsärenden.

Det kan inte heller uteslutas att EU:s statsstödsregler i många avseenden kan få ett ännu större genomslag i framtiden i och med att delar av den svenska nationella lagstiftningen tillkommit i en tid då statsstödsrätten tycktes vara ett okänt fenomen, varför man på många områden mycket väl kan ifrågasatta huruvida de svenska regleringarna verkligen uppfyller de krav som följer av EU-rätten.

Samtidigt tycks det finnas en relativt stor kunskapslucka rörande vad som egentligen följer av regleringen – vilket kanske kan förklaras med att det som nämnts finns väldigt lite skrivet på området utifrån en svensk horisont. Syftet med föreliggande framställning är därför dels att presentera EU: s statsstödsrätt, dels att sätta in denna i ett svensk sammanhang.

Boken är avsedd att kunna fungera både som lärobok på diverse fördjupningskurser och som framställning till ledning för praktiskt verksamhet.

Framställningen är ett delresultat av forskningsprojektet EU:s statsstödsregler och den svenska rätten, vilket finansierats av Konkurrensverket.

Lagstiftning, avgöranden och annat material som tillkommit efter den 1 juni 2013 har endast undantagsvis kunnat beaktas.

Saxnäs, augusti 2013

Tobias Indén

Innehåll

Förkortningar 11

1 Introduktion, statsstödsrättens bakgrund och syfte 13

1.1 Det offentligas roll och statsstödsrättens bakgrund 13

1.2 Syfte, avgränsningar och disposition 18

1.3 Rättsområdets systematik 20

1.4 Statsstödsrättens tillämpningsområde och dess förhållande till andra regleringar 29

2 Regleringen i artikel 107.1 EUF-fördraget 33

2.1 Inledning 33

2.2 Det EU-rättsliga stödbegreppet 34

2.2.1 Introduktion 34

2.2.2 Den marknadsekonomiska investeringsprincipen 37

2.2.3 Den marknadsekonomiska kreditorprincipen 41

2.2.4 Kreditgarantier 46

2.2.5 Försäljning av offentlig egendom m.m. 48

2.2.6 Offentliga inköp och statsstödsreglerna 61

2.3 Svensk praxis rörande förekomsten av stöd 71

2.3.1 Bredbandsärendet 71

2.3.2 Tibble 72

2.3.3 Vantör Hemtjänst 73

2.3.4 Karlskrona kommun 74

2.3.5 Årjängs kommun 75

2.3.6 Västerviks kommun 77

2.3.7 Älmhults kommun 77

2.3.8 Uppsala Arena 78

2.3.9 Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB 80

2.3.10 Kanal 5 mot TV4 85

2.4 Begreppen stat och statliga medel 88

2.4.1 Begreppet stat 88

2.4.2 Statliga medel 90

2.5 Selektivitetskriteriet och företagsbegreppet 92
2.5.1 Företagsbegreppet 92
2.5.2 Selektivitetskriteriet 100
2.6 Snedvridning av konkurrensen 104
2.7 Påverkan på handeln mellan medlemsstater 104
2.8 Sammanfattning och preliminära konklusioner 107

3 Möjligheter till undantag från det generella förbudet 112
3.1 Inledning 112
3.2 Undantag enligt artikel 107.2 114
3.3 Undantag enligt artikel 107.3 115
3.3.1 Introduktion 115
3.3.2 Fördragets undantagsmöjligheter 117
3.4 Den allmänna gruppundantagsförordningen 120
3.5 Regionalstöd 124
3.5.1 Regionalt investerings- och sysselsättningsstöd 128
3.5.2 Stöd till nystartade små företag 130
3.5.3 Regionalstöd och undantag efter anmälan 131
3.6 Miljöstöd 134
3.6.1 Miljöstöd och den allmänna gruppundantagsförordningen 135
3.6.2 Miljöstöd och undantag efter anmälan 140
3.7 Stöd till forskning, utveckling och innovation 142
3.7.1 Artikel 107.1 och stöd till forskning, utveckling och innovation 143
3.7.2 Den allmänna gruppundantagsförordningen och stöd till forskning, utveckling och innovation 144
3.7.3 Stöd till forskning, utveckling och innovation som faller utanför den allmänna gruppundantagsförordningens tillämpningsområde 151
3.8 Främjande av utbildning och rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder 153
3.8.1 Stöd till utbildning 153
3.8.2 Stöd för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar 157
3.8.3 Stöd till utbildning m.m. och undantag efter anmälan 158

3.9 Jordbruk 159
3.9.1 Den gemensamma organisationen av jordbruksmarknaderna 159
3.9.2 Stöd till landsbygdsutveckling 161
3.9.3 Jordbruksstöd och *de minimis*-regleringen 162
3.9.4 Möjligheten till undantag från statsstödsreglerna 164
3.10 Stöd inom fiskeri- och vattenbrukssektorn 179
3.10.1 De minimis-stöd inom fiskeri- och vattenbrukssektorn 180
3.10.2 Den allmänna gruppundantagsförordningen inom fiskerisektorn 181
3.11 Kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och förekomsten av stöd 184
3.11.1 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 186
3.11.2 Kravet på anförtroende 189
3.11.3 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och in house-undantaget 190
3.11.4 Altmark 191
3.11.5 De minimis-förordningen 195
3.11.6 Artikel 106.2 197
3.11.7 Kommissionens beslut rörande ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 201
3.11.8 Kommissionens rambestämmelser 205
3.12 Sammanfattning och preliminära konklusioner 208

4 Medlemsstaternas anmälningsskyldighet och kommissionens kontroll m.m. 211

4.1 Introduktion 211
4.2 Klassificeringen av stöd 213
4.3 Anmälningsskyldigheten och genomförandeförbudet 215
4.4 Kommissionens granskning 217
4.4.1 Den preliminära granskningen 217
4.4.2 Den formella granskningen 218
4.4.3 Granskningen av otillåtna och missbrukade stöd 220
4.5 Återkrav av olagliga stöd 221
4.5.1 Omöjlighet och lagakraftvunna avgöranden 225

4.5.2 Återkrav och principen om berättigade förväntningar 230
4.5.3 Återkrav och nationella domstolars kompetens 232
4.5.4 Svenska regler om återkrav av olagliga stöd 234
4.6 Skadestånd 238
4.7 Sammanfattning och preliminära konklusioner 244

5 De svenska regleringarna rörande offentliga stöd och dess förhållande till statsstödsrätten 250

5.1 Inledning 250
5.2 Regleringen av kommunala stöd 250
5.2.1 Underskottsprincipen 250
5.2.2 Kommunallagens bestämmelser om stöd till enskilda näringsidkare 252
5.2.3 Kommunallagen, underskottsprincipen och EU:s statsstödsrätt 254
5.2.4 Kommunala stöd i enlighet med lag om vissa kommunala befogenheter 255
5.3 Regleringen rörande statligt stöd till näringslivet 261
5.4 Sammanfattning och preliminära konklusioner 265

6 Statsstödsrätten och OPS 268

6.1 Introduktion 268
6.2 Begreppet OPS 268
6.3 Allmänna utgångspunkter rörande OPS och statsstöd 271
6.3.1 Statsstödsrätten, OPS och exploateringsprojekt 274
6.3.2 Statsstödsrätten och IOPP 277
6.3.3 Public-Private Innovation 280
6.4 Sammanfattning och preliminära konklusioner 288

7 Avslutning 290

Sakregister 292

Förkortningar

Ds	Departementsserien
ECLR	European Competition Law Review
EPPPL	European Public Private Partnership Law Review
EStAL	European State Aid Law Quarterly
EU	Europeiska unionen
EU-fördraget	Fördraget om den Europeiska unionen
EUF-fördraget	Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens tidning
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
JT	Juridisk tidskrift
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Introduktion, statsstödsrättens bakgrund och syfte

1.1 Det offentligas roll och statsstödsrättens bakgrund

Även om EU:s medlemsstater valt det marknadsekonomiska systemet, varför vi i stor utsträckning förlitar oss på marknaden ifråga om vilka varor och tjänster som ska produceras och säljas, och på vilka villkor så ska ske, förlitar vi oss inte på marknaden i alla avseenden och vi har inte heller lämnat marknaden och de privata företagen helt fria från offentligt inflytande. På många områden har medlemsstaterna ansett sig vara nödgade att ingripa, exempelvis genom olika reglering som påverkar företagens handlingsutrymme och marknadens funktionssätt. Skälen till dylika åtgärder kan variera, men en viktig faktor i sammanhanget är att det allmänna, i form av stat och kommun, många gånger försöker uppnå målsättningar som inte nödvändigtvis har något att göra med ekonomisk effektivitet. Det kan exempelvis röra sig om att medlemsstaterna tagit på sig ansvaret för olika välfärdstjänster såsom utbildning och sjukvård eller att man reserverat viss maktutövning till det allmänna såsom militära och polisiära uppgifter. Det allmänna kan också ha ansett sig vara nödgade att ta på sig en roll ifråga om styrning av vissa för samhället viktiga sektorer, såsom finanssektorn eller sektorer som omfattas av statliga monopol.

Medlemsstaternas handlingsutrymme ifråga om att påverkan marknadens funktionssätt är däremot inte obegränsat, och de kanske viktigaste begränsningarna i sammanhanget följer av EU-rätten. Av EUF-fördraget följer inte bara att medlemsstaterna ska agera i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna, utan fördraget innehåller också regler som förbjuder företag att vidta olika av konkurrensbegränsande ageranden, vilket inte minst följer av artikel 101 och artikel 102. Av artikel 106 framgår också att dessa förbud som utgångspunkt även gäller offentliga företag. I enlighet med den lojalitetsplikt som följer av artikel 4 i EU-fördraget får medlemsstaterna inte heller stifta lagar eller med hjälp av andra förfaranden reglera marknader på ett sätt som är oförenligt med EU:s konkurrensrätt eller fördragens målsättningar.[1] EU-rättens krav på medlemsstaterna ifråga

[1] För en beskrivning av lojalitetsplikten se t.ex. Christensen m.fl., Konkurrenceretten i

om dess möjlighet att påverka marknadens funktionssätt sträcker sig däremot ännu längre – EU:s statsstödsrätt reglerar nämligen medlemsstaternas möjligheter att gynna vissa företag eller vissa branscher framför andra om det riskerar påverka handeln mellan medlemsstater inom EU.

Ett tydligt exempel som visar på vilken betydelse EU:s statsstödsregler kan ha för hur medlemsstaterna väljer att hantera olika situationer där man utan ett tydligt regelverk många gånger skulle riskerat påverka marknadens funktionssätt aktualiserades med anledning av den finansiella krisen och nedgången i världsekonomin hösten 2008. I samband med den ekonomiska krisen drabbades inte minst stora delar av den svenska fordonsindustrin av bristande orderingång varför det höjdes röster för ett tydligare offentligt engagemang, exempelvis på så sätt att staten borde tillskjuta medel till företagen. Om det i en sådan situation inte hade funnits ett regelverk som tydligt påverkade svenska myndigheters val av agerande i den uppkomna situationen, i form av EU:s statsstödsrätt, hade säkerligen många beslutsfattare, på både kommunal, regional och statlig nivå, varit frestade att på olika sätt gynna företagen; allt för att förhindra en ökad arbetslöshet i de aktuella regionerna.

Från att EU:s statsstödsregler tidigare i viss mån hamnat i skymundan i förhållande till den centrala konkurrensrätten tycks utvecklingen de senaste 20 åren varit att allt mer fokus riktats mot statsstödsfrågor; inte minst de senaste 8–10 åren som en följd av Lissabon-strategin och den Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009 (vanligtvis refererad till *"the State Aid Action Plan"*)[2] som kom i dess kölvatten.[3]

Anledningen till att EU valt att reglera medlemsstaternas möjligheter att lämna stöd till vissa företag eller viss produktion går att återfinna i det faktum att sådana åtgärder mycket väl kan påverka konkurrensen på marknaden genom att det bidrar till bristande konkurrensneutralitet.[4]

Även om det inte finns någon legaldefinition ifråga om begreppet konkurrensneutralitet så avses vanligtvis med begreppet att offentliga och privata aktörer ska vara underkastade samma marknadsreglering och mark-

EU, 2005, s. 829 ff., Lindholm, State Procedure and Union Rights, 2007, och Jones & Sufrin, EU Competition Law, 2011.

[2] Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

[3] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 5.

[4] Vad som avses med konkurrensneutralitet är dock inte till fullo klarlagt. För en granskning av begreppet se t.ex. Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 453–468.

nadsvillkor. Principen om konkurrensneutralitet kan beskrivas på olika sätt, såsom att den ska säkerställa sund konkurrens mellan offentliga och privata företag eller på så sätt att offentliga aktörer inte ska få fördelar endast av den anledningen att de ägs av det allmänna.[5] Dessutom kan principen beskrivas med hänvisning till att offentliga aktörer ska utsättas för samma marknadsdisciplin i form av regleringar och villkor som privata företag. Offentliga och privata företag ska enligt principen därför vara underkastade exempelvis samma skattereglering, krav på avkastning och annan lagstiftning så att de faktiskt eller potentiellt konkurrerar med varandra på lika villkor ifråga om både åtaganden åt det allmänna och krav från det allmänna genom att exempelvis prissätta sina varor och tjänster på ett sätt som leder till i vart fall full kostnadstäckning.[6]

I och med att offentliga och privata aktörer vanligtvis inte bara agerar under olika villkor utan också eftersträvar olika syften uppkommer frågan varför man ska eftersträva att de agerar likartat. Svaret på frågan återfinns i första hand i det faktum att offentliga aktörer annars i stor utsträckning agerar utifrån allmänna intressen och utifrån ett offentligt tankesätt, varför man därigenom riskerar avvika från marknadens logik. Ett sådant agerande kan mycket väl medföra antingen att det offentliga gynnas framför privata företag eller att privata partners till det offentliga får en konkurrensfördelar. Det är således av den anledningen som det enligt bland annat EU:s konkurrensrätt är av central betydelse att marknadens aktörer ska agera under lika villkor.

Även om det av principen om konkurrensneutralitet följer att utgångspunkten är att alla aktörer på marknaden ska behandlas lika är inte principen blind för det faktum att det offentliga inte sällan agerar utifrån andra bevekelsegrunder än de som kännetecknar den privata marknaden, på så sätt att man inte alltid agerar utifrån marknadens logik. Att offentliga och privata aktörer vanligtvis eftersträvar olika syften och därför intar olika roller är inte heller ett faktum som står i strid med tankegångarna bakom principen om konkurrensneutralitet.[7]

Att man ska eftersträva konkurrensneutralitet innebär således inte att alla aktörer ska tvingas agera enligt en särskild ordning, utan det hand-

[5] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 453 f.
[6] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 453 f.
[7] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 455.

lar om att man ska eftersträva likhet mellan under vilka villkor de olika aktörerna ska verka. En sådan målsättning kan uppnås på olika sätt. Först och främst kräver det i princip att generella regleringar, såsom konkurrensreglerna i artikel 101 och 102 EUF-fördraget, är applicerabara oberoende av om det är en offentlig eller privat aktör som påverkar konkurrensen. Genom en sådan reglering visar man offentliga aktörer att de måste kunna underkastas samma granskning som privata företag. En generellt tillämplig konkurrenslagstiftning är emellertid inte tillräcklig för att man ska kunna uppnå konkurrensneutralitet i och med att konkurrensreglerna endast reglerar företags ageranden, samtidigt som den största delen av den offentliga verksamheten inte omfattas av företagsbegreppet – den största delen av den verksamhet som det offentliga ägnar sig åt är istället att hänföra till dess roll som myndighet, eller som kund vad gäller privata företags varor och tjänster. För att kunna skapa konkurrensneutralitet i dylika situationer krävs därför andra verktyg, till exempel regler som styr den offentliga upphandlingen eller bestämmelser som reglerar statliga stöd.[8]

Den potentiella effekten av att konkurrensneutraliteten inte upprätthålls är också att mindre effektiva företag får möjlighet att bidra med större andel av produktionen – och en sådan utveckling kan i förlängningen motverka strävandet efter ökad välfärd genom ekonomisk tillväxt. EU:s statsstödsregler ger därför kommissionen verktyg att hindra sådana konkurrenssnedvridningar om de inte kan motiveras av andra beaktansvärda skäl, såsom miljöhänsyn eller ett strävande efter social sammanhållning.[9]

I Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009 har kommissionen angett att en väl fungerande konkurrens är ett viktigt instrument för att kunna åstadkomma en effektiv resursallokering och för att kunna öka konsumenternas välfärd.[10] Därtill är konkurrensen viktig för att kunna stärka konkurrenskraften i den europeiska ekonomin genom att effektiva och innovativa företag belönas i en rimlig utsträckning. I handlingsplanen argumenterar kommissionen för att EU:s statsstödsrätt skyddar konkurrensen genom att upprätthålla ett så kallat *level playing field*, det vill säga konkurrensneutralitet. Detta görs genom att regleringen medverkar

[8] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 455.

[9] Ifråga om undantagen från det generella förbud mot statliga stöd som följer av artikel 107.1 se nedan kapitel 3.

[10] Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

till en konkurrenssituation som i sin tur skapar en miljö som medför att marknadskrafterna belönar effektiva företag till nytta för den europeiska ekonomin, samtidigt som statsstödsrätten också förhindrar att företag kan ackumulera ett allt för stort inflytande på marknaden, vilket kan medföra nackdelar för konsumenterna i form av lägre kvalitet och högre priser.[11]

Uttalandena i handlingsplanen tar sin utgångspunkt i konsumenternas välfärd, vilket är ett syfte med statsstödsregleringen som tidigare inte artikulerats på ett tydligt sätt, till skillnad från vad som är fallet rörande de centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna i artikel 101 och 102 EUF-fördraget.[12]

Det viktigaste skälet bakom statsstödsregleringen är således att den ska hindra medlemsstaterna från att stödja inhemska företag på bekostnad av företag från andra medlemsstater. Även om stöd från en medlemsstat till inhemska företag, exempelvis i form av exportstöd, stöd för forskning och utveckling eller stöd i form av importtullar, mycket väl kan skapa fördelar för den egna ekonomin på så sätt åtgärderna också kan gynna andra företag eller sektorer än de som direkt subventioneras, kan dylika åtgärder ändå beskyllas för att skapa ineffektiva inslag i både medlemsstatens och EU:s ekonomi.

Dessutom hindrar regleringen att medlemsstaterna hamnar i något som kan liknas vid ”fångens dilemma”. Om medlemsstaterna skulle vara fria att stödja inhemska företag, och en medlemsstat också väljer att göra så, är det inte orimligt att anta att en annan medlemsstat skulle försvara företag i den egna medlemsstaten genom att gynna dem. Således skulle de båda medlemsstaternas åtgärder ta ut varandra, men med resultatet att båda medlemsstaterna förbrukat offentliga resurser utan att få något mervärde.

I sammanhanget ska nämnas att det också i den interna svenska rätten finns enskilda bestämmelser som till viss del reglerar det allmännas möjlighet att gynna enskilda företag – exempelvis följer det av 2 kap. 8 § kommunallag (1991:900) att en kommun inte utan synnerliga skäl får stödja en enskild näringsidkare. Det finns dock ingen generell svensk lagregel som explicit tar sikte på att reglera det allmännas stödgivning i stort, så som är fallet i till exempel Danmark där det följer av § 11a *konkurrenceloven* att offentliga stöd till företag som utgångspunkt är lagstridiga.[13]

[11] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 12.
[12] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 12.
[13] Se lovbekendtgørelse nr 972 af 13.08.2002, med senare ändringar. Den danska regleringen behandlas i bl.a. Indén, Kommunen som konkurrent, 2008, och i Indén & Olesen, Offentlig-privat samarbejde, 2012.

1.2 Syfte, avgränsningar och disposition

Även om de flesta av EU:s medlemsstater endast spenderar en relativt liten del av sin budget på statliga stöd, samtidigt som den största delen av de stöd som ändå lämnas anses vara förenliga med EU-rätten, framgår det likväl av EU:s statistik att de 27 medlemsstaterna under 2009 spenderade ca 3,6 procent av bruttonationalprodukten på offentliga stöd. För Sveriges del är motsvarande siffra 3,8 procent.[14]

Trots att förekomsten och mängden av statliga stöd torde ha relativt liten samhällsekonomisk påverkan i stora delar av EU, inte minst i Sverige, kan de statliga stöd som likväl förekommer många gånger skapa problem för enskilda företag. För svensk del torde däremot de största problemen kunna följa av att den svenska rättsordningen i alla avseenden inte är anpassad för de krav som följer av EU:s statsstödsrätt. Följaktligen finns det i sammanhanget anledning att inte endast analysera EU:s statsstödsregler, utan också den interna nationella svenska rätten i ljuset av den europeiska statsstödsrätten.

I och med att EU:s statsstödsrätt hittills rönt relativt lite uppmärksamhet i den juridiska doktrinen torde det finnas ett visst behov av en grundläggande framställning till ledning både för offentliga myndigheter och marknadens aktörer. Det övergripande syftet med föreläggande framställning är därför att bidra med grundläggande kunskapen om det EU-rättsliga regelverket, inte minst ur ett svensk perspektiv. Således innehåller framställningen både en beskrivning av EU:s statsstödsrätt – främst i form av artikel 107 och 108, den allmänna gruppundantagsförordningen samt det regelverk som omger den statsstödsrättsliga proceduren – och en analys av hur EU:s statsstödsrätt kan påverka flera olika svenska rättsområden och företeelser, samt hur dessa ska tolkas i ljuset av statsstödsreglerna. Syftet är således att också problematisera förhållandet mellan vissa svenska företeelser och rättsområden, och statsstödsrätten. De områden som särskilt ska belysas är den svenska regleringen rörande återkrav av olagliga stöd, de svenska nationella reglera rörande stöd till företag och de statsstödsrättsliga implikationerna i samband med så kallade OPS-projekt (offentlig-privat samarbete). Då ett av syftena med framställningen är att presentera EU:s statsstödsrätt utifrån ett svensk perspektiv är avsikten att också behandla det stora flertalet av de ärenden från främst kammarrätterna och Högsta

[14] Se Scoreboard - Data on State aid expenditure (state of play: 31 December 2009); http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/expenditure.html#2 (2011-06-27).

förvaltningsdomstolen som inbegriper statsstödsrättsliga implikationer. Någon heltäckande bild av statsstödsrätten i allmänhet och dess förhållande till svensk rätt i synnerhet kan knappast tecknas inom ramen för en monografi, men framställningen torde kunna tjäna som en utgångspunkt i sammanhanget.

Boken är indelad sju kapitel. I kapitel 1 behandlas kort bakgrunden till och syftet med EU:s statstödsregler. Dessutom presenteras i avsnitt 1.3 huvuddragen i regleringen, eller om man så vill statsstödsreglernas systematik. I kapitel 2 avhandlas innehållet i artikel 107.1 EUF-fördraget, det vill säga vad som utgör ett statligt stöd enligt EU-rätten. Kapitel 3 innehåller en redogörelse för de möjligheter till undantag från det generella förbudet mot statliga stöd som följer av artikel 107.2 och artikel 107.3. Särskilt fokus riktas också mot några av de områden som kan undantas från kommissionens granskning med stöd av den allmänna gruppundantagsförordningen[15] – i det avseendet riktas uppmärksamheten främst mot olika typer av regionalstöd, miljöstöd, stöd till forskning, utveckling och innovation samt stöd till främjande av utbildning och rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder. I kapitel 3 återfinns också en kort redogörelse för de undantagsmöjligheter som följer av att så kallade tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är särskilt reglerade inom EU-rätten. I kapitel 4 avhandlas kommissionens tillsyn, de sanktioner som kan aktualiseras om en medlemsstat bryter mot EU:s statsstödsregler och de skyldigheter som åligger svenska myndigheter och domstolar för att tillgodose de EU-rättsliga kraven. Den svenska nationella regleringen av både statliga och kommunala stöd berörs i kapitel 5 medan det i kapitel 6 redogörs för de statsstödsrättsliga implikationerna av offentlig-privata samarbeten. Framställningen avslutas med en sammanfattande analys i kapitel 7.

Då det i texten hänvisas till vissa angivna artiklar, såsom artikel 107.1, syftar hänvisningen till EUF-fördraget (Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt) om inget annat framgår av sammanhanget. Motsvarande gäller vid hänvisningar till fördraget – om inget annat nämns så åsyftar också dessa formuleringar till EUF-fördraget.

I sammanhanget ska nämnas att det i samband tillämpningen av EU:s statsstödsregler, och således även i denna framställning, förekommer två begrepp som redan nu måste förklaras – nämligen begreppen stödordning och individuellt stöd. Med en stödordning avses en rättsakt eller ett system

[15] Kommissionens förordning 800/2008/EG (den allmänna gruppundantagsförordningen).

av stöd som medlemsstaterna använder som grund för att bevilja individuella stöd. En stödordning kan därför vara en rättsakt som uppställer under vilka villkor vissa företag ska få möjlighet till ett visst stöd. Om en sådan stödordning godkänns av kommissionen är därför utgångspunkten att medlemsstaten kan betala ut stöd enligt stödordningen utan att varje enskild transaktion måste granskas och godkännas av kommissionen innan den verkställs. Ett individuellt stöd är ett stöd som lämnas till ett särskilt ändamål och som inte beviljas inom ramen för en stödordning, men det kan också vara ett enskilt stöd som beviljas på grundval av en stödordning, men som är anmälningspliktigt.[16] Det finns däremot ingen principiell skillnad mellan de båda stödformerna i och med att de båda måste anmälas till kommissionen innan de verkställs.

1.3 Rättsområdets systematik

Den primära EU-rättsliga regleringen av statliga stöd återfinns i artikel 107 och 108. I artikel 107.1 definieras vilka statliga åtgärder som omfattas av EU:s statsstödsreglering, medan det i artikel 107.2 återfinns en uppräkning av stödåtgärder som är förenliga med den inre marknaden och därför tillåtna. I artikel 107.3 ges också kommissionen möjlighet att godkänna olika kategorier av stöd vars positiva effekter ifråga om att främja vissa målsättningar, såsom miljöhänsyn, anses väga tyngre än de för konkurrensen negativa effekterna. Artikel 107 lyder som följer:

Artikel 107 FEUF (f.d. artikel 87 EG)

1. Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

2. Förenligt med den inre marknaden är

a) stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung,

[16] Se artikel 2 i den allmanna gruppundantagsförordningen.

b) stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser,

c) stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning i den utsträckning stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom denna delning. Fem år efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget får rådet på förslag av kommissionen anta ett beslut om upphävande av denna punkt.

3. Som förenligt med den inre marknaden kan anses

a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning och i de regioner som avses i artikel 349, med hänsyn till deras strukturella, ekonomiska och sociala situation,

b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,

c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom unionen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

e) stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut.

Som nämnts är inte bara artikel 107 av intresse i sammanhanget utan också artikel 108 är av central betydelse, vilket följer av att det egentligen är den artikeln som ger kommissionen en möjlighet att kontrollera och ingripa i händelse av att en medlemsstat vidtar en sådan åtgärd som omfattas av artikel 107.1. Artikel 108 lyder:

Artikel 108 (f.d. artikel 88 EG)

1. Kommissionen ska i samarbete med medlemsstaterna fortlöpande granska alla stödprogram som förekommer i dessa stater. Den ska till medlems-

staterna lämna förslag till lämpliga åtgärder som krävs med hänsyn till den pågående utvecklingen eller den inre marknadens funktion.

2. Om kommissionen, efter att ha gett berörda parter tillfälle att yttra sig, finner att stöd som lämnas av en stat eller med statliga medel inte är förenligt med den inre marknaden enligt artikel 107, eller att sådant stöd missbrukas, ska den besluta om att staten i fråga ska upphäva eller ändra dessa stödåtgärder inom den tidsfrist som kommissionen fastställer.

Om staten i fråga inte rättar sig efter detta beslut inom föreskriven tid får kommissionen eller andra berörda stater, med avvikelse från artiklarna 258 och 259, hänskjuta ärendet direkt till Europeiska unionens domstol.

På begäran av en medlemsstat kan rådet enhälligt besluta att stöd som denna stat lämnar eller avser att lämna ska anses vara förenligt med den inre marknaden, med avvikelse från bestämmelserna i artikel 107 eller de förordningar som avses i artikel 109, om ett sådant beslut är motiverat på grund av exceptionella omständigheter. Om kommissionen beträffande ett sådant stöd redan har inlett det förfarande som avses i första stycket av denna punkt, ska kommissionen – i sådana fall där staten har lämnat in en begäran till rådet – skjuta upp förfarandet till dess rådet har tagit ställning till statens begäran.

Om rådet inte har tagit ställning till nämnda begäran inom tre månader efter det att den inlämnats, ska kommissionen fatta beslut i ärendet.

3. Kommissionen ska underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den inre marknaden enligt artikel 107, ska den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2. Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut.

4. Kommissionen får anta förordningar avseende de kategorier av statligt stöd som rådet i enlighet med artikel 109 har fastställt som möjliga att undanta från förfarandet i punkt 3 i den här artikeln.

Av artikel 108 följer således bland annat att: (1) kommissionen fortlöpande, och i samarbete med medlemsstaterna, ska granska medlemsstaternas stödåtgärder, (2) att kommissionen ska besluta om en medlemsstat ska upphäva eller ändra en stödåtgärd som inte är förenlig med EU-rätten,

(3) att medlemsstaterna är skyldiga anmäla eventuella stödåtgärder som man har för avsikt att verkställa till kommissionen, och (4) att medlemsstaterna inte får verkställa några stödåtgärder innan kommissionen fattat ett slutgiltigt beslut.

I jämförelse med den centrala konkurrensrätten torde det stå klart att statsstödsrätten är långt mycket mer centralistisk utformad än övriga bestämmelser, vilket har sitt ursprung i tanken att de nationella myndigheterna och domstolarna kan misstänkas vara partiska då de ska ta ställning till den egna statens agerande. En ordning där endast nationella myndigheter övervakar sin egen stödgivning har därför ansetts vara olämplig.[17] De senaste årens utveckling torde däremot kunna kännetecknas av en viss lättnad i det avseendet, exempelvis har det från kommissionens sida poängterats att även nationella domstolar och myndigheter lämpligen bör ta ett större ansvar ifråga om tillämpningen av artikel 107.1,[18] varvid man också riktat allt mer ljus mot så kallad *private enforcement* även på statsstödsrättens område.[19] Även i den allmänna gruppundantagsförordningen kan man spåra tecken på att nationella myndigheter och domstolar tillåts ta ett större ansvar för rättsområdet – utan att för den skull kommissionens befogenheter inskränks.

Trots att artikel 107.1 strängt taget inte är utformad som ett förbud har bestämmelsen kommit att tolkas som ett sådant i och med att rättsverkningarna av ett stöd som inte är förenligt med den inre marknaden är att beslutet att utge stödet upphävs eller ändras och att redan utbetalt stöd kan tvingas betalas tillbaka.[20]

De statsstödsrättsrättsliga utgångspunkterna är således att medlemsstaterna inte ska lämna sådana stöd som avses i artikel 107.1 och att eventuella stödåtgärder som man likväl planerar att vidta ska anmälas till kommissionen i enlighet med artikel 108.3 innan de verkställs så att den kan genomföra en bedömning om åtgärderna är förenliga med statsstöds-

[17] Se D'sa, European Community Law on State Aid, 1998, s. 19.

[18] Se t.ex. Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig, s. 6.

[19] Se t.ex. kommissionens dokument Enforcement of EU State aid law by national courts, 2010.

[20] Se t.ex. Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 41 f. Formuleringen i artikel 107 om att ett stöd kan vara oförenligt med den inre marknaden, istället för förbjudet, har också föreslagits spegla områdets politiska natur, dvs. att politiska hänsyn torde väga tyngre på statsstödsområdet än vad som är fallet vid tillämpningen av de centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna, se D'Sa, European Community Law on State Aid, 1998, s. 9 f.

reglerna eller inte.[21] Följaktligen innehåller EU-rätten inte endast ett förbud mot statliga stöd, utan också både en anmälningsskyldighet och ett genomförandeförbud.

Regleringen instruerar också kommissionen att förbjuda stödåtgärder som kan skada konkurrensen om det inte finns goda skäl att acceptera den aktuella åtgärden. Hittills har däremot tämligen lite uppmärksamhet riktats mot att skilja ut de åtgärder som endast obetydligt påverkar konkurrensen vid en tillämpning av artikel 107.1 – vilket inte endast har medfört att tillämpningen av bestämmelsen kan beskyllas för att vara relativt formell, utan bestämmelsens tillämpningsområde kan också beskyllas för att vara allt för vidsträckt.

Det följer vare sig av regleringen som sådan eller av praxis att förbudet i artikel 107.1 skulle tolkas på så vis att det fordras att man kan visa att en viss åtgärd är skadlig ur konsumentperspektiv för att åtgärden ska omfattas av statsstödsrätten. Det finns inte heller något krav att man ska kunna presentera en omfattande analys rörande hur en viss åtgärd påverkar konkurrensneutraliteten, på så sätt att stödet ifråga motverkar ett så kallat *level playing field*. Man måste inte heller kunna påvisa att en åtgärd har en märkbar effekt för att den ska omfattas av artikel 107.1. Utgångspunkten för bedömningen om en åtgärd påverkar konkurrensen får istället tas i ett hypotetiskt antagande om att en åtgärd som är selektiv också påverkar konkurrensen. Att det rör sig om ett antagande understryks av det faktum att en åtgärd mycket väl kan omfattas av regleringen även om stödmottagaren inte har några konkurrenter på marknaden, eller om stödet utgår till alla företag inom en hel sektor.[22]

Det torde också kunna konstateras att inte heller selektivitetskriteriet har ansetts utgöra någon särskilt bra "screening" ifråga om att avgöra vilka åtgärder som förtjänar att angripas med stöd av statsstödsrätten. I princip alla statliga åtgärder påverkar olika företag och olika sektorer i olika utsträckning, varför de allra flesta åtgärder också kan anses vara selektiva i en eller annan mening.[23] Vanligtvis görs inte heller någon djupare analys ifråga om selektivitetskravet är uppfyllt, utan utgångspunkten tycks istället vara att kravet på selektivitet är uppfyllt om en viss åtgärd anses utgöra ett stöd – och om selektivitetskravet är uppfyllt så anses åtgärden som nämnts också påverka konkurrensen.[24]

[21] Jfr Quigley & Collins, EC State Aid Law and Policy, 2003, s. 1.
[22] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 12 f.
[23] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 13.
[24] Jfr t.ex. mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen, p. 30.

Mot bakgrund av ovanstående har regleringen i artikel 107.1 beskyllts för att kännetecknas av en *"vast over-inclusion"*.[25] Synpunkter har därför framförts med innebörd att man borde inleda en reform med sikte på att utveckla en analys för att i större utsträckning kunna avgöra vilka åtgärder som borde omfattas av artikel 107.1 och på så sätt i viss mån begränsa statsstödsrättens tillämpningsområde, istället för att som idag sålla ut de åtgärder som har begränsad eller ingen påverkan på konkurrensen med hjälp av undantagsbestämmelserna i artikel 107.3.[26]

Kommissionen har dock knappast fäst särskilt stort avseende vid ovanstående kritik, utan dess fokus tycks även fortsättningsvis riktas mot att använda artikel 107.3 som ett verktyg för att hantera regleringens *"over-inclusion"*.[27]

Artikel 107.3 kan därför användas som ett instrument för att balansera eventuella fördelar med ett visst stöd mot dess negativa effekter på konkurrensen och i samband därmed kan kommissionen bland annat ta hänsyn till om ett stöd är ett nödvändigt och lämpligt sätt att hantera ett marknadsmisslyckande eller om stödet kan främja social sammanhållning eller om det kan motiveras av andra viktiga hänsyn, såsom miljöhänsyn.

Det faktum att det av regleringen i artikel 107.3 följer att kommissionen kan meddela undantag från det generella förbudet i artikel 107.3 om de betingelser som anges i bestämmelsen är uppfyllda innebär att kommissionen, i vart fall enligt bestämmelsen, har ett relativt stor handlingsutrymme ifråga om att göra egna bedömningar av om undantag ska medges eller inte. På denna punkt skiljer sig också regleringen i artikel 107.3 från de undantagsmöjligheter som anges i artikel 107.2 – enligt den senare bestämmelsen *ska* kommissionen meddela undantag om bestämmelsens villkor är uppfyllda. I samband med kommissionens bedömning om undantag ska medges med hänvisning till artikel 107.3 är den bakomliggande principen att den åtgärd som ska omfattas av undantaget kan anses medverka till att uppnå ett mål av ett gemensamt europeiskt intresse.

Vad som utgör ett gemensamt europeiskt intresse måste förstås i en vid mening och begreppet inrymmer därför både intressen som kan hänföras till att skapa en ökad ekonomisk effektivitet genom att hantera olika typer

[25] Se Ahlborn & Berg, Can State Aid Learn from Antitrust? The Need for Greater Role for Competition Analysis under the State Aid under the State Aid Rules', i; Biondi, Eeckhout & Flynn (red.), The Law of State Aid in the European Union, 2004, s. 53 f.
[26] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 13.
[27] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 13.

av marknadsmisslyckanden och åtgärder som, oberoende av eventuella marknadsmisslyckanden, syftar till främja social och regional sammanhållning, hållbar utveckling och kulturell mångfald.[28]

Kommissionen har däremot själv begränsat sin möjlighet att godkänna statliga stödåtgärder genom att anta sekundärrätt i form av förordningar. Stödet för kommissionen att anta sekundärrätt på området följer av rådets förordning 994/98/EG (statsstödsförordningen), vilken rådet utfärdat med stöd av artikel 109. Utöver de förordningar som reglerar stora delar av rättsområdet har kommissionen också antagit så kallad *soft law* i form av olika riktlinjer. En övervägande del av både den sekundärlagstiftning och den *soft law* som finns på statsstödsrättens område rör också just tillämpningen av de undantagsmöjligheter som regleras i artikel 107.3.

Som en följd av utfärdandet av de olika riktlinjerna och sekundärlagstiftningen har kommissionen gjort det något enklare för sig att motstå politiska påtryckningar i enskilda ärenden samtidigt som man dessutom ökat sina möjligheter att påverka vilka stödåtgärder medlemsstaterna väljer att vidta, vilket är ett uttryck för vad som ofta betecknas som positiv integration.[29]

Mängden av sekundärlagstiftning och *soft law*, och den detaljgrad som kännetecknar dokumenten, visar också på ett tydligt sätt att kommissionen föredrar regler framför skönsmässighet då man tar ställning till om en viss åtgärd ska omfattas av något av de undantag som följer av artikel 107.3. Frågan om hur mycket fritt skön myndigheter och domstolar ska ha vad gäller att balansera om en åtgärds konkurrensmässiga fördelar ska anses uppväga dess negativa konsekvenser för konkurrensen har också varit föremål för en omfattande debatt, men primärt i samband med företags ensidiga ageranden.[30]

Som argument för att myndigheter och domstolar ska ges ett tämligen stort handlingsutrymme kan anföras att det ger dem större möjlighet att fatta beslut utifrån ekonomisk teori, så tillvida att man kan tillåta åtgärder som enligt ekonomisk teori är effektiva. Ett stort handlingsutrymme ger dessutom myndigheter och domstolar möjlighet att beakta alla relevanta

[28] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 15 f.

[29] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 15 f. Ifråga om begreppet positiv integration se t.ex. Majone, Dilemmas of European Integration, 2005.

[30] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 17 och där anförd praxis. För en omfattande studie rörande de aktuella frågorna se O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006.

omständigheter i det enskilda fallet varför systemet också blir tämligen flexibelt.[31]

De argument som framförs för att tydliga regler ska prioriteras framför ett stort handlingsutrymme utgår ifrån att regler skapar ett transparent system som i sin tur gör det lättare för medlemsstaterna att på förhand avgöra vilka åtgärder som kan förväntas gynnas av ett undantag enligt artikel 107.3. Dessutom medför tydliga regler, framför ett stort handlingsutrymme, att medlemsstaterna inte i samma utsträckning behöver initiera omfattande och kostsamma analyser för att kunna lämna stöd som kan anses vara lämpliga enligt kommissionen.[32] En annan orsak till att kommissionen valt att utfärda både förordningar och diverse riktlinjer är att det behövts för att kunna hantera en allt större arbetsbörda.

Av den omfattande sekundärlagstiftningen och kommissionens så kallade *soft law* kan också slutsatsen dras att kommissionen i allt väsentligt prioriterar olika åtgärders effekter framför dess form då den avgör vilka åtgärder som ska kunna undantas från det generella förbudet i artikel 107.1.

Det faktum att kommissionen valt att anta en relativt stor mängd sekundärlagstiftning och *soft law* innebär emellertid inte att man bortser från den ekonomiska teorin. Under förutsättning att den reglering som antas är utformad utifrån ekonomisk analys och förväntade effekter av särskilda typer av stödåtgärder ifråga om effektivitet och välfärd, och inte utifrån antaganden eller uppfattningar om att vissa stöd *per se* ska vara tillåtna, så råder dock inget motsatsförhållande mellan en tydlig reglering och en effektbaserad analys.

Som ett resultat av den så kallade Lissabon-strategin utarbetade kommissionen under 2005 som nämnts också en handlingsplan, som inte sällen refereras till med hjälp av dess engelska namn; the State Aid Action Plan (Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009).[33] I handlingsplanen föreslogs flera förändringar rörande sekundärrätten på området, vilka exempelvis syftade till att åstadkomma en bättre analys ifråga om vilka stöd som ska kunna undantas från det generella förbudet i artikel 107.1. Det övergripande syftet med handlingsplanen var också att medlemsstaterna skulle lämna mindre, men bättre inriktande, statliga stöd till företagen.

[31] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 17 f.
[32] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 18.
[33] Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005–2009, KOM(2005) 107 slutlig.

Kommissionen har i handlingsplanen också redogjort för att den i större utsträckning än tidigare ska använda sig av "ett finare ekonomiskt angreppssätt",[34] på så sätt att man fortsättningsvis ska utgå ifrån en effektbaserad analys som inbegriper att man också gör ett så kallat balanstest där man å ena sidan beaktar vilka störningar för konkurrensen ett stöd kan orsaka, och andra sidan vilka de positiva effekterna av stödet, i form av att hantera exempelvis olika marknadsmisslyckanden, kan tänkas bli. Ett sådant balanstest ska numera tillämpas i samband med alla stöd som analyseras i förhållande till undantagsbestämmelserna i artikel 107.3.[35]

Av handlingsplanen följer också att kommissionen som utgångspunkt anser att stöd endast ska lämnas för att antingen hantera olika typer av marknadsmisslyckanden, eller oberoende av eventuella marknadsmisslyckanden, för att främja social och regional sammanhållning, hållbar utveckling och kulturell mångfald.[36]

Med marknadsmisslyckande avses en situation som uppstår när resurserna inte fördelas effektivt eller ändamålsenligt. Ofta anges som exempel på ett marknadsmisslyckande det förhållande att företag inte sällan är tämligen ovilliga att investera i utbildning av personal, i och med att sådana investeringar kan medföra att företagets konkurrenter kan tillgodogöra sig den aktuella investeringen genom att rekrytera den utbildade personalen.[37] Då olika marknadsmisslyckanden innebär att samhällets resurser inte används på det mest effektiva sättet har det också medfört att man i större utsträckning har haft en positiv syn på statlig intervention för att hantera de uppkomna problemen.

Endast det faktum att man kan observera ett marknadsmisslyckande innebär dock inte att man också kan acceptera ett statligt stöd, i och med att det i många situationer finns andra och mer effektiva sätt att hantera ett marknadsmisslyckande på – exempelvis genom att anta särskild lagstiftning eller att förändra skattesystemet. Att lämna ett statligt stöd för att angripa ett marknadsmisslyckande är inte sällan dessutom en tämligen kostsam lösning, varvid de statliga medel som då används ibland hade kunnat användas på ett mer effektivt sätt på ett annat område. Också det förhållande att ett stöd, även om det lämnas för att hantera ett marknadsmisslyckande, kan

[34] Se Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005-2009, KOM(2005) 107 slutlig, s. 5 f.
[35] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 20 och s. 113 f.
[36] Se Handlingsplan för statligt stöd – Mindre med battre riktat statligt stöd: en plan for reform av det statliga stödet 2005-2009, KOM(2005) 107 slutlig.
[37] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 19 f.

påverka konkurrensen negativt måste beaktas i samband med att man avgör hur ett marknadsmisslyckande ska hanteras. Dessa förhållanden är också en del av det balanstest som ska göras i samband med bedömningen om en åtgärd ska undantas från det generella statsstödsförbudet med stöd av artikel 107.3, varför medlemsstaterna endast får lämna olika stöd för att hantera marknadsmisslyckanden om det inte finns några för konkurrensen mindre ingripande åtgärder som kan förväntas vara lika effektiva.

I sammanhanget ska också nämnas att kommissionen gör skillnad mellan horisontellt stöd, det vill säga stöd som potentiellt kan gynna alla företag oavsett inom vilken bransch de verkar, och sektoriellt stöd, det vill säga sådant stöd som lämnas till enskilda företag eller företag inom specifika branscher. Kommissionens syn på de olika stöden är att horisontella stöd är att föredra framför sektoriella stöd i och med att de förra i mindre utsträckning anses snedvrida konkurrensen. Utvecklingen har de senaste 20 åren också gått mot att en allt större del av det stöd som medlemsstaterna lämnar är just horisontellt. Fokus för horisontella stöd tycks också – till skillnad från vad som vanligtvis är fallet med sektoriella stöd – vara att hantera sådana situationer som kan karaktäriseras som marknadsmisslyckande, exempelvis att företagen inte investerar tillräckligt i forskning och utveckling.[38]

1.4 Statsstödsrättens tillämpningsområde och dess förhållande till andra regleringar

Även om regleringen i artikel 107–108 är generellt utformad på så sätt att den som utgångspunkt gäller stöd till alla företag inom samtliga sektorer, finns det ett fåtal områden som är särskilt reglerade. Av formuleringen i artikel 107 följer dessutom att bestämmelsen endast är tillämplig i den del annat inte föreskrivs i fördraget.

Ett område som är särskilt reglerat i fördraget och som därför i viss mån också intar en särställning i statsstödsrättslig mening är jordbrukssektorn. Av artikel 40 EUF-fördraget följer nämligen att produktion av och handeln med jordbruksprodukter endast omfattas av EU:s konkurrensregler, inklusive statsstödsreglerna, i den mån rådet beslutat om det. Kommissionens kompetens att kontrollera stöd till jordbrukssektorn grundas därför inte

[38] Under 2009 utgjordes ca 84 procent av det samlade stödet bland EU:s 27 medlemsstater av horisontellt stöd. För svensk del utgjorde det horisontella stodet 100 procent. Se Scoreboard - Data on State aid expenditure (state of play: 31 December 2009); http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/expenditure.html#4_1 (2011-06-28)

på EU:s statsstödsregler utan på rådets sekundärlagstiftning. I praktiken är däremot statsstödsreglerna tillämpliga på en stor del av produktionen av och handeln med jordbruksprodukter, vilket behandlas nedan i avsnitt 3.9. Motsvarande gäller stöd till företag verksamma inom fiskerisektorn vilket avhandlas i avsnitt 3.10.

Ytterligare ett exempel på område som till viss del är särskilt reglerat är transportområdet. Exempelvis framgår det av artikel 93 EUF-fördraget att medlemsstaterna får lämna stöd till transporter om det behövs för att tillgodose behovet av samordning av transporter eller om stödet utgör ersättning för allmän trafikplikt. Möjligheten att lämna stöd med hänvisning till artikel 93 gäller dock endast transporter på järnväg, väg och inre vattenvägar. Stöd som lämnas till företag med anledning av transporter till sjöss och med flyg omfattas således till fullo av bestämmelserna i artikel 107–108. Därtill finns både särskilda bestämmelser som styr statsstödsrättens tillämpning vad gäller stöd till media och kommunikation och bestämmelser som reglerar stöd till stål och kolindustrin. Stöd till transporter, media och kommunikation samt stöd till stål och kolindustrin behandlas dock inte inom ramarna för denna framställning, se istället till exempel Bacon, European Community Law of State Aid, 2009.

Det ska dessutom observeras att andra delar av EU-rätten kan ha en tydlig påverkan på statsstödsrättens tillämpningsområde. Tydligast torde detta visa sig i synen på den offentliga upphandlingens roll och tillämpningen av upphandlingsreglerna, i samband med bedömningen om en offentlig aktör lämnat ett stöd då den kompenserar ett företag för att detta ska tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Att så är fallet följer exempelvis av EU-domstolens dom i mål C-280/00, Altmark, vari EU-domstolen uttalade att en offentlig upphandling under vissa betingelser kan utesluta förekomsten av ett statligt stöd i den mening som följer av artikel 107.1.[39] Utgångspunkten är också att en medlemsstat som tillämpar ett öppet anbudsförande då den vänder sig till marknaden för att införskaffa exempelvis varor eller tjänster inte får anses ha agerat i strid med artikel 107 EUF-fördraget.[40]

[39] Se också kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 106.2 på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU), vilket behandlas nedan i avsnitt 3.13.7.

[40] Ett undantag från denna huvudregel kan vara den situation att medlemsstaten införskaffar något som den inte är i behov av i syfte att stödja marknadens aktörer, se nedan avsnitt 2.2.6.

Frågan om förhållandet mellan upphandlingens roll och statsstödsrätten har också belyst i Ds 2009:36 med anledning av förslaget att införa en tillfällig undantagsbestämmelse i LOU som ska motsvara det undantag från skyldigheten att genomföra en upphandling i enlighet med direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (upphandlingsdirektivet) som följer av den så kallade Teckal-doktrinen.[41]

Därtill kan statsstödsrätten ha en viss betydelse för tillämpningen av EU:s upphandlingsreglering – av artikel 55 i upphandlingsdirektivet följer att en upphandlande myndighet kan förkasta ett anbud som är onormalt lågt, under förutsättning att anbudsgivaren inte kunnat lämna en rimlig förklaring till varför anbudet ifråga är så lågt som det är. I artikel 55.3 specificeras att:

> "Om en upphandlande myndighet fastställer att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får anbudet förkastas enbart av denna anledning först efter samråd med anbudsgivaren och om denne inom den rimliga tidsfrist som fastställs av den upphandlande myndigheten inte kan bevisa att det berörda stödet har beviljats på lagliga grunder. Om den upphandlande myndigheten förkastar ett anbud under dessa omständigheter, skall den underrätta kommissionen om detta."

Förekomsten av ett statligt stöd kan således påverka tillämpningen av upphandlingsreglerna och utgången av en enskild upphandling.

Då syftet med fri konkurrens – och därmed också med den centrala konkurrensrätten i form av artikel 101 och 102 EUF-fördraget – är att de företag som är mest lämpade att utföra en viss tjänst eller att tillhandahålla en viss produkt ska göra det, måste mindre produktiva företag låtas gå i konkurs eller på annat sätt lämna marknaden. En sådan utveckling hindras däremot om olika former av offentliga stöd utgår till företag som annars inte är tillräckligt framgångsrika, vilket i förlängningen motverkar

[41] Se Ds 2009:36 s. 75–79. I mål C-107/98, Teckal, definierade EU-domstolen vad som avsågs med in house-aktiviteter, det vill säga under vilka villkor en upphandlande myndighet kan införskaffa något från ett fristående organ, utan att behöva agera i enlighet med bland annat upphandlingsdirektivet. EU-domstolens praxis på området har också successivt utvecklats, bland annat i viss mån genom mål C-26/03, Stadt Halle, mål C-340/04, Cabotermo, och mål C-324/07, Coditel Brabant. EU-domstolens praxis på området behandlas bland annat i Bergman m.fl., Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris, 2011, s. 41–46, Olesen, Formål af almen interesse som element i EU-retten, i; Madell m.fl. (red.), Den nordiska välfärden och marknaden, 2011, s. 247–258, och Steinicke, Den udbudsretlige in house-regel, i; Godsk Pedersen (red.), Juridiske emner ved Syddansk Universitet, 2009, s. 260–273.

en effektiv resursallokering. Således kompletteras de centrala konkurrensrättsliga bestämmelserna inom EU av statsstödsregleringen.[42] Anledningen till att en sådan komplettering ansetts vara nödvändig är att offentliga beslut att lämna stöd allt som oftast inte kan angripas med hjälp av artikel 101 eller 102, i och med att stödgivaren då vanligtvis inte uppträder som ett företag på marknaden, utan som ett sådant offentligt organ som inte anses bedriva ekonomisk verksamhet i den mening som fordras för att den centrala konkurrensrätten ska vara tillämplig.[43]

Om ett offentligt organ däremot skulle anses bedriva ekonomisk verksamhet i en viss situation, varför företagsbegreppet är uppfyllt, och i den situationen stödja ett annat företag finns det inget som hindrar att agerandet granskas både utifrån statsstödsreglerna och utifrån den centrala konkurrensrätten. Om en offentlig aktör som agerar på marknaden väljer att gynna ett annat företag, varvid andra företag missgynnas, exempelvis genom att tillämpa en diskriminerande prissättning, kan en sådan åtgärd mycket väl omfattas av förbudet mot missbruk av dominerande ställning, samtidigt som åtgärden eventuellt också kan angripas såsom stridande mot förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget.

Det ska i sammanhanget dessutom poängteras att det inte finnas något som hindrar att användningen av ett visst stöd, oavsett om stödgivaren utgör ett företag eller ej, granskas utifrån den centrala konkurrensrätten, främst artikel 102 EUF-fördraget. En stödmottagare som intar en dominerande ställning får nämligen inte missbruka en sådan ställning, exempelvis genom att tillämpa en allt för aggressiv prissättning.

Förhållandet mellan nationell rätt och EU:s statsstödsrätt är som utgångspunkt tämligen oproblematiskt på så vis att EU-rätten har företräde framför nationell rätt. En medlemsstat kan därför inte undkomma en tillämpning av statsstödsreglerna genom att formulera egna lagar eller förordningar som innebär att sådana stöd som omfattas av regleringen i artikel 107–108 kan utgå. Men även om förhållandet mellan EU:s statsstödsrätt och de nationella rättsordningarna kan te sig oproblematiskt tycks det i vissa situationer ändå kunna uppstå spänningar mellan de olika regelsystemen – inte minst i samband med att medlemsstater underlåter att följa beslut som fattats av kommissionens på området med hänvisning till nationella regleringar.[44]

[42] Jfr D'sa, European Community Law on State Aid, 1998, s. 1. Se också Hancher m.fl., EC Sate Aids, 2006, s. 19–22.
[43] Angående företagsbegreppet se nedan avsnitt 2.5.1.
[44] Liknade frågeställningar behandlas nedan i avsnitt 4.5.

2 Regleringen i artikel 107.1 EUF-fördraget

2.1 Inledning

Statsstöd är ett objektivt begrepp som ska definieras i relation till dess effekt och inte dess syfte. En medlemsstat kan därför mycket väl bryta mot EU:s statsstödsreglering trots att avsikten med en viss åtgärd inte är att gynna exempelvis inhemska företag. Däremot kan syftet med en viss åtgärd vara av stor betydelse i samband med bedömningen om undantag från det generella förbudet i artikel 107.1 ska kunna medges.[45]

Vad som utgör ett statligt stöd och därmed omfattas av EU:s kontroll definieras i artikel 107.1, vari det stadgas:

> Om inte annat föreskrivs i fördragen, är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Utgångspunkten är således att medlemsstaterna inte får vidta sådana stödåtgärder som avses i bestämmelsen om de inte är förenliga med någon annan bestämmelse i fördragen – varvid främst artikel 107.2, 107.3 och artikel 106.2 i EUF-fördraget är av störst intresse i sammanhanget.[46]

För att en åtgärd ska träffas av EU:s statsstödsregler fordras enligt artikel 107.1 att fem kumulativa rekvisit är uppfyllda:

1. Det ska röra sig om ett stöd (avsnitt 2.2)
2. Stödet ska beviljas av staten och utgå med statliga medel (avsnitt 2.3)
3. Stödet ska gynna vissa företag eller viss produktion (avsnitt 2.4)
4. Stödet ska påverka eller riskera att påverka konkurrensen (avsnitt 2.5)
5. Stödet ska påverka handeln mellan medlemsstater (avsnitt 2.6)

[45] Se nedan kapitel 3.

[46] Huvuddragen rörande de möjligheter till undantag som följer av artikel 107.2 och artikel 107.3 behandlas nedan i kapitel 3. Artikel 106.2 berörs nedan i avsnitt 3.13.6.

I följande avsnitt redogörs kort för respektive rekvisit, medan några av de möjligheter till undantag som finns från det generella förbudet behandlas nedan i kapitel 3.

2.2 Det EU-rättsliga stödbegreppet

2.2.1 Introduktion

Vad som egentligen utgör ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 är inte slutgiltigt fastslaget på så sätt att det finns någon tydlig definition av stödbegreppet i till exempel EUF-fördraget. Däremot har EU-domstolens vid ett flertal tillfällen varit tvungen att precisera begreppets innebörd. Det finns följaktligen numera en relativt omfattande praxis som rör tolkningen av stödbegreppet.

Av praxis kan därför slutsatsen dras att man i samband med en tillämpning av statsstödsreglerna ska ge begreppet stöd en vid tolkning, varför det inte endast inrymmer direkta subventioner. I mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen, uttalade EU-domstolen att:

> "Enligt normalt språkbruk betraktas en subvention som en kontant- eller naturaförmån som beviljas till stöd för ett företag vid sidan av betalningen, från köparen eller användaren, för varor eller tjänster som företaget producerar.
>
> Stödåtgärder är ett mycket närliggande begrepp där emellertid den målinriktade karaktären betonas så att stödåtgärder framstår som särskilt avsedda för att uppnå ett bestämt mål, vilket i allmänhet inte skulle kunna uppnås utan bistånd utifrån.
>
> Begreppet stödåtgärd är dock mer allmänt än begreppet subvention eftersom det omfattar inte enbart konkreta förmåner som själva subventionerna utan även ingripanden som på olika sätt minskar de kostnader som normalt belastar företagets budget och som därigenom, utan att det är fråga om subventioner i strikt bemärkelse, är av samma karaktär och har identiskt lika effekter."[47]

I mål 61/79, Denkavit, definierade domstolen begreppet stöd som varje åtgärd:

> "varigenom medlemsstaterna för att genomföra sina egna ekonomiska och sociala mål genom ensidiga och självständiga beslut ger företag eller andra

[47] Mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg,

rättssubjekt tillgång till medel eller fördelar som skall främja förverkligandet av de eftersträvade ekonomiska eller sociala målen."[48]

I likhet med vad som gäller för tillämpningen av artikel 107.1 i generell bemärkelse är inte en medlemsstats syfte med viss åtgärd avgörande för om stödbegreppet är uppfyllt, i och med att stöd är ett objektivt begrepp som ska definieras i relation till dess effekt och inte dess syfte.[49]

Några svårigheter ifråga om att avgöra om stödbegreppet är uppfyllt då en medlemsstat lämnar ett direkt stöd, exempelvis i form av en subvention, föreligger knappast. Sådana åtgärder ryms per automatik inom begreppet stöd. Det kan däremot vara betydligt svårare att avgöra om många andra åtgärder, såsom olika skatteregler eller möjligheten att få köpa offentlig egendom till vissa villkor, omfattas av stödbegreppet. För att fastställa om det föreligger ett stöd i det senare fallet måste man enligt EU-domstolens praxis ställa sig frågan om det aktuella företaget fått en ekonomisk fördel som det inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga förhållanden.[50] Det ska i sammanhanget också nämnas att bevisbördan ifråga om det föreligger ett stöd ligger på kommissionen,[51] medan det åligger medlemsstaten att visa att åtgärden är förenlig med den inre marknaden.[52]

En tillämpning av kriteriet rörande marknadsmässiga förhållanden kräver att det görs skillnad mellan (1) situationer då staten agerar i egenskap av myndighet och (2) situationer då staten uppträder som en deltagare på marknaden.

I den första situationen, det vill säga då staten agerar som myndighet exempelvis i dess egenskap som lagstiftare, behöver någon jämförelse med *marknadsmässiga förhållanden* inte göras varför man endast behöver undersöka om den aktuella lagstiftningen skapar fördelar för vissa företag eller viss produktion. I det andra fallet, då staten deltar som aktör på marknaden exempelvis som en investerare, måste man däremot jämföra statens agerande med hur andra investerare rent hypotetiskt skulle ha agerat i motsvarande situation – vilket är ett uttryck för vad som brukar betecknas som den marknadsekonomiska investeringsprincipen. Principen behandlas nedan i avsnitt 2.2.2.

[48] Mål 61/79, Denkavit, p. 31.
[49] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 25 och s. 29 ff.
[50] Mål C-39/94, La Poste, p. 60.
[51] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 14. Ifråga om bevisbördans placering vad galler förekomsten av stöd kan också Kammarrättens i Stockholm dom 2009-02-16, mål nr 4514-07, nämnas.
[52] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 106.

Om en offentlig aktör både verkar som myndighet i den mening att den reglerar marknaden samtidigt som den också agerar som ett företag på marknaden ska dess roll som myndighet beaktas vid avgörandet om den gynnar det egna företaget på ett sätt som medför att det rör sig om ett stöd i enlighet med artikel 107.1. Som exempel kan nämnas mål T-475/04, i vilket Tribunalen kom till slutsatsen att den reduktion av avgifter för beviljande av 3G-licenser som beviljades företagen Société française du radiotéléphone och France Télécom (vilket senare blev Orange France) inte utgjorde ett statsstöd. Även om de aktuella tillgångarna i form av ett allmänt frekvensutrymme hade ett ekonomiskt värde ansåg både kommissionen och Tribunalen att man skulle beakta att den aktuella medlemsstaten inte bara ägde de ifrågavarande resurserna utan att man också reglerade den aktuella marknaden. Medlemsstaten var därför fri att själv välja licenstagare utan att utnyttja ett öppet auktionsförfarande. Under förutsättning att alla potentiella operatörer behandlades på ett likartat sätt förelåg därför inget statsstöd.

I samband med fastställandet om det föreligger ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 måste först och främst noteras att det är situationen i den egna medlemsstaten som är avgörande för om företaget är gynnat eller inte. Det går således inte att utgå ifrån situationen i andra medlemsstater, i och med att man därigenom skulle behöva jämföra olika faktiska och legala situationer. Det kan följaktligen vara fråga om ett stöd om en medlemsstat försöker kompensera för konkurrensnackdelar som företag i den egna medlemsstaten har jämfört med företag i andra medlemsstater.[53]

Vid bedömningen om en åtgärd utgör ett stöd måste man dessutom se till transaktionen som helhet och inte bara till enskilda delar av den. Exempelvis kan en enskild investering i form av ett kapitaltillskott i ett företag falla utanför tillämpningsområdet för artikel 107.1, medan motsvarande åtgärd mycket väl kan utgöra ett stöd om den sätts in ett sammanhang där staten också på andra sätt intervenerar på marknaden. Motsvarande gäller ifråga åtgärder som vid en första anblick tycks utgöra ett stöd, men där omständigheterna är sådana att något egentligt gynnande i realiteten inte föreligger. Om en medlemsstat exempelvis skulle ha orsakat ett företag en skada finns det därför inget som hindrar att staten ersätter företaget för den aktuella skadan.[54] För att det inte ska röra sig om något stöd i EU-rättslig mening krävs däremot att skadeståndsanspråket inte är ogrundat

[53] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 31.
[54] Se de förenade målen 106–120/87, Asteris, p. 24.

och att ersättningens storlek inte överstiger vad som är rimligt. Också när en statlig ersättning utgår som kompensation för att ett företag går miste om en ekonomisk fördel eller rättighet, som i sig själv konstituerar ett statsstöd, omfattas åtgärden av stödbegreppet i artikel 107.1.[55]

Stödbegreppet kan vara uppfyllt även om själva stödet är beroende av eventualiteter, såsom bristande betalningsförmåga då staten lämnat en kreditgaranti. Därför kan redan utfärdandet av en kreditgaranti utgöra ett stöd oavsett om stödmottagaren verkligen behöver utnyttja garantin. Det faktum att stödmottagaren med hjälp av garantin kan uppbära bättre villkor än utan den aktuella garantin är tillräckligt för att det ska röra sig om ett stöd.

Även om kreditgarantier vanligtvis anses gynna låntagaren kan sådana garantier i vissa fall istället anses utgöra ett gynnande av långivaren – exempelvis om garantin lämnas först efter det att kreditavtalet redan ingåtts utan att villkoren för avtalet förändras.[56]

2.2.2 Den marknadsekonomiska investeringsprincipen

Som nämnts ovan måste man i statsstödsrättsligt hänseende göra skillnad mellan situationer då staten agerar i egenskap av myndighet och situationer då staten uppträder som en deltagare på marknaden. För att skilja de två kategorierna av åtgärder från varandra har kommissionen och EU-domstolen tillämpat kriteriet om en privat investerares beteende på en konkurrensutsatt marknad. Därför har också EU-domstolen definierat begreppet stöd som sådana åtgärder som leder till att ett företag får en ekonomisk fördel vilken det inte hade erhållit under normala marknadsmässiga förhållanden, vilket är ett uttryck för den så kallade marknadsekonomiska investeringsprincipen.[57] Principen bygger på EU-domstolens dom i mål 234/84, Belgien mot kommissionen.[58]

Den marknadsekonomiska investeringsprincipen har också utvecklats i så motto att det numera finns något av en undergrupp till principen – nämligen *the market economy creditor principle.* Den senare principen behandlas nedan i avsnitt 2.2.3.

[55] Kommissionens beslut 20.03.1996, 96/34/EG, EGT 1996/L 180/31, p. 6. Se också Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 176 f.
[56] Kommissionens tillkännagivande om tillampningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.
[57] Se t.ex. mål 234/84, Belgien mot kommissionen, p. 13, mål 40/85, Belgien mot kommissionen, p. 13, samt mål C-39/94, La Poste, p. 60.
[58] Mål 234/84, Belgien mot kommissionen, p. 13.

EU-domstolen har uttalat att det vid fastställandet om ett statligt stöd föreligger måste bedömas om stödgivaren agerar på villkor som skulle accepteras av en kommersiell aktör. Om så är fallet föreligger inget stöd i den mening som avses i artikel 107.1.[59] Vid avgörande om det föreligger ett stöd måste således utrönas huruvida en viss åtgärd hade kunnat förväntas vidtas av en kommersiell aktör med siktet inställt på normal avkastning.

EU-domstolen har också preciserat att till skillnad från många privata investerare är inte medlemsstaterna lika måna om en omedelbar avkastning på det insatta kapitalet, varför medlemsstaternas uppträdande inte direkt kan jämföras med hur många privata investerare skulle ha agerat under motsvarande förhållanden. Följaktligen behöver nödvändigtvis inte offentliga investerare eftersträva omedelbar avkastning för att dess engagemang inte ska omfattas av stödbegreppet.[60] Av principen framgår emellertid att statliga åtgärder som inte syftar till att generera vinst, även på lång sikt, ska bedömas i förhållande till statsstödsreglerna i och med att en normal privat investerare inte skulle ha vidtagit de aktuella åtgärderna under motsvarande premisser.[61]

Om en offentlig aktör redan är aktieägare i ett företag kan nya investeringar behövas för att säkra företagets fortlevnad. Kapitaltillskott i en sådan situation kan också anses vara förenliga med den marknadsekonomiska investeringsprincipen i större utsträckning än nyinvesteringar i ett motsvarande företag.[62] I samband med avgörandet om ett aktieägande utgör ett statligt stöd ska jämförelsen göras med ett privat holdingbolag eller företagsgrupp som agerar utifrån en strukturpolicy som efterfrågar vinst på en längre sikt.[63]

Om en offentlig aktör agerar tillsammans med en eller flera privata investerare, i samma ärende och på motsvarande villkor, är utgångspunkten också att medlemsstaten agerar i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen.[64]

Som ett för svensk del belysande exempel på en tillämpning av den marknadsekonomiska investeringsprincipen kan kommissionens beslut i

[59] Se t.ex. de förenade målen 67, 68 och 70/85, van der Kooy, p. 28.

[60] Se t.ex. mål C-305/89, Alfa Romeo, p. 20. Se också kommissionens riktlinjer, Tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget på offentliga myndigheters delägande, EU:s bulletin 9-1994 (ej längre gällande).

[61] Se mål C-303/88, ENI-Lanerossi, p. 22, de förenade målen T-126–127/96, BFM, p. 80 och mål T-234/95, Stahlgesellschaft, p. 121.

[62] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 43 f.

[63] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 43.

[64] Se t.ex. mål T-296/97, Alitalia, p. 81.

ärende N 791/2006, Business Case Norrköping, nämnas.[65] I ärendet hade kommissionen att ta ställning till om Norrköpings kommuns engagemang i ett marknadsföringsbolag som hade till uppgift att ingå avtal med olika flygbolag omfattades av EU:s statsstödsregler. Norrköpings kommun ägde direkt och indirekt 50 procent av aktierna i marknadsföringsbolaget.

Marknadsföringsbolaget bjöd in kommunen, sina privata delägare och ett antal externa privata företag att delta i en så kallad risk- och utvecklingsfond. Syftet med fonden var att genom ett riskdelningsavtal kunna erbjuda flygoperatörer vid flygplatsen i Norrköping tillfälliga garantier för att utbudet av flygtjänster skulle kunna utvecklas, vilket i sin tur skulle skapa gynnsammare förhållanden för att stimulera konkurrenskraft och tillväxt i regionen. Genom riskdelningsavtalen skulle den risk som uppstarten av en ny rutt är förenad med för den aktuella flygoperatören kunna delas mellan denne och investerarna. Norrköpings kommun hade beslutat att investera maximalt tre miljoner kronor i fonden som totalt skulle innehålla över sex miljoner kronor. De privata investerarna skulle göra motsvarande investering som kommunen på samma villkor. Beslutet att inrätta fonden togs gemensamt av kommunen och det privata näringslivet samtidigt som de privata företagens investeringar inte på något sätt gynnades.

Kommissionen kom till slutsatsen att det offentliga kapitaltillskottet inte utgjorde ett stöd i och med att kommunen agerade på samma villkor som de privata företagen.

Det ska också nämnas att kommissionen för närvarande granskar en åtgärd som Västerås Flygplats AB vidtagit och som påstås ha gynnat Ryanair Ltd utifrån hypotensen att åtgärden utgör ett olagligt stöd.[66]

På ett mer generellt plan kan ifrågasättas om den marknadsekonomiska investeringsprincipen är ett lämpligt verktyg för att försöka upprätthålla konkurrensneutralitet mellan offentliga och privata aktörer i samband med att man ska avgöra om en statlig åtgärd utgör ett stöd eller inte. Det har anförts att principen kan kritiseras utifrån två olika perspektiv; det instrumentella perspektivet och det ideologiska perspektivet.[67]

Kritiken utifrån det instrumentella perspektivet baseras på utgångspunkten att det instrument, eller annorlunda uttryckt *bench mark*, som används för att jämföra det offentligas agerande med det agerande som kan

[65] Kommissionens beslut 10.07.2007 (K(2007) 3274 slutlig), Business Case Norrköping (ärende N 791/2006), EUT 2007/C 227/06.

[66] Se kommissionens skrivelse av den 25 januari 2012, i ärende SA.18857.

[67] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2012, s. 458.

förväntas av privata företag är mycket tveksamt. Det är i princip omöjligt att fastställa hur privata företag skulle ha agerat i en given situation, inte minst beroende på att privata företag inte utgör någon homogen grupp som alltid agerar likartat. Då det inte finns något privat "standardagerande" att utgå ifrån vid analysen är det enligt kritikerna inte heller rimligt att använda hypotetiska privata företags ageranden som *bench mark*.[68]

Den kritik som kan riktas mot den marknadsekonomiska investeringsprincipen utifrån ett ideologiskt perspektiv tar sin utgångspunkt i att man överhuvudtaget inte kan jämföra det offentligas agerande med hur privata företag agerar i och med att de förra efterstävar andra mål än de som privata företag eftersträvar. Med det ideologiska perspektivet prioriteras de värden som det offentliga eftersträvar framför hänsynen till konkurrensneutraliteten. Det ideologiska perspektivet har dock inte fått något genomslag i praktiken i och med att man inte gör andra hänsyn än just konkurrenshänsynen till en del av analysen ifråga om en åtgärd utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget – utan sådana hänsyn tas istället i samband med en tillämpning av de undantagsmöjligheter som följer av främst artikel 107.2, 107.3 och artikel 106.2.

För att uppnå strävandet efter konkurrensneutralitet borde alla åtgärder som vidtas med det syftet ha för avsikt att neutralisera de offentliga ageranden som inte står i överensstämmelse med marknadens logik, vilket enligt Steinicke bl.a. kan göras genom att angripa den bristande konkurrensneutraliteten utifrån ett processinriktat perspektiv, vilket utgår ifrån att det offentliga ska använda de instrument och anamma de beteenden som liknar dem som privata företag använder sig av.

Privata företags mellanhavanden kännetecknas vanligtvis av ett stort mått av flexibilitet och formlöshet på så sätt att privata företag anpassar sitt agerande på marknaden efter omständigheterna i de enskilda fallen, bland annat ifråga om vilka medel man använder för att kommunicera och hur man genomför förhandlingar etc.

Den flexibilitet som genomsyrar den privata sfären kan däremot jämföras med de anspråk som vanligtvis ställs på offentliga aktörer för att dessa ska anses leva upp till de EU-rättsliga kraven. Som exempel kan nämnas att utgångspunkten är att offentliga aktörer i många fall måste genomföra någon form av anbudsförfarande, inte sällan i form av en upphandling,

[68] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2012, s. 459.

för att kunna säkerställa att de krav som följer av unionsrätten är tillgodosedda. Skälet till att offentliga aktörer inte sällan måste agera på det sättet innan man ingår ett kontrakt för att man ska kunna utesluta förekomsten av ett stöd är att ett sådant anbudsförfarande förväntas leda till att det erhållna priset också utgör det riktiga marknadspriset. Det kan emellertid ifrågasättas om man genom att iscensätta ett anbudsförfarande verkligen skapar en situation som kan jämföras med de riktiga marknadskrafterna och den dynamik som är inbyggd i dessa.

Upphandlingar är minst sagt formella till sin natur och möjligheten att utnyttja flexibla lösningar är i praktiken minimal. Dessutom syftar upphandlingar till att säkerställa att bland annat principerna om transparens och likabehandling iakttas i samband med tilldelningar av offentliga kontrakt.[69] Som jämförelse kan nämnas att privata företag inte behöver beakta vare sig det förhandlingsförbud[70] som präglar offentliga upphandlingar eller sträva efter transparens och likabehandling.

Om man ställer som krav på det offentliga att de ska agera i enlighet med hur privata företag förväntas agera i motsvarande situation, allt i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen, är det tveksamt om man i många situationer verkligen kan kräva att det offentliga ska genomföra någon form av anbudsförfarande – det torde nämligen vara mycket främmande för privata företag att iscensätta anbudsförfaranden som liknar dem som offentliga aktörer tvingas exekvera.[71]

Således kan det i många situationer ifrågasättas om de krav om ställs på det offentliga utifrån EU-domstolens praxis och kommissionens olika vägledningar verkligen står i överensstämmelse med de krav som borde anses följa av den marknadsekonomiska investeringsprincipen.

2.2.3 Den marknadsekonomiska kreditorprincipen

Med beaktande av att stödbegreppet ska ges en vid tolkning och inbegripa alla former av gynnande är det inte endast den marknadsekonomiska investeringsprincipen som är av stor betydelse i sammanhanget, utan det samma gäller den så kallade marknadsekonomiska kreditorprincipen.

Den marknadsekonomiska kreditorprincipen innebär i korthet att en offentlig aktör inte bara ska agera som hypotetiska privata aktörer då de

[69] Se t.ex. Bergman m.fl., Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris, s. 39 ff.
[70] Se t.ex. Steinicke & Groesmeyer, EU's Udbudsdirektiver, 2008, s. 354 ff.
[71] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 463 f.

investerar i viss verksamhet, utan det samma gäller i situationer då de lämnar krediter till privata företag. Utifrån en tillämpning av principen kan man därför sluta sig till att stödbegreppet är uppfyllt i situationer där en offentlig aktör agerar som kreditgivare och utan objektivt godtagbara skäl beviljar lån till ett företag på villkor som är mer gynnsamma, exempelvis i form av en låg ränta, än de villkor en privat långivare kan förväntas acceptera. Stödet anses i en sådan situation uppgå till skillnaden mellan den ränta som företaget betalar och den marknadsmässiga räntan.[72] Om stödmottagaren överhuvudtaget inte skulle ha kunnat få det aktuella lånet på den öppna marknaden anses lånet som sådant utgöra ett stöd.[73]

Av den senare principen följer också att en medlemsstat inte utan vidare kan avskriva exempelvis en skatteskuld. Den aktuella frågan har behandlats av kommissionen i dess ärende C 25/2005 där den hade att bedöma om en Slovakisk skattemyndighets deltagande i en ackordsuppgörelse utgjorde ett stöd.

I det aktuella ärendet bestod den ifrågasatta stödåtgärden av att den slovakiska skattemyndigheten hade accepterat en ackordsuppgörelse som innebar att man avskrev delar av den punktskatt på alkohol som företaget Frucona var skyldig den Slovakiska staten. Uppgörelsen ingicks i enlighet med slovakisk lagstiftning och under överinseende av en slovakisk domstol och syftade till att man skulle kunna hantera företagets finansiella situation och därmed förhindra att företaget gick i konkurs. Till skillnad från vad som skulle hända vid en eventuell konkurs så kunde företaget som en följd av den aktuella ackordsuppgörelsen också fortsätta existera och fortsätta sin verksamhet istället för att likvideras eller att dess tillgångar skulle säljas till något annat företag.

Ackordsuppgörelsen, som enligt den slovakiska lagstiftningen skulle ingås på initiativ av gäldenären (Frucona Košice), syftade till att åstadkomma ett avtal mellan gäldenären och borgenärerna med innebörd att gäldenären skulle betala tillbaka en del av sin skuld till borgenärerna varvid resterande del av skulden skulle skrivas av. Uppgörelsen skulle också godkännas av domstol.

Borgenärer med säkerhet för sin fordran klassificerades enligt lagstiftningen som särskilda borgenärer, varför de också var tvungna att acceptera uppgörelsen för att den skulle kunna genomdrivas. Var och en av de sär-

[72] Se t.ex. mål T-16/96, Cityflyer Express, p. 53.
[73] Se mål T-234/95, Stahlgesellschaft, p. 184.

skilda borgenärerna hade på så sätt något som kan liknas vid ett veto ifråga om att kunna åstadkomma en ackordsuppgörelse.

Då Frucona Košice som bland annat producerade alkoholhaltiga drycker kom på obestånd ansökte företaget om en ackordsuppgörelse vid den lokala domstolen. Den uppgörelse som parterna kom överens om innebar att Frucona skulle betala av 35 procent av respektive skuld inom en månad, varvid resterande del av skulderna skulle avskrivas. Uppgörelsens giltighet bekräftades senare av regionaldomstolen i Košice.

Frågan som därefter uppkom var om den slovakiska staten, genom den aktuella skattemyndigheten, hade lämnat ett stöd till Frucona Košice då man accepterade den aktuella uppgörelsen.

Kommissionen uttalade att en avskrivning av skatt utgör ett sätt att använda statliga medel, samtidigt som selektivitetsrekvisitet också var uppfyllt i och med att avskrivningen endast gynnade Frucona. Med beaktande av dels att det område inom vilket Frucona var aktivt, dels att Frucona var Slovakiens tredje största aktör på den aktuella marknaden, ansåg kommissionen att samhandelskriteriet var uppfyllt.

Den i sammanhanget mest intressanta frågeställningen var därför vilka krav som egentligen kunde ställas på Slovakien för att man skulle anses ha agerat i enlighet med den marknadsekonomiska kreditorprincipen, trots att Slovakien agerade på samma villkor som de privata borgenärerna då de accepterade den aktuella uppgörelsen.

Kommissionen ansåg dock att man inte nödvändigtvis kunde använda de privata borgenärerna som jämförelseobjekt i sammanhanget; vilket motiverades med att Slovakien i dess egenskap som borgenär, innan det att uppgörelsen accepterades, hade en mer gynnad position än övriga borgenärer. Således fann kommissionen det nödvändigt att undersöka huruvida Slovakien använt sig av alla tillgängliga medel för att åstadkomma en maximal återbetalning av den fordran man hade på Frucona, på samma sätt som man hade kunnat förvänta att en privat borgenär skulle ha agerat i motsvarande situation. Kommissionen hade därför att bedöma om Slovakien hade kunnat få en större del av skatteskulden återbetald om man inte accepterat den aktuella uppgörelsen.

Till saken hör också att Slovakien inte bestred att uppgörelsen innebar att Frucona Košice hade fått ett statsstöd, utan man hävdade endast att det inte var en fråga som övervägdes i samband med uppgörelsen. Av den redogörelse rörande de aktuella förhållandena som återfinns i Tribunalens dom – Frucona överklagade nämligen kommissionens beslut – följer till och med att generaldirektören för det Slovakiska skatteverket uppmanade

direktören på den lokala skattemyndigheten att inte acceptera ackordsuppgörelsen då den var ofördelaktig för den slovakiska staten.[74] Frucona Košice å sin sida hävdade dock att det inte rörde sig om ett stöd.

Efter viss utredning kom kommissionen fram till att en försäljning av Frucona Košices tillgångar i samband med ett konkursförfarande hade medfört att Slovakien hade fått en större del av den aktuella skatteskulden återbetald jämfört med den ifrågasatta ackordsuppgörelsen.

Kommissionen uttalade också att den marknadsekonomiska investeringsprincipen skiljer sig från den marknadsekonomiska kreditorprincipen i många avseenden. Den förra principen är av betydelse då det ska avgöras om en medlemsstat lämpligen ska inleda någon typ av affärsrelation med syftet att åstadkomma en rimlig avkastning på investeringen utifrån en längre tidshorisont. Den marknadsekonomiska kreditorprincipen å sin sida tar däremot sikte på den situationen att det redan finns en relation mellan det allmänna och företaget ifråga, varför det allmännas målsättning inte är att uppnå någon långsiktig avkastning, utan att få så stor del av den aktuella skulden återbetald som möjligt, och på så bra villkor som möjligt för borgenären.

Till skillnad från vad som är fallet rörande privata förhållanden – det vill säga då parternas relation är avtalsreglerad – kännetecknades den i ärendet ifrågasatta situationen av andra karaktärsdrag. I samband med privaträttsliga relationer kan det inte uteslutas att borgenären kan tänkas vara tveksamt inställd till att gäldenären går i konkurs, exempelvis om det skulle medföra att borgenären mister en viktig leverantör. Några sådana bevekelsegrunder för att undvika en konkurs kan däremot inte spåras till en situation där en medlemsstat vill förmå ett företag att betala upplupna skatter. Privata aktörer måste således vanligtvis ta större hänsyn till framtida förhållanden då de ska ta ställning till om de ska delta i olika ackordsuppgörelser jämfört med en offentlig aktörer där förhållandet mellan parterna grundas på offentlig rätt. I samband med att det allmänna vill driva in upplupna skatter är det likgiltigt om företaget går i konkurs, och att det allmänna kan få betalt ur konkursboet, eller om företaget kan fortsätta sin verksamhet. Dessutom konstaterade kommissionen att man inte kan ta hänsyn till ett påstående om att en medlemsstat eventuellt kan gå miste om framtida skatter i händelse av att ett företag går i konkurs.

Kommissionens slutsats var därför att Slovakien hade lämnat ett otillåtet stöd till Frucona i och med att medlemsstaten hade deltagit i den aktuella

[74] Se mål T-11/07, Frucona Košice, p. 14.

ackordsuppgörelsen vilket hade inneburit att den slovakiska skattemyndigheten gått miste om skatteintäkter jämfört med om man istället hade använt något av de alternativa förfaranden som stod till buds för att driva in den aktuella skulden.

Som nämnts överklagade Frucona kommissionens beslut till Tribunalen, bland annat med hänvisning till att kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och att den gjort en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna då den kvalificerat den omtvistade åtgärden som ett statligt stöd. Tribunalen ansåg dock inte att några av de grunder som Frucona anförde för att kommissionens beslut skulle ogiltigförklaras kunde godtas, varför Fruconas talan ogillades.[75] C-73/11

I sammanhanget ska också nämnas att en underlåtenhet från det offentligas sida att ansöka om att försätta ett företag som har skulder till det offentliga i konkurs mycket väl kan utgöra en stödåtgärd. Exempelvis har Tribunalen i mål T-01/08, Buczek mot kommissionen, uttalat att kommissionen inte gjort sig skyldig till något fel när den bedömde att det förhållandet att vissa polska myndigheter inte valde att ansöka om att ett företag med skulder till det offentliga skulle försättas i konkurs, utan nöjde sig med att fullfölja, om än med skyndsamhet, de rättsliga förfarandena för indrivning av offentligrättsliga fordringar utgjorde en fördel som beviljades företaget ifråga. Tribunalen konstaterade i målet att:

> ”[...] varje konkursförfarande, oavsett om det leder till att det bolag som har försatts i konkurs återhämtar sig eller likvideras, åtminstone har till syfte att medföra en reglering av bolagets skulder. Den frihet som ett sådant företag har att utöva förvaltning över såväl sina tillgångar som sin verksamhet är i detta sammanhang begränsad. Genom att avstå från att ansöka om att TB skulle försättas i konkurs har de polska myndigheter[na ...] gjort det möjligt för detta bolag att förfoga över en tidrymd under vilken det fritt kunde använda sig av sina tillgångar och fortsätta driva sin verksamhet, vilket innebar att bolaget beviljades en fördel.”[76]

Med anledning av ovanstående kan det också konstateras att en medlemsstat i vissa situationer kan vara förhindrad att delta i ett ackord, vilket inte sällan utesluter en sådan lösning till nackdel för både företaget ifråga och dess övriga borgenärer.

Vad gäller svenska förhållanden kan nämnas att det före 2004 års ändring av förmånsrättslag (1970:979), vilken bland annat innebar att sta-

[75] Se mål T-11/07, Frucona Košice, p. 249.
[76] Mål T-01/08, Buczek mot kommissionen, p. 77.

tens förmånsrätt för skatteskulder avskaffades, hade kunnat strida mot EU:s statsstödsrätt om det allmänna medverkat vid ett ackord. Numera är däremot inte skatteskulder särskilt reglerade varför de ska hanteras som oprioriterade fordringar i enlighet 18 § förmånsrättslag (1970:979), varför staten inte har bättre möjlighet än andra borgenärer att få utdelning vid en konkurs. Således finns det inte heller något principiellt hinder för att staten ska kunna medverka vid ett ackord, under förutsättning att staten agerar i enlighet med den marknadsekonomiska kreditorprincipen. Enligt Skatteverkets riktlinjer ska statens eventuella delaktighet i ett ackord också föregås av en analys rörande om utdelningen vid en konkurs skulle vara ekonomiskt lönsam för staten. Om så kan förväntas vara fallet ska staten inte medverka i ett ackordsförfarande.[77] Om staten däremot är en av flera oprioriterade borgenärer torde det tämligen enkelt kunna konstateras att staten agerar som motsvarande privata aktörer om de accepterar en ackordsuppgörelse, under förutsättning att också övriga oprioriterade borgenärer gjort det. Om man däremot tillämpar en reglering som vid konkurser innebär att offentliga fordringar prioriteras får det som följd att staten, med hänvisning till statsstödsrätten, knappast kan delta i olika ackordsförfaranden – under förutsättning att statens utdelning hade blivit större vid en konkurs jämfört med vid ett ackord.

2.2.4 Kreditgarantier

Då en medlemsstat i stället för att lämna en kredit lämnar en kreditgaranti måste den garantiavgift som företaget erlägger vara marknadsmässig för att det inte ska röra sig om ett stöd i statsstödsrättslig mening.[78] Det eventuella stödet anses också beviljat vid den tidpunkt då garantin medgavs och inte då garantin tas i anspråk.[79] Att en garanti inte behöver aktualiseras spelar som nämnts ingen roll vid bedömningen om det rör sig om ett stöd i och med att kreditgarantin som sådan medför att stödmottagaren får betala en lägre ränta än utan den aktuella garantin. Om en offentlig aktör beviljar en garanti på villkor som inte är marknadsmässiga, det vill säga då stödbegreppet är uppfyllt, anses stödbeloppet uppgå till skillnaden mellan den avgift för garantin som företaget erlägger och den avgift de borde ha erlagt med beaktande av vad motsvarande garanti hade kostat på den öppna mark-

[77] Skatteverkets handledning för ackord, 2006. Återfinns på hemsidan: http://www.regeringen.se/content/1/c4/09/64/4a994e6d.pdf (2011-10-24).
[78] Se t.ex. mål C-200/97, Ecotrade, p. 43.
[79] Se avsnitt 2.1 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.

naden. Om motsvarande garanti inte hade kunnat erhållas på den öppna marknaden är stödbeloppet det samma som skillnaden mellan den ränta som stödmottagaren erlägger med garantin jämfört med den ränta som hade varit gällande utan den aktuella garantin.[80] Under vissa villkor kan också hela det garanterade lånebeloppet anses utgöra ett stöd.[81]

Alla statliga garantier behöver emellertid inte utgöra sådana statliga stöd som omfattas av artikel 107.1. Förutsatt att låntagaren har en sund finansiell ställning, garantin är knuten till en bestämd finansiell transaktion, avser ett fastställt högsta belopp, inte täcker mer än 80 procent av det utestående lånet eller den finansiella förpliktelsen och har en begränsad varaktighet samt om låntagaren betalar marknadspris för garantin – vilket ska återspegla garantibeloppet och garantins varaktighet, den säkerhet som låntagaren ställer, låntagarens finansiella ställning, verksamhetssektor och framtida utsikter, andelen betalningsförsummelser och andra ekonomiska faktorer – träffas garantin inte av förbudet i artikel 107.1.[82]

Ett svenskt ärende som avsåg just huruvida ett utställande av en kreditgaranti var förenligt med EU:s statsstödsregler har prövats av Kammarrätten i Göteborg.[83] I det aktuella ärendet hade Göteborgs kommun beviljat det kommunägda företaget Renova AB, vari Göteborgs kommun ägde närmare 84 procent av aktierna, borgen för uppförande av en ny förbränningslinje. Bolaget skulle betala en årlig borgensavgift till kommunen motsvarande 0,25 procent av kommunens borgensåtagande, vilket uppgick till cirka 544 miljoner kronor.

Två personer överklagade det kommunala beslutet varvid de bland annat anförde att beslutet stred mot statsstödsreglerna då borgensåtagandet inbegrep ett stöd som lämnats i strid med genomförandeförbudet i artikel 108.3 då åtgärden skulle ha meddelats kommissionen i förväg. Enligt klagande kunde borgensåtagandet uppskattas medföra en besparingseffekt för Renova AB som motsvarande 30 miljoner kronor i nominellt värde över en period om 15 år.

Med hänvisning till att Sveriges kommuner och landsting ansett att en borgensavgift bör motsvara 0,30 procent av lånebeloppet för att avgiften skulle vara marknadsmässig, och med beaktande av Renova AB:s solidititet

[80] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 47.
[81] Se mål C-288/96, JAKO, p. 31.
[82] Se avsnitt 3.2 i Kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10.
[83] Kammarrätten i Göteborg dom 2011-03-23, mål nr 7739-09.

var god, varför borgensåtagandet gjorts på marknadsmässiga villkor, avslog länsrätten överklagandet.

Efter överklagande till kammarrätten uttalade denna att bedömningen om det förelåg ett stöd skulle göras utifrån en jämförelse mellan den totala kostnaden för det aktuella lånet med garanti och för ett lån utan garanti, varför kammarrätten också konstaterade borgensåtagandet innebar en besparingseffekt för Renova AB – bolaget fick enligt kammarrätten således en fördel i den mening som avsågs i artikel 107.1 EUF-fördraget. Då kommunen agerat i strid med EU:s genomförandeförbud upphävdes länsrättens dom och kommunens beslut att bevilja borgensåtagandet.

2.2.5 Försäljning av offentlig egendom m.m.

Som ytterligare exempel på åtgärder som kan utgöra stöd om de inte vidtas på marknadsmässiga villkor är försäljning av offentlig egendom till underpris. Det tycks också vara på just det området som EU:s statsstödsregler rönt störst uppmärksamhet för svensk del - som exempel kan nämns det ärende där kommissionen konstaterat att Åre kommun lämnat ett stöd till ett enskilt företag i strid med EU:s statsstödsregler genom att sälja en fastighet till företaget till underpris. Ärendet behandlas i senare delar av avsnittet.

Som ett annat belysande exempel på en åtgärd som det i den allmänna debatten inte sällan argumenterats för som ett led i skapandet av mer valfrihet och möjligheter till innovativa lösningar inom den offentliga sektorn är så kallade avknoppningar.[84] Med avknoppning förstås det fenomen att en enhet inom exempelvis ett landsting privatiseras på så sätt att en eller flera anställda får möjlighet att ta över driften av den offentliga verksamheten efter att en privaträttslig association bildats, såsom ett aktiebolag - inte sällan utan att de tjänster som associationen även fortsättningsvis ska utföra på uppdrag av det allmänna överlåts till dem utan att det genomförs en offentlig upphandling i enlighet med LOU. Att sådana åtgärder riskerar stå i strid med LOU är uppenbart, men därtill kan de mycket väl kunna komma att angripas med stöd av statsstödsrätten i och med att det avknoppade företaget försätts i en bättre position än andra företag då det allmänna inte konkurrensutsätter verksamheten.[85]

[84] Se t.ex. http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/konkurrens_i_vard_skola_och_oms/sa-gors-en-sund-avknoppning_42897.html (2011-10-24) och http://www.regeringen.se/sb/d/9420/a/90195 (2011-10-24).

[85] Se nedan avsnitt 2.3.

Även om det allmännas försäljning av egendom inte omfattas av lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), varför vare sig staten och kommunerna behöver följa bestämmelserna om konkurrensutsättning i LOU när de säljer olika varor och tjänster, får en sådan försäljning inte göras hur som helst. Det finns exempelvis en förordning om försäljning av statlig fast egendom, förordningen (1996:1190) om överlåtelse av statens fasta egendom, m.m. Enligt 21 § i förordningen ska all sådan försäljning ske genom konkurrensutsättning på offentlig auktion eller genom ett anbudsförfarande. Först om detta inte har gett något resultat kan myndigheten vända sig direkt till en spekulant.[86] I vissa speciella fall kan det offentligas försäljningar också träffas av den så kallade konfliktlösningsregel som återfinns i 3 kap. 27 § konkurrenslag (2008:579).[87]

Försäljning av fast egendom

Oavsett den interna svenska regleringen kan däremot även offentlig försäljning, exempelvis av fast egendom, omfattas av EU:s statsstödsregler. Om det allmänna säljer egendom på villkor som inte är marknadsmässiga, till exempel om egendom säljs till underpris, anses stödet utgöra skillnaden mellan det erlagda priset och marknadspriset. I sammanhanget ska också nämnas att även andra omständigheter än försäljningspriset kan utgöra stöd i samband med att en offentlig aktör säljer fast egendom. Exempelvis kan omständigheterna vid betalningen utgöra ett stöd även om beloppet i sig motsvarar marknadspriset – om villkoren för betalningen inte motsvarar de villkor som en privat försäljare normalt hade accepterat kan stödbegreppet vara uppfyllt.[88]

För att begränsa det antal transaktioner rörande försäljning av offentlig egendom som kommissionen kan tvingas att undersöka har den utarbetat en allmän vägledning på området, i form av Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.[89]

[86] Se förordningen (1996:1190) om överlåtelse av statens fasta egendom, m.m.

[87] Se även Indén, Konkurrensrätten och den offentliga säljverksamheten – en ny konfliktlösningsregel, JT 2009–10, s. 286–295.

[88] Ifråga om de konsekvenser den statsstödsrättsliga regleringen kan få medlemsstaternas möjlighet att privatisera viss verksamhet, se Simonsson, Privatisation and State Aid – Time for a New Policy, E.C.L.R., 2005, s. 460–467.

[89] Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03. Se även Kommissionens riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål, EGT 98/C 74/06, ändrade genom 2000/C 258/06.

Vägledningen syftar till att beskriva ett enkelt förfarande som ger medlemsstaterna möjlighet att hantera överlåtelser av mark och byggnader på ett sätt som automatiskt utesluter inslag av statligt stöd, att klarlägga vilka typer av överlåtelser av mark och byggnader som bör anmälas till kommissionen för att avgöra om stödet är förenligt med den inre marknaden samt att ge kommissionen möjlighet att snabbt behandla eventuella klagomål avseende eventuella stöd i samband med överlåtelser av mark och byggnader.

Av vägledningen framgår att det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande – av så kallad auktionstyp – till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas. Ett sådant förfarande garanterar att det pris som erhålls utgör marknadspris, varför stödbegreppet då inte är uppfyllt. Att försäljningen ska vara villkorslös hindrar dock inte att säljaren kan infoga särskilda överlåtelsevillkor som går ut på att den framtida ägaren ska åta sig särskilda förpliktelser om dessa skyldigheter härrör från allmän inhemsk lagstiftning eller är en följd av beslut av planeringsmyndigheterna – eller baserar sig på beslut som går ut på att skydda och bevara miljö och folkhälsa – till förmån för samhällsnyttan i allmänhet.

Som ett alternativ till överlåtelse utan villkorslöst anbudsförfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder. Det fastställda priset anses då vara det lägsta försäljningspris som kan avtalas utan att det kan anses föreligga någon form av statligt stöd. En sådan värderingsman bör vara oberoende vid fullgörandet av sina uppgifter – det vill säga offentliga myndigheter bör inte ha rätt att utfärda föreskrifter beträffande resultatet av värderingen. Om det är uppenbart att det pris som fastställts av värderingsmannen inte kan erhållas får en avvikelse på högst fem procent från detta pris anses överensstämma med marknadsvillkoren.

Även vid en oberoende värdering får överlåtelsevillkoren omfatta särskilda förpliktelser som är förbundna med fastigheten för att tillvarata samhällsintresset förutsatt att alla tänkbara köpare är skyldiga och i princip i stånd att uppfylla dem. För att kunna tillvarata ett visst samhällsintresse är det därför viktigt att värderingen – i likhet med om den aktuella marken bjuds ut till försäljning vid en öppen och offentlig auktion – sker mot bakgrund av att fastigheten är begränsad till visst ändamål och inte till det maximala värdet oavsett ändamål.

Av vägledningen framgår också att medlemsstaterna är skyldiga att göra en anmälan till kommissionen vid alla överlåtelser som inte genomförs på grundval av ett öppet och villkorslöst anbudsförfarande, där det bästa eller enda anbudet antagits eller som i avsaknad av ett sådant förfarande skett till ett pris som ligger under marknadsvärdet sådant det fastställts av oberoende värderingsmän.[90]

Inte heller att använda expertvärderingar för att fastställa vad som utgör ett marknadspris är helt okontroversiellt. Jämfört med vad som blir fallet vid ett anbudsförfarande, där utfallet ifråga om att fastställa vad som är ett marknadspris är minst sagt precist, leder en expertvärdering vanligtvis endast till en ram inom vilket det påstådda marknadspriset borde kunna återfinnas. Det har också anförts att tillskapandet av en sådan ram mycket väl kan leda till att den offentliga aktören inte söker avsättning för den aktuella egendomen till ett pris som ligger utanför ramen, även om marknaden skulle ha accepterat ett sådant pris.[91] Det ska dessutom nämnas att en expertvärdering inte på något sätt kan garantera att exempelvis principen om icke-diskriminering upprätthålls. En expertvärdering kan således leda till att en offentlig aktör bryter mot kravet på likabehandling eller åsidosätter någon annan allmän unionsrättslig princip, fast än det pris som erhålls för egendomen ifråga ligger inom acceptabla ramar på så sätt att det inte anses föreligga något gynnande i den mening som följer av artikel 107.1 EUF-fördraget.[92]

I sammanhanget ska också nämnas att Sveriges Kommuner och Landsting har upprättat ett cirkulär rörande tillämpningen av EU-rättens statsstödsregler vid kommuners och landstings försäljning och köp av mark och byggnader, cirkulär 2007:8. Avsikten med cirkuläret är att dels redogöra för statsstödsreglernas betydelse och tillämpning vid överlåtelser och förvärv av fast egendom, dels ge ett underlag till hur dessa frågor kan hanteras.

Kommunala fastighetsöverlåtelser – exemplet Åre kommun

Just kommunala fastighetsöverlåtelser är kanske också det område där EU:s statsstödsreglering tydligast aktualiserats för svensk del. Exempelvis rör ett av de få ärenden där kommissionen hittills fattat ett negativt beslut

[90] Se också mål T-274/01, Valmont Nederland BV.
[91] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 467.
[92] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, 2012, s. 467.

rörande en svensk stödåtgärd med stöd av artikel 108.2 EUF-fördraget just en kommunal fastighetsförsäljning till ett påstått underpris.

Inför det att Åre skulle arrangera VM i utförsåkning behövde detaljplanerna för Åre centrum ändras. Mitt i centrum låg bland annat en konsumbutik. Åre kommun ville inom ramen för en mer omfattande bytesaffär förvärva den aktuella marken och erbjöd Konsum att förvärva en annan fastighet i området för en krona. Genom ett e-postmeddelande av den 23 augusti 2005 inkom emellertid konkurrenten Lidl – som önskade etablera sig i Åre – med ett anbud på 6,6 miljoner kronor för samma mark. Anbudet uppmärksammades i lokalmedierna.

Efter anbudet från Lidl ökade försäljningspriset successivt från 1 krona till 2 miljoner kronor och den 15 oktober 2005 beslutade kommunfullmäktige i Åre att sälja tomtmarken till Konsum för det sistnämnda beloppet. Försäljningen föregicks inte av något anbudsförfarande utan var ett led i en flera år lång planeringsprocess där tanken aldrig var att någon annan köpare än Konsum var tilltänkt för den aktuella marken.

Transaktionen överklagades till Länsrätten i Jämtlands län. Kommunen anförde dels att försäljningen var en kommunal angelägenhet för att i enlighet med kommunens planer uppnå optimal samhällsnytta, dels att den inte hade någon skyldighet att infordra anbud vid försäljning av fast egendom. Slutligen anförde kommunen att försäljningspriset var skäligt och att Lidls erbjudande inkom i slutet av en flerårig plan- och beslutsprocess. Länsrätten fann att försäljningen måste ses mot bakgrund av kommunens omlokaliseringar av verksamheter och näringsidkare – och att det inte framkommit att Åre kommun genom beslutet gynnat Konsum eller att beslutet skulle innebära ett sådant stöd som avsågs i artikel 87.1 EG (numera artikel 107.1), varför överklagandet avslogs.[93] Länsrättens dom överklagades emellertid till kammarrätten vilken fann att försäljningen stred mot såväl 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen som dåvarande artikel 88.3 EG (numera artikel 108.3).[94]

Genom ett klagomål som registrerades den 14 november 2005 informerades kommissionen om Åre kommuns försäljning, som påstods omfatta olagligt statligt stöd. Enligt klaganden var inte Lidls anbud kopplat till några särskilda villkor. Kommunen skulle därmed ha kunnat ingå ett köpeavtal med Lidl som helt motsvarade det som ingicks med Konsum. Kla-

[93] Länsrättens i Jämtlands län dom 2006-05-24 (mål nr 791-05).

[94] Kammarrättens i Sundsvall dom 2008-04-09 (mål nr 1715-06). Att märka är att Kammarrättens avgörande kom efter det att kommissionen meddelat sitt slutliga beslut i ärendet.

ganden menade därför att de två anbuden var direkt jämförbara. De systematiska prishöjningarna till följd av Lidls anbud visade att kommunens avsikt varit att sälja marken under marknadsvärdet. Klaganden hävdade vidare att kommunen inte erbjudit Lidl någon alternativ lokalisering och därför utgjorde försäljningen till Konsum ett etableringshinder för Lidl.

Kommissionen fann på grundval av de uppgifter som lämnats att förekomsten av statligt stöd i enlighet med innebörden i artikel 87.1 EG (numera artikel 107.1) inte kunde uteslutas. Med beaktande av de tillgängliga uppgifterna verkade det tvärtom troligt att det pris Konsum betalade för marken låg under marknadsvärdet och att offentliga medel därmed hade använts. Anbuden från Konsum och Lidl tycktes vara direkt jämförbara och inga särskilda villkor verkade heller vara kopplade till Lidls anbud. Höjningarna av försäljningspriset efter det att Lidl tillkännagav sitt anbud ansågs också stödja denna slutsats. Kommissionen konstaterade att om offentliga medel på ett eller annat sätt förekommer i en transaktion med ett företag finns det heller inga tvivel om att de gynnar företaget och därmed snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna. I det aktuella fallet påverkades en stor internationell aktör – Lidl – då en direkt konkurrent tagit emot offentliga medel som Lidl inte haft tillgång till. Den berörda sektorn, detaljhandelsförsäljning av livsmedel och dagligvaror, var öppen för handel inom den inre marknaden och eftersom en internationellt aktiv konkurrent i en sektor som är öppen för handel inom EU hade påverkats, kunde det enligt kommissionen inte uteslutas att också handeln mellan medlemsstaterna påverkades. Kommissionen fattade därför ett negativt beslut varvid den krävde att det otillåtna stödet skulle återkrävas.[95]

Kommissionens beslut överklagades däremot av stödmottagaren, Konsum Nord, till Tribunalen.[96] I december 2011 meddelade Tribunalen dom i ärendet varvid man ogiltigförklarade kommissionens beslut med hänvisning till att det inte var visat att fastighetförsäljningen utgjorde ett statligt stöd i enlighet med artikel 107.1 EUF-fördtaget. Tribunalen anförde i sin dom av den 13 december 2011 att det mot bakgrund av att den aktuella fastighetsförsäljningen endast var en del i ett större sammanhang som

[95] Se kommissionens beslut 30.01.2008 (C (2008) 311 slutlig) om det statliga stöd som Sverige har genomfört till förmån för Konsum Jämtland ekonomisk förening (ärende C 35/2006 (ex NN 37/2006)), EUT 2008/L 126/3.

[96] Se mål T-244/08, Konsum Nord mot kommissionen. Ärendet behandlas i Madell, Konsum Nord ./. Kommissionen 1-0, i; Derlén & Lindholm (red.), Festskrift till Pär Hallström, 2012, s. 233-242.

också inkluderade att Konsum Nord sålde en centralt belägen fastighet till det bolag som skulle utveckla Åre centrum inte kunde anses vara visat att Lidls anbud gick att jämföra med det pris som fastställts i köpekontraktet för den aktuella marken mellan Åre kommun och Konsum Nord. Tribunalen kunde därför inte godta kommissionens argument att en privat säljare hade kunnat sälja den aktuella marken till Lidl i enlighet med Lidls bud.[97] Slutligen konstaterar Tribunalen att:

> "kommissionen gjorde en oriktig bedömning när den ansåg att Lidls bud var direkt jämförbart med det faktiska försäljningspriset för den aktuella marken, att detta bud skulle ges företräde med hänsyn till att det därigenom fastställdes ett reellt marknadsvärde och att marknadsvärdet för marken skulle fastställas enbart med hänvisning till Lidls bud, utan att hänsyn togs till de övriga särskilda omständigheterna i det aktuella fallet [...]."[98]

Det ska också nämnas att Kammarrätten i Sundsvall i ett annat ärende upphävt ett kommunalt beslut om att sälja en viss fastighet till ett visst pris med hänvisning till att en kommun inte genomfört fastighetsaffären i enlighet med vad som rekommenderas i kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader.[99] I det aktuella ärendet ansåg kammarrätten inte att kommunen ifråga hade visat att fastighetens marknadsvärde var så lågt som man hade beslutat att sälja fastigheten för, i och med att kommunen efter det att försäljningsprocessen avslutats mottagit ett högre anbud. Kommunens beslut upphävdes således med hänvisning till att det inbegrep ett olagligt stöd både i strid med regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen och i enlighet med regleringen i artikel 107 och 108 EUF-fördraget.

Kommunala fastighetsöverlåtelser – exemplet Vänersborgs kommun

Ytterligare ett ärende från kommissionen som rör frågan huruvida en svensk kommunal fastighetsaffär varit förenlig med EU:s statsstödsrätt är kommissionens ärende NN 42/2010, vilket den 8 februari 2012 resulterade i ett negativt beslut från kommissionen.[100]

Det aktuella beslutet har sitt ursprung i att företaget Chips AB i slutet av 2007 tillkännagav att man skulle lägga ned den tillverkning som tidigare

[97] Se mål T-244/08, Konsum Nord mot kommissionen, p. 72 f.
[98] Mål T-244/08, Konsum Nord mot kommissionen, p. 76.
[99] Kammarrättens i Sundsvalls dom 2011-06-07, mål nr 1765-10.
[100] Se kommissionens beslut av den 8 februari 2012 om det statliga stöd SA.28809 (C29/2010, f.d. NN 42/2010 och f.d. CP 194/2009) som Sverige har genomfört till förmån för Hammar Nordic Plugg AB.

bedrevs i Vänersborgs kommun. Genom ett kommunalt fastighetsbolag förvärvade kommunen den anläggning som Chips AB bedrivit sin verksamhet i. Köpeskillingen uppgick till 17 miljoner kronor. Det kommunala fastighetsbolaget ingick därefter två avtal med företaget Hammar Nordic Plugg AB. Det ena avtalet utgjorde ett hyresavtal i vilket det slogs fast att det kommunala fastighetsbolaget skulle hyra ut hela anläggningen till Hammar Nordic Plugg AB. Det andra avtalet var ett optionsavtal som gav Hammar Nordic Plugg AB möjligheten att förvärva anläggningen till ett fast pris om 8 miljoner kronor. Hammar Nordic Plugg AB valde att utnyttja optionen i augusti 2008. Genom avtal som Hammar Nordic Plugg AB ingick den 1 mars 2008 hyrde också företaget ut den största delen av anläggningen till andra lokala företag till en hyra som översteg den hyra man då erlade till det kommunala fastighetsbolaget. Som villkor för att underteckna hyresavtalet ställde de lokala företagarna dessutom som krav att de skulle ha möjlighet att köpa anläggningen i framtiden, om Hammar skulle bli anläggningens ägare. Optionsavtalet, som undertecknades samma dag, gav de lokala företagarna möjlighet att förvärva anläggningen för 40 miljoner kronor. Den 2 september 2008 ingicks också ett avtal med de lokala företagarna om att dessa skulle få förvärva anläggningen i enlighet med optionsavtalet.

Ifråga om samhandelskriteriets tillämpning slår kommissionen fast att det faktum att stödmottagaren enbart är verksam på lokal nivå inte har någon betydelse i och med att stödmottagaren är verksamt på en marknad där en påverkan på handeln och konkurrensen inom unionen och EES inte kan uteslutas.[101]

> ”Den eventuella påverkan på handeln är dock inte beroende av om en viss stödmottagare råkar vara verksam internationellt eller enbart på nationell nivå, utan avgörs snarare av om de varor och tjänster som stödmottagaren bedriver handel med är eller skulle kunna vara föremål för handel inom unionen. Detta kriterium är uppfyllt i detta ärende, eftersom fastighetstjänster och fastighetsrelaterade tjänster är föremål för handel och investeringar inom unionen. Detta faktum bekräftas i föreliggande ärende av det förhållandet att anläggningens tidigare ägare (Chips AB) är ett Finlandsbaserat dotterbolag till Orkla, som är en internationellt verksam koncern. Detta bevisar att det finns ett gränsöverskridande intresse för den berörda tillgången (dvs. anläggningen), som för övrigt inte är en obebyggd tomt utan en anläggning i drift för produktion av djupfrysta livsmedel.”[102]

[101] Se kommissionens beslut SA.28809, p. 36.
[102] Se kommissionens beslut SA.28809, p. 35.

Den avgörande frågan i ärendet som kommissionen också ägnar relativt stor uppmärksamhet är om den aktuella åtgärden utgör ett stöd över huvudtaget. Kommissionen konstaterade däremot att något öppet och villkorslöst anbudsförfarande inte anordnades och någon oberoende värdering av anläggningen inte gjordes före försäljningsförhandlingarna. Det finns enligt kommissionen emellertid annan tillgänglig information som gör det möjligt att bedöma om anläggningens marknadsvärde vid den tidpunkt då det kommunala fastighetsbolaget sålde anläggningen till Hammar Nordic Plugg AB, nämligen en värdering av anläggningen som Chips AB hade låtit företaget Colliers International göra inför att de ingick avtalet med det kommunala fastighetsbolaget. Colliers uppskattade försäljningspriset till 27 miljoner kronor. Också en av de lokala företagarna beställd värdering visade att fastighetens marknadsvärde var betydligt högre än de 8 miljoner som det kommunala bolaget sålde fastigheten för, de uppskattade anläggnings marknadsvärde till 30 miljoner kronor.

Kommissionens slutsats var därför att kommunen, i strid med artikel 107.1, gynnat Hammar Nordic Plugg AB genom att sälja den aktuella anläggningen till ett pris som inte motsvarade marknadsvärdet. Stödet ansågs uppgå till skillnaden mellan det pris som Hammar Nordic Plugg AB betalade, det vill säga 8 miljoner kronor, och det marknadsmässiga priset på anläggningen. Som grund för bedömningen om anläggnings marknadsvärde lade kommissionen en tredje värdering av anläggningen – nämligen en värdering som i efterhand gjorts av PwC. Den senare värderingen baserades på kassaflödesuppgifter och det hyresavtal som faktiskt funnits (mellan Hammar Nordic Plugg AB och de lokala företagarna) och således baserades värderingen på faktiska marknadsiakttagelser. Kommissionen uppskattade därför marknadsvärdet till 21 miljoner kronor, varför kommunens försäljning innebar att Hammar Nordic Plugg AB fick motta ett stöd som uppgick till 13 miljoner kronor.[103] Då vare sig de svenska myndigheterna eller Hammar Nordic Plugg AB hade lagt fram några argument för att stödet skulle vara förenligt med den inre marknaden, och då kommissionen inte kunde finna några sådana skäl, konstaterade den senare att stödet inte kunde omfattas av något av undantagen från det generella förbudet i artikel 107.1, varför stödet ansågs vara olagligt.[104]

Utöver själva fastighetsaffären analyserade kommissionen också det hyresavtal som ingick mellan det kommunala fastighetsbolaget och Ham-

[103] Se kommissionens beslut SA.28809, p. 56.
[104] Se kommissionens beslut SA.28809, p. 58-61.

mar Nordic Plugg AB i februari 2008. Kommissionens slutsats var att den hyra som det kommunala bolaget tog ut inte motsvarande marknadshyran – varför också det avtalet utgjorde ett otillåtet statligt stöd som uppgick till 1,5 miljoner kronor.[105]

Kommissionen slutsats var därför att de stöd som det kommunala fastighetsbolaget lämnat till Hammar Nordic Plugg AB, om totalt 14,5 miljoner kronor, skulle återkrävas från stödmottagaren.[106]

Statsstöd och tveksamma försäljningsvillkor

Ett ärende som tydligt visar på att inte endast prissättningen rörande en viss fastighet är av intresse i samband med bedömningen om en fastighetsaffär kan anses inbegripa ett statsstöd är EFTA:s övervakningsorgans ärende rörande norska Askers kommuns försäljning av en obebyggd egendom.[107] Asker kommun ingick under 2001 ett avtal med ett privat företag som gav företaget en option på att köpa en viss fastighet till ett då fastställt pris på 8 miljoner norska kronor, som vid en affär skulle räknas upp med konsumentprisindex. Optionen skulle enligt det ursprungliga avtalet mellan parterna vara gällande till utgången av 2009, men förlängdes senare till utgången av 2014. Under 2005 begärde det privata företaget att få utnyttja optionen varför fastighetsaffären var ett faktum.

Då EFTA:s övervakningsorgan hade att bedöma om försäljningen inbegrep ett statligt stöd fäste man bland annat avseende vid att optionen gav det privata företaget rätt att köpa den aktuella fastigheten, men inte någon skyldighet att göra så, varför avtalet innebar att kommunen inte heller kunde sälja fastigheten till någon annan under den tid optionen var gällande. Därtill beaktandes det faktum att avtalet mellan parterna inbegrep en riskfördelning som knappast hade accepterats av en privat aktör på marknaden, så tillvida att optionsavtalet innehöll en klausul som gav det privata företaget en möjlighet att omförhandla priset i händelse av att fastighetspriserna skulle sjunka avsevärt innan det att optionen utnyttjades, samtidigt som avtalet inte innehöll någon motsvarande möjlighet för kommunen att påkalla en omförhandling om fastighetspriserna istället skulle stiga kraftigt. Övervakningsorganets slutsats var därför att kommunen genom den aktuella fastighetsaffären hade gynnat det privata företaget i strid med statsstödsreglerna.

[105] Se kommissionens beslut SA.28809, p. 62–65.

[106] Se kommissionens beslut SA.28809, artikel 1–4. Hammar Nordic Plugg AB har överklagat kommissionens beslut till Tribunalen, mål T-253/12, Hammar Nordic Plugg mot kommissionen.

[107] EFTA:s övervakningsorgans beslut av den 13 juli 2011, beslut nr 232/11/COL.

Privatiseringar och statsstöd

Också vid försäljning av andra offentliga tillgångar, inklusive goodwill, måste villkoren motsvara de villkor en privat försäljare skulle ha accepterat för att det inte ska röra sig om ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1.[108] Stödbegreppet är dessutom uppfyllt om en medlemsstat säljer tjänster till ett visst företag till underpris. I en sådan situation måste det pris den offentliga aktören tillämpar jämföras med marknadspriset – vilket inte alltid låter sig göras i och med att det ofta saknas privata företag att jämföra med. Tjänster som tillhandahålls inom ramen för en myndighets normala verksamhet anses däremot inte utgöra ett statligt stöd även om en sådan tjänst tillhandahålls till underpris.[109] Sådana tjänster torde dock vara ovanliga, men kan eventuellt förekomma vid tillståndsgivning eller vid tillhandahållande av olika upplysningar eller utredningar.

Likaså kan statsstödsreglerna aktualiseras i samband med en annan typ av försäljning av offentlig egendom; nämligen i samband med privatiseringar av tidigare offentlig verksamhet.[110] Vid privatiseringar av offentliga företag utgår kommissionen ifrån att det inte riskerar föreligga något statligt stöd i enlighet med artikel 107.1 under förutsättning att privatiseringen antingen genomförs på så sätt att man säljer aktierna i det offentliga företaget till högstbjudande på aktiemarknaden eller genom ett öppet anbudsförfarande (likande det som används vid en offentlig upphandling) där den aktör som lämnar det högsta anbudet får köpa det offentliga företaget.

Om en privatisering organiseras på så sätt att det offentliga företagets aktier omsätts på aktiemarknaden är utgångspunkten att försäljningen görs på marknadsmässiga villkor utan att det riskerar förekomma något statligt stöd även om exempelvis skulder helt eller delvis skrivs av innan försäljningen, under förutsättning att intäkterna överstiger värdet på de reducerade skulderna.

För att kommissionen ska utgå ifrån att det inte förekommer något statligt stöd då en privatisering tar sig formen av ett öppet anbudsförfarande

[108] Se mål T-613/97, UFEX. Domen upphävdes dock av EU-domstolen i de förenade målen C-341-342/06 P, UFEX, med hänvisning till att det inte var bevisat att de aktuella tillgångarna överlåtits utan ersättning och att konkurrensen inte påverkats. Se också Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 53.

[109] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 54 f.

[110] Med privatisering avses vanligtvis att tidigare offentliga uppgifter överlåts till privata aktorer. Begreppet har dock ingen entydig definition, se exempelvis Indén & Olesen, Offentlig-privat samarbejde, 2012, s. 33 och jämför med vad som följer av Indén, Kommunen som konkurrent, 2008, s. 23 eller Marcusson, Mot en ny kommunalrätt, 1992, s. 137-139.

fordras att förfarandet är öppet för alla företag på marknaden samtidigt som alla spekulanter måste få tillräckligt med information och tid för att kunna göra en korrekt värdering av företaget. Därtill krävs som nämnts att företaget säljs till högstbjudande.

I andra fall än de ovan nämnda är kommissionens ståndpunkt att alla tänkta privatiseringar ska anmälas till den i enlighet med artikel 108, så att den kan genomföra en granskning med målet att utröna om det riskerar förekomma ett statligt stöd i det enskilda fallet.

I sammanhanget ska dock Tribunalens avgörande i mål T-274/01, Valmont Nederland BV, nämnas. Tribunalen hade att ta ställning till om en försäljning av en offentligägd fastighet till det privata företaget Valmont Nederland BV kunde anses inbegripa ett statligt stöd. Avtalet mellan parterna var kompletterat med ett arrangemang som innebar att den offentlige aktören skulle anlägga en parkeringsplats på delar av den mark som överläts, vilken också skulle kunna utnyttjas av andra än den nya fastighetsägaren i form av Valmont Nederland BV. Försäljningen hade inte föregåtts av vare sig något offentligt anbudsförfarande eller någon expertvärdering utan var ett resultat av förhandlingar mellan de båda avtalsparterna.

Till skillnad från kommissionen ansåg Tribunalen att det inte kunde presumeras att avtalet inbegrep ett statligt stöd endast på den grunden att försäljningen varken föregåtts av något offentligt anbudsförfarande eller av en oberoende expertvärdering. Enligt Tribunalen var istället den avgörande frågan om Valmont Nederland BV hade köpt den aktuella fastigheten på marknadsmässiga villkor. Tribunalen upphävde därför kommissionens beslut med hänvisning till den senare utförda värderingen av marken som enligt Tribunalen talade för att fastigheten hade sålts till marknadspris.

Att tillämpa kommissionens riktlinjer vid en privatisering torde vara mycket vanskligt, inte minst beroende på att en privatisering vanligtvis är en komplex procedur som inte alltid gärna kan genomföras på ett sätt som minner om ett öppet anbudsförfarande liknande det som används inom den offentliga upphandlingen. I jämförelse med hur företagstransaktioner vanligtvis genomförs på den öppna marknaden – vilken borde utgöra en benchmark då det ska avgöras om en offentlig aktör agerat i enlighet med den marknadsekonomiska investeringsprincipen – torde det förfarande som kommissionen förordar vid en privatisering ligga mycket långt från de förfaranden som används av privata företag.[111]

[111] Se Simonsson, Privatisation and State Aid, E.C.L.R [2005] s. 464 f.

De största bristerna med de förfaranden som förordas av kommissonen torde vara att det många gånger är i det närmaste omöjligt att ge alla potentiella anbudsgivare tillgång till all den information som krävs för att de ska kunna bilda sig en korrekt uppfattning om företagets värde, vilket bland annat beror på dels att säljaren kan vara förhindrad att delge potentiella anbudsgivare information om innehållet i tredjepartsavtal, dels att det kan vara mycket kostsamt att göra all relevant information tillgänglig på det sätt som kommissionen förordar.

Om en medlemsstat har för avsikt att genomföra en privatisering men inte har tänkt agera i enlighet med kommissonens riktlinjer, stadgar dessa att åtgärden i sådana fall ska anmälas till kommissionen för granskning innan den genomförs. En sådan anmälan riskerar däremot att ytterligare minska möjligheterna för medlemsstaten att genomföra den tänkta privatiseringen på för de inblandade aktörerna acceptabla villkor i och med att kommissionens granskning kan ta flera månader i anspråk. Det är således inte otroligt att många medlemsstater avstår från att privatisera viss verksamhet med hänvisning till att den procedur som förskrivs av kommissionen både är allt för kostsam och tidskrävande.[112]

Statsstödsreglernas tillämpning kan också påverka olika privatiseringar på andra sätt. Om exempelvis ett tidigare offentligt företag på olika sätt gynnats i strid med förbudet i artikel 107.1 riskerar en eventuell köpare av företaget ifråga att behöva återbetala stödet. Som ett belysandeexempel på detta kan kommissionens beslut i ärende SA.12522 nämnas.

Kommissionen godkände under 2001 ett omstruktureringsstöd uppgående till 503 miljoner euro till det då offentliga företaget Sernam. I oktober 2004 noterade kommissionen att villkoren för det tidigare godkända stödet inte hade blivit tillgodosedda samtidigt som Sernam också hade beviljats ett nytt stöd om 41 miljoner euro, varvid kommissionen fattade ett andra beslut, i vilket man dels slog fast att Frankrike skulle återkräva 41 miljoner euro från Sernam, dels att Sernam fick säljas till tredje part under förutsättning att det gjordes till marknadspris genom ett transparent och öppet förfarande.

Efter att kommissionen mottagit klagomål genomförde denna en närmare undersökning vilken resulterade i slutsatsen att Frankrike inte uppfyllt sina skyldigheter i enlighet med 2004 års beslut, på så sätt att de 41 miljonerna euro inte hade betalats tillbaka samtidigt som inte heller

[112] Se Simonsson, Privatisation and State Aid, E.C.L.R [2005] s. 465 f

privatiseringen av företaget hade genomförts i enlighet med de villkor som kommissionen ställt upp.

Med anledning av ovanstående ansåg kommissionen att de villkor man uppställt för att godkänna det tidigare lämnade omstruktureringsstödet om 503 miljoner euro inte hade tillgodosetts, varför omstruktureringsstödet ansågs vara olagligt. Därtill kom kommissionen till slutsatsen att försäljningen av Sernam hade åtföljts av ett stöd uppgående till 57 miljoner euro i form av ett kapitaltillskott, ett stöd på 38,5 miljoner euro i form av en skuldavskrivning och ett stöd i form av garantiåtaganden till ett värde av ca 3 miljoner euro. Då även de senare stödåtgärderna inte ansågs vara förenliga med unionsrätten beslutade kommissionen att Frankrike skulle återkräva drygt 642 miljoner euro, inklusive ränta, från Financière Sernam, vilket var det företag som förvärvade Sernam.[113]

2.2.6 Offentliga inköp och statsstödsreglerna

Statsstödsreglerna kan dock inte endast aktualiseras i situationer där det offentliga agerar som säljare, utan reglerna kan också bli tillämpliga i samband med att det offentliga genomför någon form av inköp.

När enheter inom den offentliga sektorn agerar som köpare finns ett specifikt regelverk i form av främst upphandlingsdirektiven och LOU att falla tillbaka på. Bestämmelserna om offentlig upphandling inbegriper ett omfattande regelsystem för offentliga inköp där prisbildning via konkurrensutsättning är grundstenen för fördelandet av offentliga kontrakt. Här finns också ett förfarande kring vilka instanser som hanterar oegentligheter i samband med upphandling. I korthet kan därför sägas att statsstödsreglerna i första hand tar sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna om offentlig upphandling huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster.

Trots dessa bakomliggande skillnader i regelverken finns ett samband mellan statsstödsreglerna och reglerna om offentlig upphandling och även de förstnämnda torde kunna aktualiseras för det fall att exempelvis ett exploateringsavtal slutits med en exklusiv entreprenör utan föregående konkurrensutsättning. Kommissionen har till exempel som ett verktyg i samband med sin bedömning av om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget betalats ut i samband med privatisering av offentlig verksamhet sett till om de krav på öppenhet, transparens och anbudsför-

[113] Se kommissionens beslut i ärende SA.12522.

farande som gäller vid offentlig upphandling har följts. Statsstödsreglerna är vidare skilda från de direktivreglerade upphandlingsreglerna och kan också komma in som en "andra kontroll" av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som ska användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling – kan därför innebära ett brott mot statsstödsreglerna.[114]

I sammanhanget ska också nämnas att tilldelning av tjänstekoncessioner inte är ett oreglerat område fastän det saknas regler i upphandlingsdirektiven och LOU rörande frågan.[115] I samband med tilldelning av tjänstekoncessioner måste en myndighet beakta inte bara de allmänna EU-rättsliga principerna, såsom de principer som följer av artikel 49 och 56 EUF-fördraget, utan också EU:s statsstödsregler. Det faktum att upphandlingsreglerna inte ansetts vara tillämpliga då en upphandlande myndighet tilldelat en koncession utan föregående upphandling innebär således inte att frågan inte kan bli föremål för prövning i och med att bland annat statsstödsreglerna kan aktualiseras, vilket kan medföra att exempelvis en gynnad exploatör kan få betala tillbaka ett stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av att ett genomförandeavtal ingåtts utan föregående konkurrensutsättning.[116]

Ett offentligt inköp kan således utgöra ett stöd i enlighet med artikel 107.1 om det inte görs utifrån objektiva och öppna kriterier. Följaktligen måste man i ett enskilt ärende först och främst fastställa om det finns ett verkligt behov av den aktuella varan eller tjänsten. Om så inte är fallet kan det indikera att det föreligger ett gynnande. Därtill måste undersökas om den aktuella transaktionen utförts på normala affärsmässiga villkor.[117]

Har det offentliga inköpet genomförts efter ett öppet förfarande, såsom efter en upphandling i enlighet med LOU, anses den offentliga aktören som utgångspunkt ha agerat på ett sätt som utesluter att det föreligger

[114] Se närmare Bartosch, The relationship between public procurement and state aid surveillance – the toughest standard applies?, 2002, s. 551–576, Hillger, The Award of a Public Contract as State Aid within the Meaning of Article 87(1) EC, 2003, s. 109–130, Doern, The Interaction between EC Rules on Public Procurement and State Aid, 2004, s. 97–129, samt Bovis, Financing Services of General Interest, Public Procurement and State Aids: the Delineation between Market Forces and Protection in the European Common Market, 2005, s. 1–27.

[115] Se t.ex. Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012, s. 108 ff.

[116] Se t.ex. Madell & Indén, Offentlig-privat samverkan, 2010, s. 124.

[117] Se de förenade målen T-116 och 118/01, P & O European Ferries, p. 118. Se också t.ex. mål T-14/96, BAI och de förenade målen C-442 och 471/03 P, P&O European Ferries.

ett stöd. Om ett inköp däremot gjorts utan att det offentliggjorts måste avgöras om villkoren för inköpet var sådana som normalt kännetecknar liknande transaktioner.[118] Risken för att det allmänna riskerar bryta mot upphandlingsreglerna eller EU:s statsstödsregler då man anskaffar varor och tjänster på den öppna marknaden minimeras följaktligen avsevärt om man väljer leverantör efter ett öppet anbudsförfarande. Genom ett sådant förfarande säkerställs vanligtvis att det företag som anförtrotts att tillhandahålla de aktuella varorna eller tjänsterna inte särbehandlas genom att det väljs ut som leverantör på skönsmässiga grunder likväl som ett sådant förfarande också minskar risken för att leverantören överkompenseras.

Det kan dock inte helt uteslutas att ett inköp som görs efter en upphandling i enlighet med LOU:s bestämmelser kan utgöra ett stöd. I mål T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot kommissionen, fann Tribunalen att ett företag som getts ett uppdrag att tillhandahålla tjänster som det egentligen inte fanns något behov av kunde utgöra ett otillåtet stöd.[119]

Att offentliga aktörer ska vara nödgade att använda sig av ett upphandlingsförfarande för att säkerställa att ett inköp inte inbegriper ett statligt stöd är dock inte helt oproblematiskt. I det sammanhanget kan man ifrågasätta om det verkligen ska krävas att en tilldelning av ett offentligt kontrakt verkligen måste göras i enlighet med exempelvis upphandlingsdirektiven för man ska kunna utesluta förekomsten av ett gynnande; inte minst beroende på att det knappast är ett normalt beteende på marknaden att genomföra upphandlingar på det sätt som följer av direktiven.[120]

Syftet med att genomföra någon form av anbudsförfarande eller upphandling är att åstadkomma en konkurrenssituation; och utgångspunkten är att det pris som erhålls i en sådan situation utgör marknadspriset; vilket i sin tur i allt väsentligt utesluter att det förekommer ett gynnande i och med att "*[t]he market price has the function of a benchmark for comparison to the price of any particular contract.*"[121]

Utgångspunkten att det ska krävas någon form av anbudsförfarande för att en offentlig aktör ska anses ha agerat i enlighet med den marknadseko-

[118] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 55 f. Se även O'Keefe & Branton, State Aid and Urban Regeneration: A UK Perspective, EStAL 2007, s. 485.
[119] Se även Battista, The respect of State aid rules in PPPs, 2007, s. 73.
[120] Se Steinicke, Competitive Neutrality – Critical Remarks, i: Danielsen m.fl. (red.), Festskrift til Jens Fejø, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kopenhamn, 2012, s. 456. Se också ovan avsnitt 2.2.2
[121] Se Steinicke, Public Contracts Through Procurement – Can There Still Be State Aid?, i: Konkurrensverket, The Pros and Cons of Competition in/by the Public Sector, 2009, s. 139.

nomiska investeringsprincipen kan dock kritiseras med hänvisning till att ett sådant krav inte ligger i linje med hur privata företag agerar.

> "The way that contracts are concluded between private companies is characterised by formlessness and flexibility. The private parties have an interest in adapting the procedure for the formation of contracts to the specific circumstances and need for the contract. There is no obligation to invite a certain number of potential bidders before entering into a contract, just like there are no formalities to be considered during a negotiation process. The distinctions between this contracting process and the more bureaucratic public procurement procedure pose the question of whether the same benchmark could reasonably be applied to private and public contracts alike. In other words: could or should the market price be expected to be the same when the pre-contractual phases are very different?"[122]

Det kan också ifrågasättas om en upphandling som inkluderar någon form av förhandling, vilket inte är uteslutet enligt vare sig upphandlingsdirektiven[123] eller den svenska upphandlingslagstiftningen,[124] kan uppfylla de krav som måste vara tillgodosedda för att en tilldelning av ett offentligt kontrakt *per se* inte ska anses inkludera ett statligt stöd. I det avseendet har Steinicke uttalat att:

> "The Commission doesn't seem to be consistent in its approach to procedures involving negotiations. In the Decision N 149/2006, Ireland, the Commission stated in regard to the negotiated procedure that outcome of such a complex procedure might confer an economic advantage to the successful bidder. At the same time the Commission has seen the use of the competitive dialogue as sufficient to ensure the market price."[125]

Som tidigare nämnts kan det således i många situationer ifrågasättas om de krav om ställs på det offentliga utifrån EU-domstolens praxis och kommissionens olika vägledningar verkligen står i överensstämmelse med de krav

[122] Se Steinicke, Public Contracts Through Procurement – Can There Still Be State Aid?, i: Konkurrensverket, The Pros and Cons of Competition in/by the Public Sector, 2009, s. 140 f.

[123] Med upphandlingsdirektiven avses i sammanhanget främst Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

[124] Se lag (2007:1091) om offentlig upphandling och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

[125] Se Steinicke, Public Contracts Through Procurement – Can There Still Be State Aid?, i: Konkurrensverket, The Pros and Cons of Competition in/by the Public Sector, 2009, s. 152 f.

som borde anses följa av den marknadsekonomiska investeringsprincipen i och med att det offentliga förväntas agera i enlighet med hur privata företag borde agera i motsvarande situation, samtidigt som det inte sällan uppställs ett krav på offentliga aktörer att genomföra någon form av upphandling för att man ska kunna utesluta förekomsten av statliga stöd, vilket är en främmande lösning i den privata sfären.

Offentliga markförvärv och statsstödsrättsliga implikationer

En i sammanhanget relevant fråga är hur olika typer av offentligt markförvärv ska hanteras utifrån i statsstödsrätten. Sådana frågor kan uppkomma dels då det offentliga deltar i någon form av stadsutvecklingsprojekt som inbegriper en bytesaffär i likhet med vad som var fallet i Åre-ärendet,[126] dels om det offentliga vill komma i åtnjutande av viss mark för att genomdriva ett offentligt projekt, såsom utbyggnad av infrastruktur, byggande av bostäder eller bildande av naturreservat.

I sådana situationer är det inget alternativ för det allmänna att genomföra någon form av upphandling i och med att det endast finns en aktör som kan komma ifråga för att ingå avtal med det allmänna; nämligen ägaren av den aktuella fastigheten. Att i samband med ett offentligt fastighetsförvärv därför fastställa någon form av objektivt marknadspris som inte tar utgångspunkt från vad säljaren anser sig vara villig att sälja egendom till är i princip omöjligt, i och med att marknaden begränsas till den aktuella fastigheten och de båda parternas värdering av den samma. Det ska också nämnas att LOU enligt dess 1 kap. 6 § inte är tillämplig på förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet.

Frågan om hur marknadsvärdet på en viss fastighet ska bestämmas i samband med att det offentliga vill ta egendomen i anspråk har tidigare aktualiserats med anledning av vilken ersättning som ska utgå vid expropriationer.[127] Av expropriationslag (1972:719), expropriationslagen, följer att den som får egendom exproprierad har rätt till ersättning, så kallad expropriationsersättning. Den ersättning som ska utgå vid expropriationer ska sedan lag (2010:832) trädde i kraft inte endast motsvara egendomens marknadsvärde – vilket var fallet före lagändringen – utan ersättningen ska också inbegripa ett påslag för vad som kallas individuell skada, såsom det affektionsvärde fastigheten kan ha för den som blir av med den. På-

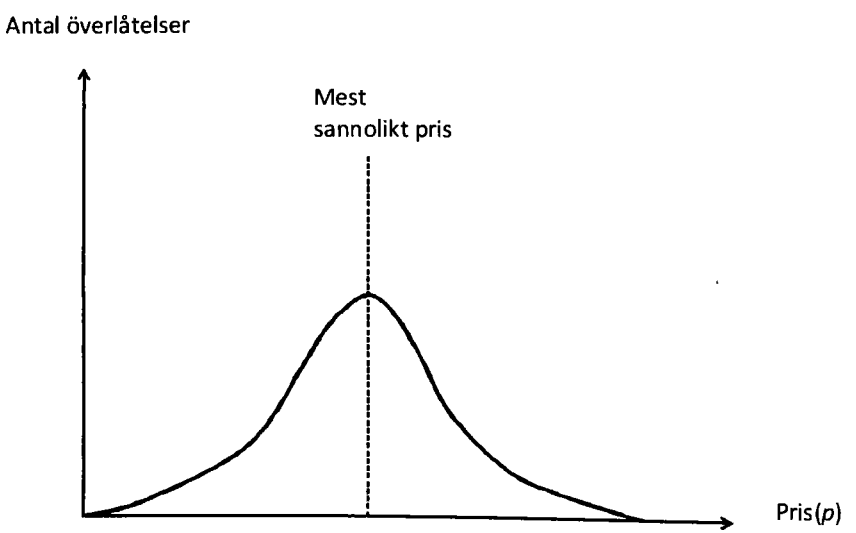
[126] Se ovan avsnitt 2.2.5.
[127] Se prop. 2009/10:162, s. 49.

slaget ska utgå ifrån en schablon och utgöra 25 procent av marknadsvärdet. Följaktligen är utgångspunkten att den som får egendom exproprierad ska kompenseras till 125 procent av marknadsvärdet. Det har dock anförts att den nya regleringen rörande expropriationsersättningen i vissa fall kan komma att strida mot EU:s statsstödsregler.[128]

Den aktuella förändringen av regelverket rörande expropriationsersättningens storlek ändrar dock inte på det faktum att begreppet marknadsvärde är av central betydelse i sammanhanget. Någon definition av begreppet marknadsvärde återfinns inte i lagstiftningen, men i förarbetena till expropriationslagen anförs att med marknadsvärde ska förstås det pris som fastigheten sannolikt skulle ha betingat vid en försäljning på den allmänna marknaden under av expropriationen opåverkade förhållanden.

I förarbetena anges också att begreppet marknadsvärde är ett statistiskt begrepp i form av en abstraktion som tar sin utgångspunkt i ett tankeexperiment där en fastighet säljs ett stort antal gånger på den öppna marknaden. Detta genererar en frekvensfunktion där det mest sannolika priset – vilket anses motsvara marknadspriset – är det pris som får flest observationer i frekvensfunktionen. I SOU 2008:99 illustreras abstraktionen i enlighet med figur 1.

Figur 1. Definition av marknadsvärde



[128] Se prop. 2009/10:162, s. 49.

Med ledning av det ovan anförda görs därför i förarbetena skillnad mellan pris och marknadsvärde, på så sätt att priset utgör det belopp som betalas eller kommer att betalas för viss egendom i ett enskilt fall vid en försäljning på den öppna marknaden – varför priset är kopplat till en verklig överenskommelse – medan marknadsvärdet är det pris som sannolikt skulle betalas vid en viss tidpunkt. Således är det i en given situation inte säkert att en fastighet säljs till ett pris som motsvarar marknadsvärdet.

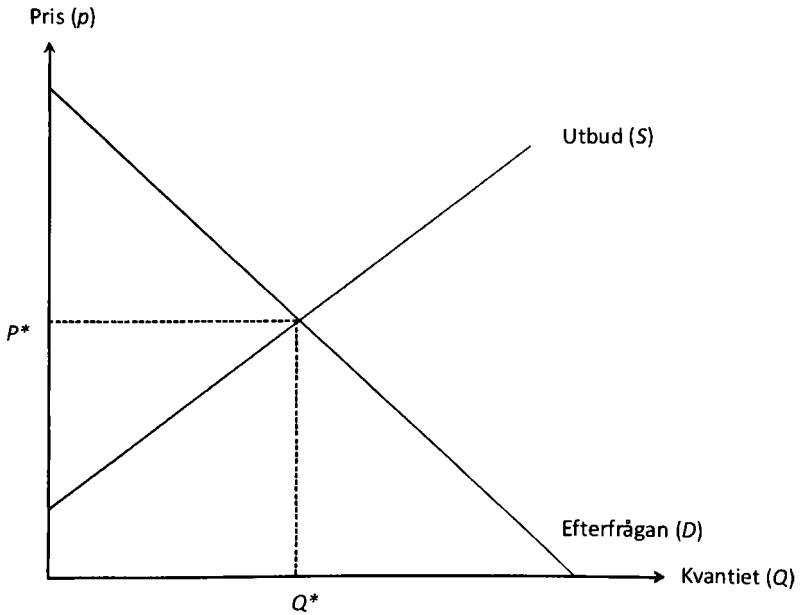
Exakt hur marknadsvärdet ska beräknas framgår dock inte av lagstiftningen utan det är en uppgift för domstolar och beslutsfattare att med utgångspunkt från den utredning som finns tillgänglig för dem att använda den metod som anses vara bäst lämpad för att fastställa det mest sannolika marknadsvärdet.[129]

De vanligaste metoderna som används är ortprismetoden, avkastningsvärdemetoden och produktionskostnadsmetoden. Ortprismetoden går i korthet ut på att fastigheten jämförs med vad liknande objekt betingat för värde på marknaden, med beaktande av de skillnader som föreligger mellan fastigheterna. Enligt avkastningsvärdemetoden ska marknadsvärdet beräknas utifrån expropriationsobjektets sannolika framtida avkastning. Normalt försöker man beräkna nuvärdet av den framtida årliga nettoavkastningen genom kapitalisering eller diskontering efter en rimlig förmodad räntesats. Enligt produktionskostnadsmetoden, som främst används vid värdering av olika anläggningar, görs först en uppskattning av återanskaffningskostnaden för ett objekt av motsvarande art, varefter dessa kostnader nedräknas med hänsyn till anläggningens värdeminskning på grund av ålder och bruk.[130]

Frågan är däremot om det marknadsvärde som avses i expropriationsrättslig mening nödvändigtvis överensstämmer med vad som enligt ekonomisk teori är att beteckna som ett marknadsvärde. Utgångspunkten enligt den ekonomiska teorin är nämligen att marknadsvärdet är det samma som det så kallade jämviktspriset – det vill säga det pris till vilket utbudet på en marknad är lika med efterfrågan.

[129] Se prop. 1971:122, s. 171.
[130] Se SOU 2008:99, s. 129 f.

Figur 2. Marknadsjämvikt på en marknad karaktäriserad av perfekt konkurrens.



Även om det av praxis står klart att också överkompensation kan utgöra ett sådant stöd som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget är det inte lika självklart att det faktum att expropriationslagen ger den som får egendom exproprierad rätt till ersättning som ska motsvara 125 procent av egendomens marknadsvärde träffas av regleringen. Anledningen till denna tveksamhet går att finna i det faktum att man inte nödvändigtvis kan jämställa det marknadsvärde som följer av expropriationslagstiftningen med hur begreppet marknadsvärde definieras i ett statsstödsrättsligt sammanhang.

Som nämnts ska begreppet marknadsvärde i samband med en tillämpning av expropriationslagen förstås som det mest sannolika pris en fastighet skulle ha betingat om den således ett stort antal gånger på den öppna marknaden. Enligt ekonomisk teori är marknadsvärdet däremot den punkt där konsumenternas preferenser stämmer överens med producenternas produktionskostnad för den sist konsumerade/producerade enheten – det vill säga marknadens efterfrågan stämmer överens med dess utbud. Marknadsvärdet bestäms därför utifrån efterfrågekurvans utseende i förhållande till produktionskostnaderna. Som nämnts är huvudregeln att ju högre konkur-

rensgrad desto lägre blir jämviktspriset. Om det råder perfekt konkurrens på marknaden kommer det att resultera i det lägsta jämviktspriset medan det högsta jämviktspriset återfinns på monopolmarknader.

I samband med en expropriation finns det flera omständigheter som måste beaktas då man ska fastställa ett marknadsvärde i enlighet med de utgångspunkter som följer av ekonomisk teori. Först och främst ska nämnas att det i samband med en expropriation inte finns någon marknad, i och med att den som får sin egendom exproprierad per definition inte är en säljare. I samband med en expropriation går det således inte att finna någon egentlig utbudskurva, varför denna inte heller kan möta en efterfrågekurva (se figur 2), vilket resulterar i att man inte kan tala om ett egentligt marknadsvärde. I och med att en fastighetsägare väljer att låta viss egendom exproprieras istället för att sälja den till det allmänna indikerar det också att egendomen betingar ett högre värde för dess ägare än vad som en eventuell köpare hade varit villig att erlägga. Också de problem som följer med att tillämpa de metoder för att fastställa ett marknadsvärde i expropriationsrättslig mening, såsom ortsprismetoden, avkastningsvärdemetoden och produktionskostnadsmetoden, måste beaktas i sammanhanget. Exempelvis torde det vara mycket svårt att göra jämförelser med liknande objekt varvid man också kan ta hänsyn till alla de skillnader som föreligger mellan olika fastigheter.

Därtill ska anmärkas att det expropriationsrättsliga marknadsvärdet ska fastställas till det mest sannolika värde fastigheten hade betingat vid en hypotetisk försäljning som kännetecknas av expropriationen opåverkade förhållanden – vilket torde vara mycket svårt då sådana infrastrukturella satsningar som kan resultera i expropriationer med nödvändighet föregås av diskussion och en planprocess som inte sällan kan ta mycket lång tid i anspråk. Följaktligen är det inte orimligt att anta att den tidpunkt där fastighetens värde är opåverkat av den aktuella expropriationen ligger långt tillbaka i tiden, vilket ytterligare försvårar möjligheten att göra en korrekt uppskattning av fastighetens marknadsvärde.

Följaktligen kan man knappast sätta ett likhetstecken mellan det marknadsvärde som följer av expropriationslagstiftningen och på vilket sätt marknadsvärdet definieras i ett statsstödsrättsligt sammanhang, det vill säga enligt ekonomisk teori. Således strider den modell för att fastställa expropriationsersättningens storlek som numera följer av expropriationslagen i sig inte mot EU:s statsstödsrätt, i och med att en ersättning som motsvarar 125 procent av egendomens expropriationsrättsliga marknadsvärde inte nödvändigtvis också utgör ett korrekt marknadsvärde enligt ekonomisk

teori. Det faktum att begreppet marknadsvärde med nödvändighet ges olika innebörd vid en tillämpning av de olika regelverken – det kan ju omöjligt vara tal om en egentlig marknad i samband med en expropriation – innebär således inte att det allmänna med säkerhet riskerar bryta mot EU:s statsstödsregler bara för att man betalar ut expropriationsersättning enligt gällande lagstiftning.

I samband med en bedömning om det allmänna lämnar ett stöd till ett företag då den förvärvar viss egendom kan man således inte gärna ta sin utgångspunkt i någon form av objektivt marknadsvärde, utan bedömningen om företaget överkompenseras torde istället behöva göras utifrån vilket värde fastigheten har för det allmänna. Om ägaren av fastigheten inte anser att det är ett rimligt värde, och därför inte heller säljer fastigheten till det värdet, måste det allmänna istället söka efter alternativa lösningar, eller om villkoren för att genomföra någon form av tvångsförvärv är uppfyllda, låta genomföra exempelvis en expropriation.

I och med att man svårligen kan lägga ett marknadsvärde till grund för bedömningen om det föreligger ett stöd i samband med att det offentliga köper en fastighet torde man istället behöva utgå ifrån huruvida det pris som det offentliga betalar står i överensstämmelse med det offentligas intresse av fastigheten. Ett stöd borde först kunna anses vara för handen om det offentliga intresset inte motsvarar priset, vilket också är en utgångspunkt som man exempelvis kan finna stöd för i den dom från förvaltningsrätten i Uppsala som rör Uppsala Arena.[131] I det aktuella ärendet slog förvaltningsrätten fast att det kapitaltillskott om ca 150 miljoner kronor som Uppsala kommun lämnade till ett icke kommunägt bolag utgjorde ett statligt stöd som borde ha anmälts till kommissionen – varför det kommunala beslutet upphävdes på den grunden att beslutet var olagligt. Ett av skälen för förvaltningsrättens ståndpunkt tycks vara att den kommunala nyttan av den anläggning som det icke-kommunala bolaget skulle uppföra inte kunde motivera en kommunal insats av den dimension som kommunen fattat beslut om.[132]

[131] Förvaltningsrättens i Uppsala dom 2010-12-16, mål 6994-10. Uppsala kommun har senare underrättat regeringen om den aktuella åtgärden och denna har i sin tur anmält åtgärden till kommissionen som har inlett en granskning av ärendet, se kommissionens beslut 2012-03-21 i ärende SA.33618 Uppsala Arena.

[132] Ärendet behandlas nedan i avsnitt 2.3.8.

2.3 Svensk praxis rörande förekomsten av stöd

De senaste åren har frågan om under vilka premisser främst kommuner kan både avyttra och förvärva egendom eller andra typer av tillgångar varit föremål för domstolsprövning vid ett flertal tillfällen – vanligtvis har frågorna prövats inom ramen för en laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen. Sådana laglighetsprövningar, likväl som prövningar som avser andra typer av kommunala stödåtgärder, har i vissa fall tagit sikte på huruvida den ifrågasatta kommunala åtgärden har ansetts vara förenlig med både regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen och om den uppfyller de krav som följer av EU:s statsstödsrätt. I det följande ska flera av de senare svenska avgörandena som berör tillåtligheten av kommunala stöd, både i enlighet med regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen och EU:s statsstödsrätt, behandlas. Då EU:s statsstödsregler inte endast kan aktualiseras i samband med kommunala åtgärder ska också ett avgörande som gällde koncessionsavgifter på televisionens och radions område, vilket prövades inom ramarna för ett förvaltningsbesvär behandlas tämligen kort (se nedan avsnitt 2.3.10).

2.3.1 Bredbandsärendet

En svensk domstolsprocess i vilken EU:s statsstödsregler aktualiserats, och där dessa också hade en avgörande betydelse för ärendets utgång, gällde Stockholms Stads beslut den 17 oktober 2005 om att medverka i samband med utbyggnaden av bredbandsnätet i det kommunala bostadsbeståndet.[133] Den kommunala medverkan bestod bland annat i att Stockholms Stad skulle investera 700 miljoner kronor i tre kommunala bostadsbolag, vilka fick i uppgift att genomföra en utbyggnad av bredbandsnätet i deras fastigheter.

Kammarrätten hade inom ramen för en laglighetsprövning att ta ställning till om det faktum att Stockholms Stad inte anmält den aktuella åtgärden till kommissionen åsidosatt de krav som följer av artikel 108.

Ifråga om huruvida stödbegreppet var uppfyllt uttalade kammarrätten att den aktuella investeringen inte tycktes vara motiverad av en ambition att generera normal avkastning på det insatta kapitalet, utan att åtgärden snarare fick anses syfta till att uppnå en allmänpolitisk målsättning. Dessutom ansåg kammarrätten att kalkylräntan rörande investeringar i bredband torde vara högre än den avkastning om 5,5–6,5 procent som Stockholms Stad räknade med. Det ska också nämnas att Stockholms Stads kalkyler

[133] Kammarrättens i Stockholm dom 2009-02-16, mål nr 4514-07.

först upprättades efter det att beslutet överklagats. Med hänvisning till att Stockholms Stads beslutsunderlag var behäftat med brister ifråga om den aktuella åtgärdens marknadsmässiga syfte, projektets ekonomiska förutsättningar gällande vilken typ av investering det rörde sig om, hur avkastningskravet var utformat och med beaktande av kalkylernas brister konstaterade kammarrätten att en normal investerare på marknaden med stor sannolikhet inte hade gjort samma investering på motsvarande villkor i och med att den aktuella affärsplanen var behäftad med stora brister. Följaktligen ansåg kammarrätten att den aktuella åtgärden utgjorde ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget, samtidigt som man inte heller kunde utesluta att artikelns övriga rekvisit var uppfyllda. Följaktligen konstaterade kammarrätten att åtgärden skulle ha anmälts till kommissonen varför Stockholms Stad brutit mot kraven enligt artikel 108, vilket medförde att beslutet upphävdes med stöd av 10 kap. 8 § kommunallagen då det ansågs vara olagligt.[134]

Det aktuella kommunala beslutet anmäldes också till kommissionen vilken däremot valt att inte inleda något formellt granskningsförfarande utan kommissionen valde istället att avsluta det aktuella ärendet utan att fatta något formellt beslut.[135]

2.3.2 Tibble

Det i sammanhanget kanske mest uppmärksammade ärende som rör under vilka villkor en kommun kan sälja sin egendom på är det så kallade Tibblefallet.[136] Ärendet gällde bland annat huruvida Täby kommun överlåtit egendom i form av driften av en gymnasieskola till underpris då verksamheten såldes till ett bolag, Tibble Fristående Gymnasium AB, som ägdes av rektorn och en anställd på skolan som tidigare hade drivits i kommunal regi. Kommunfullmäktige i Täby beslutade den 10 maj 2007 att avveckla den kommunala verksamheten på skolan samt att godkänna att ett ramavtal träffades mellan kommunen och bolaget som bland annat innebar att bolaget skulle få köpa inventarierna i skolan för 9,2 miljoner kronor, att

[134] Också Förvaltningsrätten i Uppsala har i två ärenden upphävt kommunala beslut med hänvisning till att de varit olagliga i och med att den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3 inte iakttagits, se dom 2010-12-16, mål nr 6994-10 och dom 2011-03-04, mål nr 4855-10.

[135] Se kommissionens brev till den svenska regeringen daterat 29/03/2012, COMP/H-2/BC- (2012) 33624. Se också kommissionens beslut i ärende SA.32037 vari man accepterade ett stöd som avsåg att lämnas av Västra Götalandsregionen för utbyggnad av bredbandsnätet, med hänvisning till att åtgärden var förenlig med den inre marknaden.

[136] Kammarrätten i Stockholm dom 2009-04-09, mål nr 584-08.

bolaget skulle få hyra lokalerna av kommunen och att själva verksamheten skulle överlåtas till bolaget. Dagen efter att kommunen fattade det aktuella beslutet undertecknade parterna avtalet.

Det kommunala beslutet överklagades inom ramen för en laglighetsprövning, bland annat med hänvisning till att kommunen inte tagit betalt för egendomens fulla värde. Länsrätten avslog dock överklagandet, varvid klagande vände sig till kammarrätten, vilken också meddelande prövningstillstånd.

Kammarrätten uttalade att det som utgångspunkt är olagligt för en kommun att stödja enskilda näringsidkare, men att undantag från denna huvudregel kan medges om det föreligger synnerliga skäl. Kammarrätten konstaterar däremot att kommunen inte kunnat styrka några sådana synnerliga skäl i ärendet. Ifråga om upplåtelse eller överlåtelse av kommunal egendom uttalade kammarrätten att det ska ske till marknadspris, varför priset ska avspegla det totala värdet på de tillgångar som överlåts, inklusive olika typer av mervärden såsom *good-will*. Därtill uttalade kammarrätten att man i det närmaste håller det för uteslutet att värdet på den aktuella skolan endast skulle motsvara värdet på dess inventarier, varför kommunen borde ha prissatt också övervärdet i verksamheten, bland annat i form av skolans varumärke, utbildningsverksamheten, kundstocken (det vill säga eleverna) och lärarkompetensen. Kammarrätten upphävde således det kommunala beslutet med hänvisning till att det stred mot regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen.[137]

Det aktuella kommunala beslutet anmäldes också till kommissionen vilken däremot valt att inte inleda något formellt granskningsförfarande utan kommissionen valde istället att avsluta det aktuella ärendet utan att fatta något formellt beslut.[138]

2.3.3 Vantör Hemtjänst

Ett relativt uppmärksammat fall i vilket Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) haft att ta ställning till om en kommunal försäljning av viss egendom utgjort ett stöd i strid med regleringen i 2 kap. 8 §

[137] Även om kammarratten upphävde det kommunalrättsliga beslutet har man ändå inte kunnat angripa det aktuella avtalet mellan parterna, vilket visar att den svenska regleringen inte är optimal i sammanhanget. Ifråga om beslutets verkställande riktade också JO kritik mot kommunen för att den redan dagen efter att beslutet fattades ingick det aktuella avtalet, JO:s beslut i ärende med dnr 3129-2009 och 4090-2009.

[138] Se kommissionens brev till den svenska regeringen daterat 29/03/2012, COMP/H-2/BC- (2012) 33624.

kommunallagen är Vantör Hemtjänst.[139] I målet hade Regeringsrätten att ta ställning till om ett kommunalt beslut att avveckla viss hemtjänstverksamhet och att sälja denna till ett privat företag utgjorde ett individuellt inriktat stöd i strid med 2 kap. 8 § kommunallagen. Det aktuella beslutet villkorades med att verksamheten endast skulle avvecklas och att försäljningen endast skulle genomföras om köparen beviljades tillstånd att bedriva hemtjänstverksamhet. Köpeskillingen motsvarande värdet av inventarierna medan de ca 300 brukare som återfanns inom den kommunala verksamheten skulle "ingå" i köpet om de inte gjorde ett aktivt val ifråga om att byta utförare. Vantör Hemtjänst AB fick således tillgång till en etablerad verksamhet medan den ersättning som betalades till kommunen endast motsvarande värdet av inventarierna. Någon oberoende värdering av verksamheten hade inte föregått beslutet, inte heller hade det föregåtts av ett öppet anbudsförfarande.

Regeringsrättens slutsats var att kommunen hade gynnat Vantör Hemtjänst då verksamheten hade sålts till underpris och att det inte fanns några synnerliga skäl i den mening som krävs enligt 2 kap. 8 § kommunallagen för att stödet skulle vara tillåtet. Beslutet stred således mot lag, varför det skulle upphävas.

Det aktuella kommunala beslutet anmäldes också till kommissionen vilken däremot valt att inte inleda något formellt granskningsförfarande utan kommissionen har istället valt att avsluta det aktuella ärendet utan att fatta något formellt beslut.[140]

2.3.4 Karlskrona kommun

Ytterligare ett ärende där ett kommunalt beslut att ingå ett avtal som bland annat inbegripit en fastighetsöverlåtelse ifrågasatts med hänvisning till både regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen och indirekt EU:s statsstödsrätt är RÅ 2010 ref. 119 (I). I det aktuella ärendet hade Karlskrona kommun beslutat att ingå ett avtal med NCC Construction Sweden AB (bolaget) som innebar att bolaget skulle få förvärva en fastighet till en köpeskilling om 5 miljoner kronor. Enligt avtalet skulle kommunen bekosta miljösaneringen av fastigheten, vilken dock skulle utföras av bolaget mot en ersättning på drygt 9 miljoner kronor. Dessutom följde det av avtalet att bolaget skulle åta sig att anlägga en parkeringsplats på en annan fastighet,

[139] Regeringsrättens dom 2010-10-01, mål nr 2812-09.

[140] Se kommissionens brev till den svenska regeringen daterat 29/03/2012, COMP/H-2/BC- (2012) 33624.

vilken skulle nyttjas av både bolaget och kommunen, och att bolaget skulle iordningsställa viss allmän mark. Kostnaden för de senare uppgifterna var beräknad till 2,6 miljoner kronor, och skulle fördelas lika mellan kommunen och bolaget. Ett annat företag var villigt att betala 5,5 miljoner kronor för den aktuella fastigheten, och deras bud justerades senare till 7 miljoner kronor, varvid man också åtog sig att leva upp till motsvarande förpliktelser som bolaget.

Kommunens beslut överklagades i enlighet med reglerna i 10 kap. kommunallagen, och klagande menade att kommunen dels agerat i strid med 2 kap. 8 § kommunallagen, dels att beslutet var olagligt med hänvisning till att den aktuella åtgärden inte anmälts till regeringen i enlighet med 6 § lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.

Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) kom till slutsatsen att kommunen hade gynnat en enskild näringsidkare i strid med 2 kap. 8 § kommunallagen i och med att det aktuella avtalet inte hade föregåtts av vare sig en oberoende värdering eller ett öppet anbudsförfarande samtidigt som man också särskilt beaktande innehållet i det konkurrerande anbudet. Med anledning av att regeringsrätten kom till den aktuella slutsatsen fann man inte anledning att pröva om kommunen också brutit mot den anmälningsskyldighet som följer av 6 § lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.

2.3.5 Årjängs kommun

Ytterligare ett ärende vari Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen) haft att bedöma en kommunal åtgärds förenlighet med EU:s statstödsrätt i samband med en laglighetsprövning rörde Årjängs kommuns beslut den 31 mars 2008 om att genomföra en viss fastighetsaffär.[141] Den ifrågasatta fastighetsaffären gick ut på att kommunen utan att vare sig ha tillämpat ett öppet anbudsförfarande eller ha genomfört någon oberoende värdering överlät en fastighet till en fysisk person för ett pris av 650 000 kronor, samtidigt som kommunen förvärvade en annan fastighet av samma person till ett pris av 4 900 000 kronor. En senare värdering visade att den fastighet som kommunen sålde betingade ett värde av ca 600 000 kronor medan den fastighet som kommunen köpte värderades till 5 500 000 kronor. Klagande ansåg att det bakomliggande kommunala beslutet stred mot lag då den aktuella fastighetsaffären inte genomfördes i enlighet med kommissonens meddelande om inslag av stöd vid statliga

[141] RÅ 2010 ref. 119 (II).

myndigheters försäljning av mark och byggnader,[142] och inte heller hade anmälts till kommissionen i enlighet med artikel 108.3.

Regeringsrätten uttalade att:

> "En kommuns skyldighet att anmäla olika former av stöd ska fullgöras i enlighet med lagen om tillämpningen av Europeiskagemenskapernas statsstödsregler. Någon anmälningsskyldighet för kommunen kan inte grundas direkt på kommissionens inte rättsligt bindande meddelande."

Med beaktande av de värderingar av fastigheterna som senare gjordes fann Regeringsrätten att det inte var visat att kommunen ifråga hade lämnat något stöd till förvärvaren – varför det inte heller fanns något lagligt hinder för kommunen att besluta om den aktuella fastighetsaffären på det sätt som gjorts.

I sammanhanget ska observeras att det av kommissionens vägledning endast anges att en anmälan måste göras om man inte valt att tillämpa ett anbudsförfarande samtidigt som det pris som erhållits ligger under vad som fastställts av oberoende värderingsmän. Således är det uppenbart att den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3 EUF-fördraget inte på något sätt utvidgas med anledning av kommissionens meddelande. Någon möjlighet för kommissionen att utöka tillämpningsområdet för den anmälningsskyldighet, och det genomförandeförbud, som följer av artikel 108.3 till att också omfatta statliga åtgärder som inte träffas av definitionen av statliga stöd såsom den kommer till uttryck i artikel 107.1 finns därför inte. Att så är fallet understryks också av Tribunalens dom i mål T-274/01, Valmont Nederland BV.

I ärendet hade Tribunalen att ta ställning till om en försäljning av en offentligägd fastighet till det privata företaget Valmont Nederland BV kunde anses inbegripa ett statligt stöd. Försäljningen hade inte föregåtts av vare sig något offentligt anbudsförfarande eller någon expertvärdering utan var ett resultat av förhandlingar mellan de båda avtalsparterna. Till skillnad från kommissionen ansåg Tribunalen dock att det inte kunde presumeras att avtalet inbegrep ett statligt stöd endast på den grunden att försäljningen varken föregåtts av något offentligt anbudsförfarande eller en oberoende expertvärdering. Enligt Tribunalen var istället den avgörande frågan om Valmont Nederland BV hade köpt den aktuella fastigheten på marknadsmässiga villkor (målet behandlas ovan i avsnitt 2.2.5).

[142] Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03. Se även Kommissionens riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål, EGT 98/C 74/06, ändrade genom 2000/C 258/06.

2.3.6 Västerviks kommun

Också ett kommunalt beslut om att genomföra en fastighetsaffär i Västervik har prövats av förvaltningsdomstol inom ramen för en laglighetsprövning.[143] Kommunfullmäktige i Västervik fattade den 29 mars 2007 beslut om att godkänna ett förslag till ramavtal med tillhörande underavtal vilka i huvudsak gick ut på att kommunen skulle uppföra och äga en så kallad multihall, till en kostnad av 80 miljoner kronor, som sedan skulle hyras ut till ett privat företag för 200 000 kronor per år. Enligt avtalet skulle kommunen också bidra med 200 000 kronor per år till det aktuella företaget för att detta skulle marknadsföra kommunen.

Kammarrätten gjorde bedömningen att ett kommunalt engagemang i en multihall av det i ärendet aktuella slaget vanligtvis ryms inom den kommunala kompetensen med hänvisning till att en sådan anläggning, vilken kan användas till bland annat sportevenemang, kultur och konserter, fick anses utgöra en del av en större så kallad resortanläggning – vilken i sin tur kunde rymmas inom den kommunala kompetensen så som den kom till uttryck i 2 kap. 1 § kommunallagen och den då gällande lag (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet.

Kammarrätten konstaterade däremot att den hyra som företaget skulle erlägga endast motsvarande 0,25 procent av anläggningens beräknade kostnad, varför hyran inte ens täckte kommunens räntekostnader. Således kom kammarrätten till slutsatsen att den låga hyran utgjorde ett stöd i den mening som följer av 2 kap. 8 § kommunallagen. Med hänvisning till tidigare praxis uttalade kammarrätten att ett mycket starkt allmänintresse visserligen kan legalisera ett stöd till ett enskilt företag, men endast om det individuella stödmomentet framstår som oväsentligt i sammanhanget.[144] Någon sådan grund för att det aktuella avtalet skulle accepteras ansågs inte finnas, varför det kommunala beslutet upphävdes så som stridande mot 2 kap. 8 § kommunallagen.

2.3.7 Älmhults kommun

Ytterligare ett ärende vari frågan om hur man ska bedöma en kommunal fastighetsaffär uppkommit rör en fastighetsaffär där Älmhults kommun påstods ha förvärvat en fastighet för tilltänkt senare kommersiellt bruk till överpris.[145] Klagande hävdade att det inte fanns anledning för kommunen

[143] Kammarrätten i Jönköping dom 2008-05-30, mål nr 21-08.
[144] RÅ 1970 C 260.
[145] Kammarrätten i Jönköping dom 2010-12-09, mål nr 1659-10.

att köpa den aktuella fastigheten om inte tillstånd till tvångsförvärv kunde påräknas. Klagande gjorde också gällande att möjligheten till tvångsförvärv skulle skapa en viss prispress rörande den aktuella fastigheten.

Kammarrätten uttalade att det ingick i den kommunala kompetensen att planlägga användningen av mark och vatten och att det dessutom var allmänt accepterat att kommuner tillhandahåller mark till näringslivet. Ifråga om kommunen hade gynnat säljaren genom att betala ett överpris för den aktuella fastigheten uttalade kammarrätten att syftet med den kommunala åtgärden var irrelevant för bedömningen om det rörde sig om ett stöd i den mening som avses i 2 kap. 8 § kommunallagen. Därtill konstaterade kammarrätten att det faktum att någon oberoende värdering inte gjorts innan försäljningen i sig inte kunde konstituera ett stöd och att klagande inte heller i övrigt hade kunnat visa att kommunen agerat i strid med regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen.

Ifråga om offentliga köp av fast egendom ska nämnas att det som tidigare redogjorts för torde vara mycket svårt att med framgång hävde att en privat säljare gynnas, vilket är ett påstående som grundas på det faktum att det vanligtvis inte finns någon egentlig marknad att tala om, varför man inte heller kan tala om ett marknadspris (se ovan avsnitt 2.2.6). Avgörande i sammanhanget torde istället vara i vilken utsträckning det offentliga intresset av fastigheten kan uppbäras av det pris som erläggs – och ett stöd borde först kunna anses vara för handen om det offentliga intresset inte motsvarar priset.

2.3.8 Uppsala Arena

Ytterligare ett ärende som berör statsstödsreglernas tillämpning i ett kommunalt sammanhang är som nämnts ovan i avsnitt 2.2.6 Uppsala Arena. Uppsala kommun godkände under 2010 ett samarbetsavtal med ett icke-kommunägt företag, arenabolaget, som innebar att det senare företaget skulle uppföra och driva en idrottsanläggning i Uppsala. Beslutet att ingå det aktuella avtalet överklagades inom ramen för en laglighetsprövning till förvaltningsrätten, vilken bland annat prövade samarbetsavtalets förenlighet med EU:s statsstödsregler.[146]

Tanken var att arenan bland annat skulle kunna nyttjas för olika idrottsevenemang (såsom ishockey och basket), nöjestillställningar, möten, konferenser och mässor. Enligt samarbetsavtalet skulle kommunen göra ett

[146] Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 16 december 2010, mål nr 6994-10.

kapitaltillskott till företaget om 150 miljoner kronor, som dock inte gav kommunen något ägande i företaget. Under förutsättning att det var möjligt för arenabolaget, bland annat med hänsyn till bolagets finansiella läge, skulle kapitaltillskottet återbetalas inom 15 år. Enligt förvaltningsrätten utgjorde denna del av samarbetsavtalet i praktiken ett ränte- och amorteringsfritt lån, och privata investerare skulle absolut inte ha accepterat dylika villkor, varför avtalet redan på den grunden inbegrep ett gynnande.

Dessutom föreskev samarbetsavtalet att kommunen skulle erlägga 15 miljoner kronor per år i hyra i 25 år. Då det enligt förvaltningsrätten inte fanns någon marknadsmässig kalkyl bakom hyressättningen samtidigt som kommunen skulle svara för en tredjedel av arenabolagets intäkter, men endast en femtedel av anläggningens nyttjandetid, varvid det i avtalet inte heller specificerades vilka tider kommunen skulle få ta anläggningen i anspråk, utgjorde också hyresavtalets villkor ett gynnande av arenabolaget.

Bland annat med hänvisning till ovanstående och det faktum att det stöd som ansågs följa av samarbetsavtalet utgick med statliga medel, var selektivt, riskerade snedvrida konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstater uttalade förvaltningsrätten att:

> "Det går därför inte, på det beslutsunderlag kommunen haft, att utesluta att åtgärden kan klassificeras som statligt stöd enligt artikel 107.1 FEUF. [...]
>
> Eftersom kommunen har beslutat att genomföra projektet och godkänna samarbetsavtalet utan att anmäla planerna i förväg har anmälningsskyldigheten och verkställighetsförbudet i artikel 108.3 FEUF åsidosatts."

I och med att kommunen agerat i strid med artikel 108.3 upphävdes beslutet med hänvisning till att det inte var förenligt med lag eller annan författning i enlighet med regleringen i 10 kap. 8 § kommunallag (1991:900).

Uppsala kommun har senare underrättat regeringen om den planerade åtgärden och denna har i sin tur anmält åtgärden till kommissionen, vilken efter ett fördjupat granskningsförfarande valt att godkänna åtgärden.[147] Kommissionen ansåg att den kommunala åtgärden inte utgjorde ett stöd då det vanligtvis ligger inom en stats ansvarsområde att sörja för att allmänheten får tillgång till arenor för sport och andra evenemang samtidigt som sådana anläggningar knappast skulle komma till stånd utan offentlig inbladning då de är förknippade med både stora investeringar och stora risker. Därtill uttalade kommissionen att den offentliga åtgärden ifråga var både nödvändig och proportionerlig i sammanhanget.

[147] Kommissionens skrivelse av den 21.03.2012, C(2012)1748 final, i ärende SA.33618.

Det ska också nämnas att förvaltningsrätten i sitt avgörande inte endast uttalade sig om huruvida kommunen agerat i strid med den anmälningsskyldighet som följer av lag (1994:1845) utan man uttalade sig dessutom om huruvida det kommunala beslutet var förenligt med den kommunala kompetensen såsom den kommer till uttryck i kommunallag (1991:900). Förvaltningsrätten ansåg i den delen att uppförande, drift eller stöd till idrottsarenor liknande den aktuella rymdes inom ramarna för den kommunala kompetensen. Med hänvisning till kommunens förväntade nytta av anläggningen inom både fritidsverksamhet och turism stred beslutet att ingå det ifrågavarande samarbetsavtalet vare sig mot regleringen i 2 kap. 1 § eller förbudet mot att gynna enskilda företag så som det kommer till uttryck i 2 kap. 8 § kommunallagen.

2.3.9 Sävsjö kommuns överlåtelse av mark och byggnader till Ljunga Park AB

Det kan i sammanhanget också vara av intresse att nämna ett fall som rörde ett ifrågasatt kommunalt stöd till en hotellanläggning i Sävsjö. I ett överlåtelseavtal daterat den 27 augusti 1999 överlät Sävsjö kommun del av fastigheten Sävsjö 12:1 med ett område om ca 70 000 kvm med tillhörande byggnader för en köpeskilling om 500 000 kronor till företaget Ljunga Park AB. Köparen utfäste sig genom avtalet att renovera byggnaden i enlighet med av kommunen uppställda krav och kommunen förband sig att upprätta en ny detaljplan för området. Med pantbrev som säkerhet medgav även kommunen köparen ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor med en löptid på fem år och med en ränta på sex procent. Kommunen förband sig även att bekosta renoveringsarbeten med 3 500 000 kronor exklusive moms till en byggentreprenör – ett företag som ägdes av en av intressenterna i Ljunga Park AB.

Markområdet var bebyggt med en sanatoriebyggnad, uppförd 1907 och förmodligen norra Europas största träbyggnad, ett garage samt en så kallad överläkarvilla, uppförd på 1920-talet. Efter att ha använts som bland annat vårdhem och därefter som flyktingförläggning hade anläggningen i stort sett varit outnyttjad från och med 1994 fram till dess att den överläts till Ljunga Park. Fastigheten hade varit i kommunens ägo sedan början 1990-talet. Köparens avsikt med förvärvet var att etablera restaurang- och cateringverksamhet samt att därefter även starta hotellrörelse. Kommunfullmäktige godkände överlåtelsen genom beslut den 30 augusti 1999. I april 2000 beviljades bygglov för ombyggnad av huvudbyggnaden samt för ändrad användning till hotell- och restaurangrörelse.

Ägaren till Stadshotellet i Sävsjö, EK, överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 och anförde bland annat att kommunen genomförde en fastighetsaffär som skulle resultera i förlust och extra upplåning med ett belopp som minst skulle komma att uppgå till 4,3 miljoner kronor. Han anförde vidare att kommunen beslutat att inte genom annonsering bjuda ut marken till försäljning och att en konkurrensutsatt försäljning skulle ha inbringat minst 2,5 miljoner i köpesumma och att kommunens lån om en miljon kronor till köparen dessutom var att betrakta som ett företagsstöd, inte minst beroende på den överetablering av storkök och näringsställen som sedan tidigare fanns i kommunen. Sävsjö kommun yrkade att överklagandet skulle avslås och att den kulturhistoriskt viktiga byggnaden i stort sett stått tom under flera år och att kommunens driftkostnader för den oanvända byggnaden var år uppgått till omkring 500 000 kronor. En undersökning som kommunen gjort 1997 visade att en total renovering av sanatoriebyggnaden skulle kosta omkring 20 000 000 kronor. Med hänsyn till kommunens ekonomiska läge framstod det som orealistiskt att kommunen skulle genomföra en sådan renovering i egen regi. Kommunen anförde vidare att de under 1990-talet gjort flera fruktlösa försök, såsom via mäklare, att sälja sanatoriet. Kommunen hävdade därför att överenskommelsen inte till någon del innebar ett individuellt riktat stöd till en enskild näringsidkare och för det fall att det ändå skulle anses föreligga ett sådant stöd, den med stöd av lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet skulle vara berättigad till att vidta de aktuella åtgärderna.

Länsrätten fann att avtalet förvisso belastade kommunen med kostnader om över fyra miljoner kronor men att kommunen samtidigt frigjorde sig från betungande driftskostnader och att en rivning av huset skulle ha inneburit en än större kostnad för kommunen. Eftersom kommunens tidigare försök att överlåta fastigheten inte hade lyckats ansåg länsrätten därför inte att uppgörelsen utgjorde något otillåtet stöd till en enskild näringsidkare. Samma bedömning gjordes avseende kommunens bidrag till renoveringskostnaderna till ett av köparen närstående byggbolag. Kommunens ageranden att inte annonsera ut fastigheten kunde möjligen anses vara olämpligt men ansågs inte vara olagligt.[148] Såväl kammarrätten som Regeringsrätten vägrade prövningstillstånd.[149] EK ansökte om resning bland annat med

[148] Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 2039-99).
[149] Se Kammarrättens i Jonkoping beslut 2000-03-14 (mål nr 469-2000) resp. Regeringsrättens beslut 2000-07-27 (mål nr 2933-2000).

hänvisning till att ingen av de rättsliga instanserna inhämtat kommissionens godkännande enligt 6 § lag (1994:1845) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler samt kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kammarrätten konstaterade att det inte fanns någon skyldighet för förvaltningsdomstol att lämna upplysningar eller inhämta godkännande. Kammarrätten fann inte heller att någon annan grund för resning visats och avslog därför ansökan.[150]

Även två andra kommunmedlemmar – SS och MA – överklagade kommunens beslut av den 30 augusti 1999 om att godkänna det aktuella överlåtelseavtalet. De anförde i huvudsak samma grunder som i det ovan redovisade fallet och länsrätten avslog överklagandet.[151] Även i det här fallet vägrade såväl kammarrätten som Regeringsrätten prövningstillstånd.[152]

Den 29 maj 2000 fattade Sävsjö kommun beslut om att starta utbetalningarna för renoveringsarbetet i enlighet med vad som följde av överlåtelseavtalet. EK överklagade kommunens beslut och yrkade att det skulle upphävas med hänvisning till att det stred mot såväl 2 kap. som 8 kap. kommunallagen samt konkurrenslagstiftningen. Vidare anförde han att kommunen inte beaktat upphandlingslagstiftningen samt att kommunen borde ha anmält försäljningen till kommissionen enligt bestämmelserna i lag (1994:1845). Länsrätten fann att kommunens beslut innefattade ett sådant stöd till en enskild näringsidkare som strider mot bestämmelserna i 2 kap. 8 § kommunallagen och upphävde därför det överklagade beslutet.[153] Kommunen överklagade avgörandet och yrkade att kammarrätten skulle undanröja länsrättens dom och fastställa att fullmäktiges beslut skulle gälla.

Kammarrätten anförde att överlåtelsen måste ses i hela sitt sammanhang. Med hänvisning till att kommunen genom överlåtelsen blev befriad från årliga underhållskostnader och med hänsyn till intresset av att bevara huvudbyggnaden i ursprungligt skick kunde villkoren enligt kammarrätten inte anses medföra ett otillbörligt gynnande av en enskild näringsidkare. Därmed ansåg kammarrätten att det heller inte fanns någon grund för påståendet att kommunen brutit mot 6 § lag (1994:1845) eller mot de

[150] Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2003-03-22 samt beslut 2005-02-09 (mål nr 803-2002).
[151] Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-01-13 (mål nr 1991-99).
[152] Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2000-03-14 (mål nr 402-2000) resp. RegR:s beslut 2000-07-27 (mål nr 2310-2000).
[153] Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1239-00).

bestämmelser som numera återfinns i artiklarna 50.2 (h), 107.1 och 108.3 EUF-fördraget. Kammarrätten ändrade därför länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.[154] Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd.[155]

I likhet med fullmäktiges beslut från den 30 augusti 1999 överklagade SS och MA även fullmäktiges beslut av den 29 maj 2000. Länsrätten fann även här att det överklagade beslutet stred mot 2 kap. 8 § kommunallagen och att det heller inte visats att det var förenligt med lagen (1968:131) om vissa kommunala befogenheter inom turistväsendet och upphävde därför beslutet.[156] Kommunen överklagade avgörandet och i likhet med det föregående fallet ändrade kammarrätten länsrättens dom och godkände fullmäktiges beslut.[157] Regeringsrätten beslutade att inte meddela prövningstillstånd.[158]

Sävsjö kommuns försäljning av sanatoriet överklagades även till Marknadsdomstolen. I MD 2001:25 yrkade en person att Marknadsdomstolen skulle fastställa att Sävsjö kommun genom beslut av fullmäktige den 29 maj 2000 angående betalningar till ett av den ene av intressenterna i Ljunga Park ägt byggföretag agerat i strid mot bestämmelsen om upplysningsskyldighet i 6 § lag (1994:1845). Mannen framställde även yrkanden om skadestånd och konkurrensskadeavgift. Marknadsdomstolen fann att enligt 1 § 1 st. 2 p. lag (1970:417) om marknadsdomstol m.m. handlägger den förvisso mål och ärenden enligt lag (1994:1845), men avvisade mannens ansökan eftersom den fann att reglerna i lagen förvisso ger Marknadsdomstolen behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i artiklarna 101 och 102 EUF-fördraget, men att lagen i övrigt inte innehåller några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning. Yrkandena om konkurrensskadeavgift och skadestånd togs inte heller upp med motiveringen att det endast är Konkurrensverket som får väcka sådan talan, medan skadeståndsfrågor prövas i allmän domstol. Marknadsdomstolen skrev emellertid ingenting om i vilken domstol man väcker talan för brott mot 6 § lag (1994:1845).

I MD 2002:1 yrkade EK bl.a. att Marknadsdomstolen skulle fastställa att Sävsjö kommun agerat i strid med 6 § lagen (1994:1845) samt att Mark-

[154] Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3889-2000).
[155] Se Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 4735-2001).
[156] Se Länsrättens i Jönköpings län dom 2000-10-31 (mål nr 1144-00).
[157] Se Kammarrättens i Jönköping beslut 2001-07-12 (mål nr 3888-2000).
[158] Se Regeringsrättens beslut 2002-05-15 (mål nr 5208-2001).

nadsdomstolen skulle meddela omedelbart förbud för Ljunga park AB att bedriva viss verksamhet. Marknadsdomstolen avvisade ansökan med hänvisning till att reglerna i lagen förvisso gav Marknadsdomstolen behörighet att tillämpa konkurrensreglerna i artikel 81 respektive 82 EG (numera artikel 101 respektive 102 EUF-fördraget), men att lagen i övrigt inte innehöll några bestämmelser vari Marknadsdomstolen nämns. Domstolen ansågs sig – i likhet med MD 2001:25 – därför inte vara behörig att ta upp mål om kommunala stödåtgärder till prövning då det ansågs uppenbart att det förelåg rättegångshinder. I enlighet härmed konstaterade Marknadsdomstolen även att det heller inte ankom på domstolen att avgöra huruvida staten åsidosatt sina förpliktelser enligt EU-rätten.

Kommissionen tog i en skrivelse från 11 januari 2002 till den svenska regeringen (statligt stöd CP 127/01) upp ett klagomål från EK, där det ifrågasattes om kommunen i strid med gällande regler gynnat en näringsidkare i samband med att denne med stöd från kommunen låtit bygga om ett sanatorium som denne fått köpa av kommunen till ett hotell. Kommissionen begärde den 18 oktober 2002 att kommunen tog fram en expertbedömning i efterhand av villkoren för överlåtelsen. Kommunen gav fastighetsvärderingsföretaget Bryggan i uppdrag att uppskatta marknadsvärdet per den 27 augusti 1999. Bryggan konstaterade att marknadsvärdet är det mest sannolika priset vid en försäljning på en öppen och fri marknad och att ett värde i första hand borde bedömas genom jämförelser av andra försäljningar av liknande objekt. Eftersom det saknades jämförelseobjekt gjorde Bryggan en marknadssimulering varvid man försökte utgå från hur en presumtiv köpare skulle ha resonerat vid köpetillfället.

Bryggan fann att det sammanlagda värdet efter en ombyggnad skulle uppgå till omkring 8 700 000 kr, men att den totala renoveringskostnaden skulle uppgå till ett belopp mellan 15–20 miljoner kronor. Bryggan räknade även på ett alternativscenario baserat på vad det skulle det kosta att riva sanatoriet och behålla överläkarvillan. Bryggans beräkningar visade att en sådan uträkning skulle ge egendomen ett värde på minus 2 000 000 kronor. Det ekonomiskt sett mest lönsamma alternativet skulle därför ha varit att riva sanatoriebyggnaden.[159]

Den värdering som gjordes genom kommunens försorg tillsändes kommissionen som på grundval av Näringsdepartementets upplysningar fann att värderaren var tillräckligt oberoende och erfaren för att uppfylla kraven

[159] Se Bryggan, Utlåtande rörande marknadsvärdet av fastigheten Sävsjö 12:21 i Sävsjö kommun per 27 augusti 1999. Stockholm 2003-01-16 (Per-Olof Johansson & Lars Fröjd).

i kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (EGT 97/C 209/03). Kommissionen konstaterade att egendomen hade överlåtits till ett pris av 500 000 kr, att ett villkor för köpet var att Sävsjö kommun skulle låta renovera egendomen för 3 500 000 kronor innan avtalet genomfördes samt att avtalet även innefattade ett amorteringsfritt lån om 1 000 000 kronor. Värdet skulle på så sätt uppgå till minus 3 000 000 kronor enligt Bryggans marknadssimulering och till minus 2 000 000 enligt Bryggans alternativa scenario. Kommissionen fann därför att värderingen uppfyllde de krav man kunde ställa på den och att försäljningen inte hade skett i strid med kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader. Kommissionen fann att även om alternativscenariot antydde att det kunde finnas inslag av statligt stöd skulle stödbeloppet ligga nära det då gällande minimibeloppet, det vill säga 100 000 euro, och därmed falla utanför ramen för artikel 87 EG (numera artikel 107 EUF-fördraget). Ärendet avslutades därför utan åtgärd.[160]

Det ska även nämnas att Konkurrensverket funnit att Sävsjö kommun genom att sluta avtal med Ljunga Park avseende hotell-, restaurang- och turismelever inom gymnasieskolans Hotell- och Restaurangprogram utan föregående upphandling brutit mot LOU. Avtalet omfattade perioden 2009-07-01–2024-06-30 och kan bringas att upphöra i förtid tidigast från 2018-06-30. Kommunen anförde att avtalet enligt 1 kap. 6 § 1 p. LOU var undantaget från LOU:s tillämpningsområde eftersom det huvudsakligen var fråga om ett hyresavtal, då avtalets centrala innehåll utgjordes av lokalerna och den utrustning som fanns i dessa. Konkurrensverket fann dock att det var fråga om ett tjänstekontrakt som inom ramen för undervisning och yrkesutbildning borde ha upphandlats enligt 15 kap. LOU.[161]

2.3.10 Kanal 5 mot TV4

Ytterligare ett mål av intresse i sammanhanget utgörs av ett förvaltningsbesvär rörde den numera upphävda lagen (1992:729) om koncessionsavgift på televisionens och radions område (koncessionsavgiftslagen), närmare bestämt Kammarrätten i Stockholms dom den 26 mars 2007, mål nr 4100-06.

Enligt koncessionsavgiftslagen skulle ett programföretag med tillstånd att sända TV-program med analog sändningsteknik betala koncessions-

[160] Kommissionens beslut 2003-05-13 COMP H3/EP/GS/lc (2003) A/31598D/198.
[161] Se Konkurrensverkets beslut 2009-07-15, Dnr 148/2009.

avgift om företaget hade rätt att sända reklam i sådan sändning och var ensamt om denna rätt i Sverige. Ensamrätten innehades hela tiden av TV4 AB (TV4). Syftet med avgiften var att motverka effekterna av den bristfälliga konkurrensen till följd av de konkurrensfördelar som ett programföretag med rätt att sända TV-reklam i det rikstäckande analoga marknätet hade. Avgiften bestod dels i en fast del och dels i en rörlig del, varav den senare reglerades i lagens 4 § och var beroende av programföretagets intäkter från reklam i sändningar som skedde med stöd av tillståndet och med analog sändningsteknik.

År 2005 ändrades koncessionsavgiftslagen på så sätt att det infördes en bestämmelse som föreskrev en successiv reducering av den rörliga avgiften fram till det analoga nätets stängning. Bakgrunden till lagändringen var att den etappvisa nedläggningen av de analoga marksändningarna skulle påverka värdet av ensamrätten till reklamfinansierad analog TV i negativ riktning.

Radio- och TV-verket (RTVV) beslutade i februari 2006 att med stöd av koncessionsavgiftslagen fastställa att TV4 skulle betala rörlig koncessionsavgift avseende andra kalenderåret med 199 023 703 kronor. Både TV4 och Kanal 5 AB (Kanal 5) överklagade beslutet. Kanal 5 yrkade i första hand att länsrätten skulle undanröja den del av RTVV:s beslut som avsåg en reduktion av koncessionsavgiften och att avgiften skulle fastställas till det oreducerade belopp som RTVV fastställt, nämligen 203 085 412 kronor. Kanal 5 anförde att bolaget, som en av TV4:s främsta konkurrenter vid försäljningen av TV-reklam, berördes av RTVV:s beslut på ett sådant sätt att bolaget borde ges rätt att överklaga beslutet. Kanal 5 gjorde också gällande att dess rätt att överklaga beslutet även var en följd av nuvarande artikel 108.3 i EUF-fördraget. Kanal 5 hävdade att RTVV:s beslut innebar en offentlig stödåtgärd som verkställdes i strid med den anmälningsskyldighet och det genomförandeförbud som följer av artikel 108 EUF-fördraget och att Kanal 5 företrädde ett intresse som nämnda artikel avsåg att skydda, vilket skulle motivera dess talerätt.

Länsrätten kom dock till slutsatsen att reduceringen av den rörliga delen av koncessionsavgiften inte utgjorde ett otillåtet statsstöd, varför det inte fanns något skyddsintresse som skulle kunna motivera talerätt på den grunden och Kanal 5 hade enligt länsrättens inte heller med hänsyn till några andra omständigheter ett sådant intresse av den aktuella frågan att bolaget hade rätt att överklaga beslutet. Länsrätten avvisade således Kanal 5:s överklagande.

Kanal 5 överklagade beslutet till Kammarrätten, vilken uttalade att

eftersom avgiften tillkommit för att motverka effekterna av den konkurrensfördel som TV4 åtnjöt genom ensamrätten så var det intresse som Kanal 5 i sin egenskap av konkurrent hade i saken uppenbart ett av rättsordningen erkänt intresse. Kammarrätten anförde också att påståendet om att det överklagade beslutet innefattade ett otillåtet statsstöd till TV4 inte var av en sådan karaktär att det utan vidare kunde lämnas utan avseende.

Kammarrätten uttalade också att Kanal 5 med hänsyn till bland annat genomförandeförbudets direkta effekt hade rätt att vid prövningen av koncessionsavgiften få sitt påstående om otillåtet statsstöd prövat och, om ett sådant otillåtet statsstöd konstaterades föreligga, att få det överklagade beslutet undanröjt.

Då genomförandeförbudet har direkt effekt och företräde framför nationella bestämmelser kunde den omständigheten att avgiften till beloppet är fastställd i lag inte föranleda någon annan bedömning enligt kammarrätten. Kammarrätten förklarade således att det inte endast var möjligt, utan till och med förelåg en på unionsrätten grundad skyldighet, att i målet beakta de invändningar som Kanal 5 gjorde mot det överklagade beslutet. Mot bakgrund av ovanstående kom kammarrätten till slutsatsen att Kanal 5 uppfyllde förutsättningarna för att vara taleberättigad enligt 22 § förvaltningslagen. Kammarrätten undanröjde därför länsrättens beslut och förklarade att Kanal 5 hade talerätt i målet. I det aktuella målet drog kammarrätten således slutsatsen att unionsrättens krav på talerätt ska beaktas vid bedömningen av vem som kan använda sig av rätten att överklaga ett beslut enligt 22 § förvaltningslagen.

Efter att länsrätten återupptagit målet uttalade den att koncessionsavgiftslagen var generellt utformad, men att den endast kunde rikta sig mot ett skattesubjekt i taget i och med att skattskyldigheten grundade sig på en ensamrätt. Enligt länsrätten var reduktionen av avgiften en integrerad del av koncessionsavgiftslagen och åtgärden kunde därmed inte sägas utgöra någon egentlig avvikelse från det generella systemet. Dessutom var det enligt länsrättens uppfattning uppenbart att värdet av den ensamrätt som avgiftsskyldigheten vilade på minskade i takt med att de analoga sändningarna upphörde. Grunden för reduktionen var således enligt länsrätten direkt hänförlig till målen med koncessionsavgiftslagen. RTVV:s tillämpning av koncessionsavgiftslagen ansågs därför inte ge TV 4 någon selektiv fördel i förhållande till dess konkurrenter, varför åtgärden inte heller utgjorde ett statligt stöd i enlighet med definitionen i nuvarande artikel 107.1 EUF-fördraget. Överklagandet avslogs därför. Domen överklagades av Kanal 5, men kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd.

2.4 Begreppen stat och statliga medel

Enligt ordalydelsen av artikel 107.1 EUF-fördraget omfattas endast stöd som utgår från staten eller med hjälp av statliga medel av fördragets statsstödsbestämmelser. Hur bestämmelsen ska tolkas i denna del har däremot vållat viss debatt – frågan har varit om ett stöd både måste ges av staten och utgå med statliga medel för att träffas av regleringen i artikel 107.1 eller om rekvisiten istället ska anses vara alternativa.[162] Det är först genom EU-domstolens dom i mål C-379/98, PreussenElektra, som frågan har avgjorts.[163] I domen slog EU-domstolen fast att en statlig åtgärd inte omfattas av statsstödsregleringen om den inte också finansieras med hjälp av statliga resurser. I målet uttalade EU-domstolen att en reglering som innebär att privata elförsörjningsföretag åläggs en skyldighet att köpa den förnybara el som produceras inom dess försörjningsområde till vissa särskilt reglerade minimipriser som överstiger den aktuella elens ekonomiska värde inte inbegriper ett statligt stöd – vilket motiverades med hänvisning till att den ekonomiska börda som följde av regleringen, till gagn för de företag som producerade förnybar el, inte utgjorde någon direkt eller indirekt överföring av statliga medel.[164]

För att ett stöd ska omfattas av artikel 107.1 fordras därför att stödet dels utgår till följd av statens handlande, dels att det finansieras med statliga medel. De båda rekvisiten är enligt praxis således inte alternativa, i motsats till vad som tycks följa av lydelsen i artikel 107.1, utan de är istället att anse som kumulativa.

2.4.1 Begreppet stat

Vid tillämpningen av EU-rättens regler om statsstöd innefattar däremot inte begreppet stat endast det centrala statsorganet, utan det inbegriper även regionala och lokala myndigheter. Således inkluderas stöd som utgår från både svenska kommuner och landsting av fördragets kontrollregler under förutsättning att även övriga rekvisit är uppfyllda. Likaså kan stöd

[162] Se t.ex. mål 290/83, kommissionen mot Frankrike, de förenade målen 67, 68 och 70/85, van der Kooy, p. 32-39 samt mål 57/86, Grekland mot kommissionen, p. 11-13, av vilka har följt att de både rekvisiten tycks vara alternativa, jämfört med mål 82/77, van Tiggele, de förenade målen C-72 och 73/91, Sloman Neptun och mål C-189/91, Kirshammer Hack, vari EU-domstolen kom till slutsatsen att båda rekvisiten måste vara uppfyllda. Se också Rubini, The Definition of Subsidy and State Aid, 2009, s. 162 ff.

[163] Se t.ex. mål C-379/98, PreussenElektra, p. 58. Se också Nicolaides m.fl., State Aid Policy in the European Community: A Guide for Practitioners, 2005, s. 12–14.

[164] Se C-379/98, PreussenElektra, p. 66 och p. 60.

som lämnas av offentliga företag träffas av förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget.[165]

Förbudet mot statliga stöd kan även aktualiseras då privata organ engagerar sig på marknaden under förutsättning att de administrerar ett stöd som härrör från statliga medel. För att ett stöd som kanaliseras genom ett privat organ som inte är upprättat av staten för att administrera den aktuella åtgärden ska kunna träffas av förbudet i artikel 107.1 fordras däremot att staten *de jure* eller *de facto* har en sådan kontroll att det privata organet inte självständigt hade kunnat fatta det aktuella beslutet att gynna ett visst företag.[166] Då stödåtgärder kanaliseras genom privata organ behöver det däremot inte närmare utredas huruvida det är de statliga resurserna som kommer mottagarna av stödet tillgodo eller om stödet utgår från organets egna medel. Enligt EU-domstolens praxis är det tillräckligt att visa att stödorganet kunnat frigöra egna medel till följd av att staten tillfört resurser till organet, varför en medlemsstat inte kunnat undgå fördragets regler om statsstöd genom att betala ut medel via offentliga eller privata organ.[167] Både offentliga och privata organ som administrerar stödåtgärder anses följaktligen vara en del av staten.[168]

Det är däremot endast då en stödåtgärd på något sätt är hänförlig till medlemsstaten som åtgärden omfattas av EU:s statsstödsregler. Artikel 107.1 reglerar därför inte åtgärder som självständigt vidtas av privata företag även om effekten av åtgärderna är den samma som om det rört sig om en statlig åtgärd.

Då lagstiftningsmakten normalt tillkommer staten är utgångspunkten att eventuella fördelar som gynnar vissa företag och som följer av lagstiftning är att anse som hänförliga till statens agerande. Men då ett stöd lämnas av exempelvis ett offentligt företag är åtgärden inte nödvändigtvis att bedöma som en statlig åtgärd. Följaktligen faller affärsbeslut som fattas inom ramen för ett offentligt företag, utan inbladning av någon myndighet, utanför tillämpningsområdet för artikel 107.1. Om ett stöd utgår med hjälp av resurser från ett offentligt företag måste det därför undersökas om åtgärden är ett resultat av en myndighets ingripande eller om åtgär-

[165] Se t.ex. mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, p. 17, de förenade målen 127, 129 och 148/99, Territorio Histórico de Álava m.fl., p. 142, mål C-88/03, Portugal mot kommissionen, p. 55 och mål T-358/94, Air France, p. 56.

[166] Se t.ex. Iversen m.fl., Regulering av konkurrence i EU, 2008, s. 435 f.

[167] Se mål C-303/88, ENI-Lanerossi, p. 14 och mål C-305/89, Alfa Romeo, p. 15.

[168] Mål 78/76, Steinicke & Weinlig, p. 21. Se även de förenade målen 67, 68 och 70/85, van der Kooy, p. 35 samt mål C-305/89, Alfa Romeo, p. 13.

den istället är ett uttryck för företagets valfria handlande. I samband med den aktuella bedömningen måste en mängd olika faktorer beaktas, bland annat:

- Företagets legala status
- Om företaget är en integrerad del av en offentlig myndighet
- Graden av styrning från någon offentlig myndighet (exempelvis ifråga om hur företagets styrelse utses och vilken kontroll den offentliga myndigheten har över företags budget)
- I vilken utsträckning den aktuella åtgärden varit föremål för godkännande från någon offentlig myndighet

De angivna exemplen på avgörande faktorer för bedömningen indikerar att det i stor utsträckning är det offentligas möjlighet till inflytande och kontroll som är av betydelse i sammanhanget och inte formella kriterier såsom företagets legala status, även om det senare också måste beaktas.[169]

Då en medlemsstat införlivar en EU-reglering i nationell lagstiftning, och den aktuella regleringen ger upphov till sådana fördelar som vanligtvis omfattas av artikel 107.1, anses de aktuella fördelarna däremot inte härröra från medlemsstatens agerande utan ifrån EU; varför artikel 107.1 inte blir tillämplig. Om en sådan reglering medför att ett visst företag får en fördel utgör regleringen inte heller en statlig åtgärd även om ett bakomliggande direktiv medger alternativa implementeringsvägar som kan vara mindre konkurrensbegränsande än den som medlemsstaten valt.

2.4.2 Statliga medel

För att förbudet i artikel 107.1 ska aktualiseras krävs vidare att det ifrågavarande stödet utgår med statliga medel. Att tillgångar och medel som tillhör det centrala statsorganet – det som i Sverige vanligtvis benämns staten – och utgår från statsbudgeten anses utgöra sådana statliga medel som omnämns i artikel 107.1 är obestridligt. Det samma gäller också tillgångar och medel som lokala och regionala myndigheter svarar för, vilket följer av att begreppet stat även i detta sammanhang ska ges en vid tolkning. Men statligt stöd kan också finansieras genom medel som hanteras av offentliga eller privata företag. För att sådana medel ska anses vara statliga i den mening som avses i artikel 107.1 krävs emellertid att medlen står under sådan statlig kontroll att de i viss mån kan anses vara tillgängliga för en offentlig myndighet.

[169] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 78.

Medel som kommer från EU anses inte utgöra sådana statliga medel som avses i artikel 107.1.[170] Däremot kan sådana medel i vissa fall påverka medlemsstaters anmälningsskyldighet – nämligen i samband med en tillämpning av den så kallade de minimis-förordningen (se nedan avsnitt 2.7). Då stödintensiteten ska avgöras i enlighet med de minimis-förordningen ska den aktuella medlemsstaten enligt artikel 2 i förordningen inkludera även stöd som det ifrågavarande företaget mottaget från EU. Om det samlade stödbeloppet då överstiger de värden som anges i förordningen måste hela stödet anmälas till kommissionen innan det verkställs. Då EU-medel väl kommer under medlemsstaternas kontroll, exempelvis på så sätt som sker med strukturfondsmedel, anses det emellertid röra sig om statliga medel i statsstödsrättslig mening.[171]

Stöd som ges med hjälp av statliga resurser föreligger emellertid inte endast då en stödgivare betalar ut medel – utan även en åtgärd i form av en reduktion av intäkter som staten skulle ha fått under normala förhållanden kan konstituera ett stöd som utgår med hjälp av statliga medel. För att artikel 107.1 ska aktualiseras fordras som nämnts därför inte att staten drabbas av en ekonomisk börda.[172] Således kan exempelvis skattelättnader mycket väl angripas med stöd av artikel 107.1. Det faktum att en åtgärd ger för staten en positiv nettoeffekt, på så vis att åtgärden på sikt ger ökade intäkter exempelvis som ett resultat av en ökad företagsetablering, utesluter inte heller att åtgärden kan anses vara en sådan statlig åtgärd som kan angripas med stöd av artikel 107.1. Avgörande för om en åtgärd är att bedöma som ett statligt stöd är därför inte den långsiktiga effekten för medlemsstaten utan det ska endast fästas avseende vid om medlemsstaten går miste om en intäkt som den normalt skulle ha haft.[173]

Den för staten ekonomiska bördan behöver inte heller vara faktisk för att det ska röra sig om en sådan statlig åtgärd som kan omfattas av artikel 107.1, utan det är tillräckligt att det rör sig om en potentiell börda för medlemsstaten. Således kan som nämnts exempelvis en kreditgaranti, även om den aldrig aktualiseras, mycket väl komma att träffas av förbudet i artikel 107.1, under förutsättning att också de övriga rekvisiten är uppfyllda.

[170] Se Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte I EU, 2003, s. 193 och Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 75.
[171] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 75.
[172] Se t.ex. mål 290/83, Credit Agricole, p. 14.
[173] Se t.ex. de förenade målen C-182 och 217/03, Belgien mot kommissionen, p. 128-129.

2.5 Selektivitetskriteriet och företagsbegreppet

För att förbudet mot statsstöd ska aktualiseras krävs inte bara att en viss åtgärd konstituerar ett statligt stöd, åtgärden måste dessutom vara selektiv på så sätt att den gynnar vissa företag eller viss produktion framför andra företag eller annan produktion – vilket är ett uttryck för det selektivitetskriterium som följer av artikel 107.1. I och med att selektivitetskravet kan vara uppfyllt inte endast då en medlemsstat gynnar vissa företag utan också viss produktion kan en statlig åtgärd för att gynna en viss sektor inom industrin, såsom tillverkningsindustrin eller viss servicenäring,[174] mycket väl komma att omfattas av den EU-rättsliga statsstödsregleringen.

2.5.1 Företagsbegreppet

EU-rätten reglerar endast stöd till företag, varför stöd som lämnas till enheter eller organisationer som inte är att bedöma som företag inte heller omfattas av EU:s statsstödsrätt.[175] Inledningsvis ska nämnas att begreppet företag ska ges en vid tolkning, varför det omfattar varje ekonomisk aktivitet som sker på en marknad för varor eller tjänster. Även begreppet marknad ska ges en vid tolkning på så sätt att det inbegriper både dispositioner rörande fast egendom och immateriella rättigheter.

Även om det saknas en samlad definition av företagsbegreppet som är allmänt tillämplig inom hela EU-rätten ska begreppet ges en och samma tolkning avseende EUF-fördragets konkurrensregler. Definitionen av företag är således den samma vid tillämpningen av artikel 107 som vid en tillämpning av artikel 101, 102 eller 106.[176] Företagsbegreppet avgränsar därför i många avseenden tillämpningsområdet för EU:s konkurrensrätt oavsett vilken av bestämmelserna som appliceras i det enskilda fallet.

Vad som utgör ett företag definieras inte i fördragen, men frågan har varit föremål för EU-domstolens avgöranden. Vid sådana bedömningar använder sig EU-domstolen av en teleologisk tolkning av begreppet, där man tar utgångspunkt i syftet med EUF-fördraget i allmänhet och de kon-

[174] Se t.ex. kommissionens beslut i ärende N 156/2004, vilket rörde de stod i form av en nollskattesats på el om tidigare utgick till delar av den svenska tillverkningsindustrin.
[175] For svenskt vidkommande se t.ex. Stockholms tingsrätts dom den 13 oktober 2010 i mål nr T-13556-08 (Huvudstadens Golf Service AB mot Staten genom Justitiekanslern). Domen överklagades till Svea Hovrätt, som dock fastställde tingsrattens dom, Svea hovrätts dom av den 20 april 2012, mål nr T 9110-10.
[176] Se mål C-41/90, Höfner & Elser, p. 20–21. Se också Christensen m.fl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 806, och Jones & Sufrin, EU Competition Law, 2010, s. 124.

kurrensrättsliga bestämmelserna i synnerhet.[177] Exempelvis uttalade EU-domstolen i C-41/90, Höfner, att med företag ska förstås varje enhet som engagerar sig i en ekonomisk aktivitet, oavsett enhetens legala status eller hur den finansieras.[178]

En medlemsstat kan därför vara tvungen att beakta statsstödsreglerna om man har för avsikt att gynna en enhet som engagerar sig i ekonomiska aktiviteter, medan handlingsutrymmet att stödja enheter som vidtar åtgärder i allmänhetens intresse som utgångspunkt är långt mycket större.[179]

Någon gråzon mellan att utöva offentlig makt och att driva verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur tycks enligt EU-domstolens praxis inte heller finnas. I mål 118/85, kommissionen mot Italien, uttalade EU-domstolen att en medlemsstat kan agera antingen genom utövandet av offentlig makt eller genom att bedriva ekonomisk verksamhet av industriell eller kommersiell natur.[180]

Den i sammanhanget avgörande frågan är således vad som avses med en ekonomisk aktivitet. Exakt vad som inryms i begreppet är inte enkelt att avgöra, då det vanligtvis definieras i negativ mening. Tribunalen har i mål T-11/89, Shell International, däremot uttalat att:

> "[E]konomiska enheter [...] består av en sådan enhetlig organisation av personliga, materiella och immateriella faktorer som på ett varaktigt sätt efterstävar ett bestämt ekonomiskt mål [...]."[181]

Avgörande för bedömningen om en viss verksamhet er att bedöma som en ekonomisk aktivitet är således om agerandet avser tillhandahållande av varor eller tjänster på en marknad där ett privat företag skulle kunna bedriva sin verksamhet med syfte att uppnå vinst. Om det inte finns någon möjlighet för en privat aktör att bedriva den aktuella verksamheten på marknadsmässiga villkor så finns det inte heller någon poäng med att göra konkurrensreglerna tillämpliga.[182] Det ska dock observeras att det inte

[177] Se Jones & Sufrin, EU Competition Law, 2010, s. 124.
[178] Mål C-41/90, Höfner & Elser, p. 21.
[179] I sammanhanget ska nämnas att konkurrensrätten, trots företagsbegreppets innebörd, också kan påverka exempelvis en medlemsstats möjlighet att vidta vissa åtgärder även om det inte rör sig om en ekonomisk aktivitet, vilket följer av den s.k. state action-doktrinen, se exempelvis Neergaard, Competition & Competences, 1998.
[180] Mål 118/85, kommissionen mot Italien, p. 7.
[181] Mål T-11/89, Shell International, p. 311.
[182] Jfr Generaladvokats förslag till avgörande i de förenade målen C-264, 306, 354 och 355/01, AOK Bundesverband, p. 27.

föreligger något absolut krav på att viss verksamhet ska bedrivas mot betalning för att det ska röra sig om en ekonomisk aktivitet.[183]

Företagsbegreppet som sådant tar också sikte på innehållet i varje enskild aktivitet, varför man måste anlägga ett funktionellt perspektiv på aktiviteten istället för att fokusera på exempelvis formalia. Dessutom är företagsbegreppet ett relativt begrepp på så sätt att en enhet i en viss situation, det vill säga då den utför en viss uppgift, kan vara att bedöma som ett företag samtidigt som samma enhet då den utför en annan uppgift som inte är att karaktärisera som en ekonomisk aktivitet, inte heller omfattas av företagsbegreppet i den senare situationen.[184] I mål C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, uttalade EU-domstolen:

> "Beträffande den eventuella betydelsen av utövandet av offentliga maktbefogenheter för kvalificeringen av en sådan juridisk person som ELPA som ett företag, i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt, konstaterar domstolen [...], att den omständigheten att en del av en enhets verksamhet innefattar ett utövande av offentliga maktbefogenheter inte i sig utgör ett hinder för att kvalificera enheten som ett företag, i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt, med avseende på resten av dess – ekonomiska – verksamhet [...]. Varje verksamhet som bedrivs av en enhet ska kvalificeras för sig, antingen som utövande av offentliga maktbefogenheter eller som ekonomisk verksamhet."[185]

I enlighet med den centrala konkurrensrätten måste man således i varje enskilt ärende identifiera de aktiviteter som påstås gynnas av medlemsstaten varvid man sedan också måste avgöra vilka aktiviteter som är att bedöma som ekonomiska och skilja dem från övriga aktiviteter som enheten bedriver – i och med att det endast är de ekonomiska aktiviteterna som kan omfattas av EU:s konkurrensrätt.

I det avseendet ska nämnas att medlemsstaterna måste förvissa sig om att stöd som lämnas till icke-ekonomiska aktiviteter inte spiller över på den eventuella ekonomiska verksamhet som stödmottagaren bedriver. För att underlätta kontrollen i det hänseendet har kommissionen antagit det så kallade transparensdirektivet (2006/111/EG). Transparensdirektivet ålägger medlemsstaterna att i vissa fall se till att finansiella förbindelser mellan offentliga myndigheter och offentliga företag redovisas öppet enligt de föreskrifter som följer av direktivet så att det klart framgår vilka allmänna

[183] Mål C-41/90, Höfner & Elser, p. 21.
[184] Se Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-475/99, Ambulanze Glöckner, p. 72.
[185] Mål C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, p. 25.

medel som offentliga myndigheter direkt tillfört offentliga företag, vilka allmänna medel som offentliga myndigheter tillfört offentliga företag indirekt via andra offentliga företag eller finansiella institut, och på vilket sätt dessa allmänna medel använts.

I mål T-155/04, Eurocontrol, hävdade kommissionen att det offentliga organet Eurocontrol, vilket bland annat hade till uppgift att utveckla ett enhetligt flygledningssystem i Europa, inte var en företag, vilket grundades på EU-domstolens argumentation i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft, vari EU-domstolen uttalade:

> "Utifrån en helhetsbedömning har Eurocontrols verksamhet, genom sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den, anknytning till utövandet av befogenheter som rör kontrollen och övervakningen av luftrummet, vilka är typiska offentligrättsliga maktbefogenheter. Den är inte av sådan ekonomisk natur som gör det berättigat att tillämpa konkurrensreglerna i fördraget."[186]

Tribunalen gjorde dock en annan bedömning av rättsläget varvid man uttalade att varje enskild aktivitet som Eurocontrol utförde skulle bedömas individuellt för att därigenom kunna avgöra om det rörde sig om ekonomisk aktivitet:

> "Domstolen grundade sig emellertid, när den kom fram till denna slutsats, endast på en prövning i förhållande till begreppet ekonomisk verksamhet av den del av Eurocontrols verksamhet som hade ifrågasatts i samband med tvisten mellan flygbolaget SAT Fluggesellschaft mbH och Eurocontrol, det vill säga den verksamhet som bestod i att för de deltagande staternas räkning fastställa och uppbära de avgifter som påförs användare av flygtrafiktjänster. Domstolen nämnde visserligen, i punkt 22 i den domen, delar av den verksamhet som är aktuell i förevarande mål, men utan att pröva huruvida det rörde sig om ekonomisk verksamhet i den mening som avses i domstolens rättspraxis. Det förhållandet att konkurrensreglerna i fördraget är tillämpliga på den del av ett organs verksamhet som kan särskiljas från den del av verksamheten som detta organ utövar i sin egenskap av offentlig myndighet [...], innebär emellertid att en enhets olika verksamhetsdelar skall prövas var för sig och det förhållandet att vissa av dessa delar kan likställas med myndighetsutövning innebär inte att de andra delarna inte kan vara av ekonomisk art [...]. Med hänsyn till den begränsade prövning domstolen gjorde medför domen i det ovannämnda målet SAT Fluggesellschaft, trots den allmänna lydelsen av punkt 31 och domslutet, inte att det är uteslutet att Eurocontrol med avseende på andra delar av verksamheten kan anses utgöra ett företag i den mening som avses i artikel [102 FEUF].

[186] Mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft, p. 30.

> Det skall således, för var och en av de delar av Eurocontrols verksamhet som har ifrågasatts av sökanden, prövas dels huruvida de kan särskiljas från den verksamhet som ingår i Eurocontrols offentliga uppdrag, dels huruvida de utgör ekonomisk verksamhet [...]."[187]

Tribunalens slutsats blev också att Eurocontrol vara att karaktärisera som ett företag då man utförde vissa av aktiviteterna, varför konkurrensrätten var tillämplig. Tribunalens dom överklagades dock till EU-domstolen vilken ansåg att Tribunalen gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning ifråga om företagsbegreppet tolkning. EU-domstolen konstaterade att det faktum att den aktivitet som förelåg till bedömning var knuten till utövandet av offentlig makt innebar att enheten inte utgjorde ett företag i den aktuella situationen.[188]

I mål C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, kom däremot EU-domstolen till slutsatsen att en juridisk person som bedrev viss verksamhet i form av anordnanden av motorcykelevenemang, och som dessutom ingick sponsrings-, reklam- och försäkringsavtal för att marknadsföra evenemangen, utan ett vinstsyfte kunde anses utgöra ett företag trots att den aktuella enheten också hade givits i uppgift att utföra vissa uppgifter i form av offentlig maktutövning som inte var av ekonomisk art.[189]

Det faktum att fokus ifråga om företagsbegreppet är uppfyllt riktas mot aktivitetens funktion och inte dess formella förutsättningar innebär att det är irrelevant för konkurrensrättens tillämpning om det är en viss juridisk person, såsom ett aktiebolag eller en stiftelse, eller en fysisk person som driver viss verksamhet. Ifråga om konkurrensrättens tillämpning på fysiska personers verksamhet kan nämnas att exempelvis artister, idrottsmän och konsulter ansetts omfattas av begreppet enligt EU-rätten.[190]

Det har inte heller någon betydelse om den aktuella verksamheten bedrivs av ett statligt, regionalt eller kommunalt organ. Även stöd till offentliga enheter kan således underställas en statsstödsrättslig prövning i den del deras verksamhet utgörs av ekonomiska aktiviteter – det vill säga då företagsbegreppet är uppfyllt. Om en enhet däremot ägnar sig åt utövande av offentlig makt, oavsett om enheten är offentlig eller privat, rör

[187] Mål T-155/04, Eurocontrol, p. 54–55.
[188] Mål C-113/07 P, Eurocontrol, p. 70–80.
[189] Mål C-49/07, Motosykletistiki Omospondia, p. 25–29.
[190] Se exempelvis kommissionens beslut 78/516/EEC, EGT nr L 157, 15.6.1978, s. 39, p. 4 (artister), mål 36/74, B.N.O. Walrave, p. 4–5 (idrottsmän) respektive kommissionens beslut 26.07.1976, 76/743/EEC, EGT nr L 254, 17.9.1976, s. 40, p. 2 (konsulter).

det sig inte om en ekonomisk aktivitet, varför ett stöd till en sådan enhet vanligtvis inte omfattas av statsstödsrätten.[191]

Därutöver har det normalt inte heller någon betydelse om syftet med verksamheten är något annat än att bereda ägarna maximal vinst. EU-domstolen slog i mål C-244/94, FFSA, fast att administrationen av ett frivilligt pensionsförsäkringssystem utgjorde en ekonomisk verksamhet, trots att verksamheten drevs utan vinstsyfte. EU-domstolen tog fasta på att verksamheten endast kännetecknades av ett visst mått av solidaritet och att de förmåner som pensionsförsäkringssystemet gav rätt till var beroende av storleken på de avgifter som betalats in av förmånstagarna.[192]

Det förekommer dock att verksamhet som är av ekonomisk karaktär inte utgör företag i konkurrensrättslig mening – varför exempelvis sjukkassor och liknande som ägnar sig åt förvaltning av offentliga sjukförsäkringssystem inte med nödvändighet omfattas av företagsbegreppet även om deras verksamhet är av ekonomisk karaktär. Följaktligen kan en verksamhets syfte och beskaffenhet till viss del påverka bedömningen om konkurrensreglerna överhuvudtaget är tillämpliga.[193]

Om en organisation som normalt inte omfattas av företagsbegreppet skulle bedriva en mycket begränsad verksamhet av ekonomisk natur är det inte heller alltid säkert att verksamheten omfattas av företagsbegreppet. Därutöver anses företagsbegreppet inte vara uppfyllt då en liten organisatorisk del av en offentlig organisation utför aktiviteter endast åt organisationen.[194]

Det är likaså oväsentligt hur verksamheten finansieras i samband med bedömningen om företagsbegreppet är uppfyllt, varför EU-domstolen i mål C-41/90, Höfner, uttalade att en offentligt finansierad arbetsförmedling kan anses utgöra ett företag i konkurrensrättslig mening.[195] I de för-

[191] Som nämnts ovan kan konkurrensrätten begränsa en medlemsstats möjlighet att påverka marknaden även om företagsbegreppet inte är uppfyllt, vilket följer av state action-doktrinen, se exempelvis Neergaard, Competition & Competences, 1998.

[192] Mål C-244/94, FFSA, p. 17.

[193] Jfr de förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet, p. 18.

[194] Se t.ex. Steinicke, Privilegerede virksomheder og EU-retten, 2002, s. 35.

[195] I mål C-41/90, Höfner & Elser, p. 21–22, uttalade EU-domstolen att vare sig formen för verksamheten, eller dess finansiering påverkade bedömningen om företagsbegreppet var uppfyllt – avgörande var endast om verksamheten var av ekonomisk karaktär. I sagen konstaterade EU-domstolen att den tyska federala arbetsförmedlingen utgjorde ett företag vid tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler då den ägnade sig åt ekonomisk verksamhet. Att arbetsförmedling normalt anförtros det allmänna utgjorde inte heller grund för att bedöma verksamheten på annat sätt – arbetsförmedling har inte alltid varit en uppgift för det allmänna och det är inte heller nödvändigt att verksamheten utförs av det allmänna.

enade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet, utvecklade EU-domstolen sitt resonemang i förhållande till Höfner.[196]

I Poucet uttalade domstolen att företagsbegreppet inte var uppfyllt då den aktuella sjukkassan endast hade en social funktion samtidigt som verksamheten byggde på nationell solidaritet och drevs utan vinstintressen. Då förmånerna som utbetalades var fastlagda i lag och då de dessutom var oberoende av storleken på de avgifter som betalades in till kassan, ansågs inte verksamhet vara av ekonomisk natur. De organ som ansvarade för verksamheten utgjorde därför inte heller företag i konkurrensrättslig bemärkelse.[197]

Det har inte heller ansetts röra sig om ekonomisk verksamhet då ett organ utfört miljöövervakning i en hamn. Verksamheten ansågs till sin art, sitt syfte och det regelverk den var underkastad inte att anse som verksamhet av sådan ekonomiskt karaktär som skulle motivera en tillämpning av EU:s konkurrensregler.[198]

Av EU-domstolens praxis följer också att företagsbegreppet inte är uppfyllt i en situation där en offentlig enhet agerar som inköpare av varor och tjänster som ska utnyttjas i en verksamhet som i sig inte är att bedöma som en ekonomisk aktivitet. I mål C-205/03 P, FENIN, slog EU-domstolen fast att de organ som ansvarade för det spanska sjukvårdssystemet, SNS-organen, inte var att betrakta som ett företag då de köpte in sjukvårdsmaterial för att kunna erbjuda gratis hälso- och sjukvårdstjänster till dem som var anslutna till SNS. Avgörande i sammanhanget var också att SNS var en organisation som drevs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som var anslutna tillhandahölls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd. Vid bedömningen av verksamhetens art skulle man enligt EU-domstolen inte särskilja den verksamhet som avsåg inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat – och det var därför den senare användningen av den köpta produkten som avgjorde om inköpet var av ekonomisk karaktär eller inte och

[196] De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet.

[197] De förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet, p. 18 och p. 19.

[198] Mål C-343/95, Diego Cali, p. 22–23. Slutsatsen blev däremot den motsatta då EU-domstolen hade att bedöma om företag engagerade i tullklarering var att anse som företag i konkurrensrättslig mening. EU-domstolens uppfattning var att tullombudens verksamhet var av ekonomisk natur i och med att de tillhandahöll tjanster mot betalning, mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998 s. I-3851, p. 37.

som av den anledningen också fick vara bestämmande för hur inköpsverksamheten skulle klassificeras.[199]

I samband med avgörandet om företagsbegreppet är uppfyllt är det som nämnts ovan oväsentligt om den aktuella verksamheten ägs av offentliga eller privata intressenter. Konkurrensreglerna, inklusive artikel 107.1, ska tillämpas oavsett vem som äger verksamheten,[200] vilket emellertid inte utesluter att det tas hänsyn till stödmottagarens karaktäristika då det avgörs om den aktuella åtgärden skulle ha vidtagits under normala betingelser på marknaden.[201] Motsvarande gäller ifråga om stöd som lämnas till ett företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det faktum att en aktör anförtrotts att tillhandahålla sådana tjänster utesluter inte att företagsbegreppet är uppfyllt.[202] Således kan stöd som lämnas till offentliga organ som driver ekonomisk eller kommersiell verksamhet mycket väl omfattas av förbudet i artikel 107.1, oavsett om verksamheten bedrivs i förvaltningsform eller till exempel i bolagsform. Att så är fallet följer också av artikel 106.1 vari det anges att medlemsstaterna vad gäller offentliga företag eller företag som beviljats särskilda eller exklusiva rättigheter inte får vidta åtgärder och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot bestämmelserna i fördraget, särskilt nämns konkurrensreglerna. Förbudet i artikel 107.1 kan följaktligen aktualiseras om den som gynnas av en viss åtgärd bedriver ekonomisk eller kommersiell verksamhet oavsett i vilken form verksamheten bedrivs, hur den finansieras eller vem som äger den.[203]

Ett undantag från den i övrigt vida tolkningen av företagsbegreppet är myndighetsutövning. Då stat och kommun finansierar uppgifter som vanligtvis tillhandahålls av det allmänna, såsom rättsväsende och en medlems-

[199] Mål C-205/03 P, FENIN, p. 26–27.

[200] Se t.ex. de förenade målen T-228 och 233/99, Westdeutsche Landesbank.

[201] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 37.

[202] Däremot kan eventuellt den aktuella åtgärden helt falla utanför förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till att det inte föreligger något gynnande om vissa av EU-domstolen uppställda villkor är tillgodosedda, se mål C-280/00, Altmark. Även om stöd som lämnas till ett företag som anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse skulle omfattas av definitionen i artikel 107.1 kan en sådan statlig åtgärd under förutsättning att vissa av kommissionen definierade villkor är uppfyllda undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3, se kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 2005/L 312/67.

[203] Enskilda företagare såsom tandläkare kan utgöra företag i konkurrensrättslig mening, se mål C-172/03, Heiser. Även s.k. *non profit*-organisationer kan omfattas av företagsbegreppet i de delar de tillhandahåller varor eller tjänster på marknaden, se mål C-222/04, Cassa di Risparmio.

stats försvarsmakt, agerar den inte som ett företag i EU-rättslig mening i och med att det då rör sig om åtgärder som inte vidtas på en egentlig marknad. Då offentliga medel överförs mellan olika statsorgan för att användas vid myndighetsutövning kan därför sådana åtgärder inte träffas av förbudet i artikel 107.1.[204]

I vissa situationer kan ett stöd som lämnas till ett företag inte bara gynna det företaget utan stödet kan då också indirekt gynna ett annat företag. I sådana fall anses båda företagen vara stödmottagare. Som exempel kan nämnas en situation där ett stöd till ett företag beviljas under förutsättning att det också kommer andra företag tillgodo. Indirekta stöd enligt ovan kan också komma att träffas av förbudet i artikel 107.1 oavsett om värdena av varje enskilt stöd understiger de värden som följer av den så kallade de minimis-förordningen.[205]

Det är inte heller uteslutet att ett stöd som visserligen lämnas till privatpersoner kan träffas av EU:s statsstödsregler om effekterna av åtgärden är att vissa företag gynnas indirekt.[206] Likaså kan stöd som lämnas till arbetstagare angripas med stöd av artikel 107.1 om det aktuella stödet lättar de bördor som vanligtvis skulle ha burits av dess arbetsgivare – i en sådan situation anses det röra sig om ett indirekt stöd till arbetsgivaren. Generella stödåtgärder som riktar sig till alla arbetstagare utgör däremot inte sådana stödåtgärder som omfattas av artikel 107.1.

2.5.2 Selektivitetskriteriet

Bedömningen om selektivitetskriteriet är uppfyllt görs i två steg – inledningsvis avgörs om åtgärden ifråga är selektiv, eller om dess verkningar är selektiva, och om så är fallet måste i nästa steg avgöras om medlemsstaten kan motivera den selektiva åtgärden med hänvisning till det relevanta systemets karaktär.[207]

För att avgöra om en åtgärd är selektiv måste man inledningsvis fastställa en referenspunkt varför bedömningen om en åtgärd är selektiv ska göras med utgångspunkt från företag som befinner sig i motsvarande legala och faktiska situation.[208] Precis som ifråga om stödbegreppet ska jämförelsen

[204] Se t.ex. Iversen m.fl., Regulering av konkurrence i EU, 2008, s. 445 f. och Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 208.
[205] Se de förenade målen C-280–282/99 P, Moccia m.fl. och mål T-354/99, Kuwait Petroleum. Ifråga om de minimis-förordningen se nedan avsnitt 2.7.
[206] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 38.
[207] Se Prek & Lefevre, The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice, EStAL 2012 [1], s. 336.
[208] Se t.ex. mål C-88/03, Portugal mot kommissionen, p. 56.

göras med företag i den egna medlemsstaten. En åtgärd är därför inte nödvändigtvis selektiv bara på den grund att den ger företag i en medlemsstat fördelar som företag i en annan medlemsstat inte kommer i åtnjutande av.[209]

I vissa fall kan det finnas anledning att begränsa referensramen för bedömningen till ett annat geografiskt område än medlemsstaten. I mål C-88/03, Azores och de förenade målen C-428/06–434/06, Basque region slog EU-domstolen fast att en åtgärd som gynnar företag i en viss region inom en medlemsstat inte nödvändigtvis är selektiv endast på den grund att företag i övriga delar av medlemsstaten inte kan komma i åtnjutande av stödet ifråga. För att så ska vara fallet fordras däremot att den omtvistade åtgärden vidtas av ett självständigt offentligt organ. Om ett offentligt organ, såsom en kommun, kan anses vara självständigt i institutionell, processuell, ekonomisk och finansiell mening kan därför den referensram som ska användas vid avgörandet om en åtgärd är selektiv istället utgöras av den aktuella regionen och inte medlemsstaten som helhet.

Att artikel 107.1 inte endast reglerar stöd till vissa företag utan också stöd till viss produktion innebär inte att en medlemsstat som väljer att gynna en hel ekonomiskt sektor, såsom alla företag verksamma inom textilindustrin i en medlemsstat, nödvändigtvis kan undkomma en tillämpning av EU:s statsstödsregler.[210] Av den anledningen drog kommissionen slutsatsen att den nollskattesats på energi till den svenska tillverkningsindustrin som tidigare tillämpades utgjorde ett sådant statligt stöd som omfattades av artikel 107.1.[211]

Selektivitetsrekvisitet kan också vara uppfyllt då ett stöd indirekt gynnar ett visst företag eller en viss sektor. Också då en åtgärd som sådan inte är direkt selektiv, till exempel en viss lagreglering, men då den tillämpas på ett selektivt sätt, är selektivitetsrekvisitet uppfyllt. Även ett geografiskt avgränsat stöd kan vara selektivt varför stöd till produktion i en viss region mycket väl kan utgöra ett otillåtet statsstöd.[212] I undantagsfall kan emellertid en regional stödåtgärd, det vill säga en åtgärd som bara gynnar företag i en viss region i en medlemsstat och inte alla företag i medlemsstaten,

[209] För en grundligare genomgång av selektivitetskriteriet se exempelvis Aldestam, EC State Aid Rules Applied to Taxes, 2005.

[210] Se t.ex. mål C-148/04, Unicredito Italiano, p. 44–48 och mål C-66/02, Italien mot kommissionen, p. 94–98.

[211] Se kommissionens beslut 30.06.2004 (C(2004)2200fin) Sverige; energiskatt på el som förbrukas av tillverkningsindustrin (ärende N156/2004), EUT 2005/C 137/5.

[212] Under vissa förutsättningar kan däremot olika typer av regionalstöd anses vara förenliga med den inre marknaden varför de kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1, se närmare nedan avsnitt 3.5.

anses vara en sådan generell åtgärd som utesluter att selektivitetskriteriet är uppfyllt.[213]

Däremot anses generella åtgärder som gynnar alla företag i en medlemsstat oavsett ägare eller verksamhetsgren inte vara av en sådan karaktär att selektivitetsrekvisitet är uppfyllt, varför sådana åtgärder faller utanför statsstödsreglernas tillämpningsområde.[214] Som exempel på en sådan generell åtgärd där selektivitetskravet inte är uppfyllt kan nämnas en sänkning av bolagsskatten för alla företag oavsett typ av produktion.

För att ett stöd ska omfattas av förbudet krävs endast att dess verkningar är selektiva, varför stödet till sin utformning inte nödvändigtvis behöver vara selektivt.[215] Huruvida en åtgärd är selektiv kan därför behöva avgöras efter en bedömning i två steg.[216] Först undersöks om åtgärden är selektivt utformad på så sätt att åtgärden riktar sig till vissa företag eller viss produktion. Om en åtgärd redan vid den formella bedömningen visar sig vara riktad till vissa speciella företag eller viss produktion är åtgärden att karaktärisera som selektiv. Om åtgärden däremot inte redan till sin utformning är selektiv måste i nästa steg undersökas om åtgärden leder till att vissa företag eller viss produktion gynnas i förhållande till andra företag eller annan produktion. Således kan en åtgärd som vid en första anblick är generell istället framstå som selektiv i ljuset av dess verkningar.[217]

Även om en åtgärd är selektiv så tillvida att företag på marknaden inte behandlas lika, exempelvis på så sätt att olika typer av företag har att tillämpa olika skattesatser, faller som nämnts åtgärden ifråga utanför artikel 107.1 om den kan motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik.[218]

De typiska exemplen på åtgärder som accepterats med hänvisning till att de just kunnat motiveras av det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik utgörs av stöd i form av en skattestruktur som inbegriper policydrivna skillnader i systemet på så sätt att vissa typer av företag får erlägga högre skatter än andra. I sådana situationer kan inte de företag

[213] Se t.ex. mål C-88/03, Portugal mot kommissionen, p. 58 och de förenade målen C-428–434/06, UGT Rioja, p. 50.
[214] Se t.ex. mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 35.
[215] Se t.ex. mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 41.
[216] Se Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 214.
[217] Se mål 173/73, Italien mot kommissionen, p. 33, mål C-75/97, Belgien mot kommissionen, p. 34 och mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 42.
[218] Se t.ex. mål 173/73, Italien mot kommissionen, p. 15, mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 42, mål C-159/01, Nederländerna mot kommissionen, p. 42 och mål T-210/02, British Aggregates, p. 107.

som tvingas betala en högre skatt med framgång hävda att de som gynnas av lägre skattesatser får ett statligt stöd. Det finns därför inget som skulle hindra en hypotetisk skattestruktur med progressiva skatter, på så sätt att de företag med stora vinster tvingas betala en större del av sin vinst i exempelvis bolagsskatt än de företag som endast gör en liten vinst.

Att en åtgärd som visserligen kan anses vara selektiv ändå inte behöver omfattas av det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till "det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik" utgör inget egentligt undantag från det generella förbudet i likhet med de undantag som regleras i artikel 107.2 och 107.3 även om det finns vissa likheter. En likhet består i att undantaget från selektivitetskriteriet ska tolkas restriktivt, precis som övriga statsstödsrättsliga undantag.[219] En annan likhet består i att det är medlemsstaten ifråga som bär bevisbördan för att en åtgärd kan motiveras med hänvisning till "det relevanta systemets karaktär och allmänna systematik". I det avseendet är det inte tillräckligt att medlemsstaten endast påstår att åtgärden uppfyller de aktuella villkoren för "undantag" utan ett sådant påstående måste underbyggas med både giltiga argument och specifika fakta.

Ifråga om vilka villkor som måste vara uppfyllda för att "undantaget" ska aktualiseras kan nämnas att det utifrån kommissionens beslut och domstolens avgöranden går att dra slutsatsen att åtgärden ifråga måste relatera till den interna logiken i det system som hänvisas till och inte endast till externa politiska målsättningar, såsom miljöhänsyn etc. Åtgärdens olika effekter på olika företag måste således ha sitt ursprung direkt i det relevanta systemets grundläggande principer. Dessutom måste det finnas ett direkt och kausalt samband mellan systemets logik och åtgärden ifråga. Åtgärdens skillnader i effekt för olika företag måste därför ha ett samband med de grunder för rättfärdigande som medlemsstaten anför.[220]

Om en medlemsstat utifrån objektivt godtagbara skäl kan visa att skillnader i behandling av olika företag inte utgör en överträdelse av principen om likabehandling anses den statliga åtgärden således inte vara selektiv varför den inte heller kan angripas med hänvisning till EU:s statsstödsregler.[221]

[219] Se de förenade målen T-127, 129 och 148/99, Territorio Histórico m.fl. mot kommissionen, p. 250.
[220] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 91.
[221] Se t.ex. Prek & Lefevre, The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Curt of Justice, EStAL 2012 [1], s. 342-344.

2.6 Snedvridning av konkurrensen

För att en åtgärd ska omfattas av artikel 107.1 EUF-fördraget krävs också att åtgärden snedvrider konkurrensen. I och med att bedömningen av om en statlig åtgärd snedvrider konkurrensen ska kunna göras på förhand, det vill säga innan den verkställs, så måste man dock inte kunna påvisa någon verklig effekt. Följaktligen är det i ett enskilt ärende tillräckligt att kunna visa på en potentiell påverkan på konkurrensen.

Även i händelse av att en stödåtgärd redan genomförts ska bedömningen om en åtgärd riskerar påverka konkurrensen göras utifrån de förutsättningar som var gällande innan det aktuella stödet verkställdes – oavsett om det senare visar sig att stödet i realiteten inte haft någon effekt på konkurrensen. En annan ordning hade medfört att de medlemsstater som inte iakttagit anmälningsskyldigheten och genomförandeförbudet i artikel 108.3 hade kunnat ges en mer gynnsam bedömning än de medlemsstater som iakttar genomförandeförbudet.

För att avgöra om ett stöd riskerar påverka konkurrensen måste man bedöma om stödmottagarens ställning riskerar att stärkas i förhållande till dess konkurrenter. Den avgörande faktorn vid en sådan bedömning är om den aktuella åtgärden leder till att företagets finansiella ställning som helhet förbättras av den ifrågavarande åtgärden i förhållande till dess konkurrenter.[222] Stöd som lättar de ekonomiska bördor som normalt belastar ett företag anses vanligtvis också påverka konkurrensen i den mening som avses i artikel 107.1.[223]

2.7 Påverkan på handeln mellan medlemsstater

Det sista och kanske det mest avgörande rekvisitet, på så sätt att det avgränsar EU:s jurisdiktion på området, är det så kallade samhandelsrekvisitet. EU:s kontrollmöjligheter gäller bara statliga stödåtgärder som har en påverkan, eller riskerar att påverka, handeln mellan medlemsstater. För att artikel 107.1 ska bli tillämplig krävs därför att man kan visa att en åtgärd får till följd att företag eller en viss typ av produktion i en medlemsstat får fördelar som stärker dess ställning i förhållande till företag från andra medlemsstater.

[222] Se de förenade målen 62 och 72/87, Exécutif Régional Wallon, p. 14–15.
[223] Se t.ex. T-459/93, Siemens, p. 48 och p. 77, mål T-214/95, Vlaamse Gewest, p. 43 och mål T-217/02, Ter Lembeek, p. 177.

Utgångspunkten är att samhandelskriteriet är uppfyllt då en stödmottagare ägnar sig åt gränsöverskridande aktiviteter eller där den aktuella verksamhetssektorn vanligtvis karaktäriseras av ett stort mått av handeln mellan medlemsstater. Samhandelskriteriet kan således vara uppfyllt även om stödmottagaren inte själv ägnar sig åt export till andra medlemsstater men där det som produceras är föremål för export – under förutsättning att stödet gör det svårare för företag i andra medlemsstater att exportera till den aktuella medlemsstaten.

Samhandelskriteriet är vanligtvis uppfyllt bland annat då ett stöd lämnas till företag som agerar på marknader med en stor överskottskapacitet eller då stödmottagaren är lokaliserad nära en gräns mellan två medlemsstater.[224]

Det måste dock inte förekomma handeln mellan medlemsstater i det enskilda fallet för att samhandelskriteriet ska vara uppfyllt. Även om det inte förekommer någon gränsöverskridande handel vid just det tillfället då den statsstödsrättliga analysen genomförs måste ändå beaktas om marknaden kan tänkas utvecklas på så sätt att det i framtiden kan tänkas förekomma gränsöverskridande handel.[225]

Av artikel 107.1 följer inte att stöd av ringa värden kan undantas från tillämpningen, exempelvis med hänvisning till att sådana stöd inte påverkar handeln mellan medlemsstater. Inte heller EU-domstolen intar hållningen att stöd måste vara av viss storlek för att kunna träffas av EU:s statsstödsregler – utan dess hållning är istället att också små stöd påverkar konkurrensen, men i en mindre utsträckning. Kommissionens uppfattning är däremot att alla stöd inte påverkar konkurrensen eller handeln mellan medlemsstater. För att lätta dess egna administrativa börda och därmed kunna fokusera på de viktigare ärendena har kommissionen introducerat en så kallad de minimis-regel, vilken numera följer av kommissionens förordning 1998/2006/EG (de minimis-förordningen). Stöd som omfattas av förordningen anses således inte heller träffas av täckningsområdet för artikel 107.1 varför sådana stöd inte heller behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs.

Utgångspunkten enligt de minimis-förordningen är att den omfattar alla stöd inom alla sektorer med endast ett fåtal i förordningen angivna undantag. De undantag från förordningens tillämpningsområde som sär-

[224] Se t.ex. mål C-305/89, Alfa Romeo, p. 26 respektive mål C-310/99, Italien mot kommissionen, p. 84–85.
[225] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 98 f.

skilt anges rör stöd till bland annat fiskerinäringen, jordbruksproduktion, exportstöd och stöd som gynnar inhemska varor framför importerade sådana, se artikel 1 i förordningen.

I andra fall kan en medlemsstat med hänvisning till förordningen lämna stöd till företag utan att det anses omfattas av artikel 107.1 om värdet på stödet understiger 200 000 euro under en treårsperiod. Ifråga om stöd till företag inom transportsektorn är de minimis-beloppet satt till 100 000 euro under en treårsperiod. Ett grundläggande krav för att ett stöd ska kunna undantas från en tillämpning av artikel 107.1 med hänvisning till de minimis-förordningen är att stödet är transparant i den mening att storleken på stödet går att fastställa på förhand.

Ifråga om kreditgarantier innehåller de minmis-förordningen särskilda beräkningsregler. Det allmänna taket på 200 000 euro per treårsperiod ersätts därför enligt artikel 2.4 d av ett särskilt tak då värdet av en kreditgaranti ska beräknas varvid utgångspunkten är att åtgärden vare sig snedvrider konkurrensen eller påverkar handeln mellan medlemsstater. Enligt den särskilda regleringen rörande kreditgarantier anses garantiordningar på 1 500 000 euro ha en bruttobidragsekvivalent motsvarande det allmänna taket för stöd av mindre betydelse, det vill säga 200 000 euro under en treårsperiod.[226] Om det garanterade lånebeloppet inte överskrider 1 500 000 euro per företag, samtidigt som garantin inte omfattar mer än 80 procent av själva lånet, träffas således en kreditgaranti som utgångspunkt inte av EU:s statsstödsregler.

I sammanhanget ska däremot observeras att alla kreditgarantier som inte uppfyller villkoren i de minimis-förordningen inte nödvändigtvis konstituerar otillåtna statsstöd. Även om det garanterade lånebeloppet överstiger 1 500 000 euro för ett enskilt företag utgör själva kreditgarantin inget stöd om låntagaren betalar ett marknadspris för garantin.[227]

[226] Den metod och de uppgifter som används för att beräkna det särskilda garantitaket ska inte tillämpas ifråga om företag i svårigheter i den mening som avses i gemenskapens riktlinjer om statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, se p. 15 i ingressen kommissionens förordning 1998/2006/EG.

[227] Jfr avsnitt 3.2 i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statliga stöd i form av garantier, EUT 2008/C 155/10. Se också ovan avsnitt 2.2.3.

2.8 Sammanfattning och preliminära konklusioner

De statsstödsrättsrättsliga utgångspunkterna är som nämnts att medlemsstaterna inte ska vidta åtgärder som kan komma att omfattas av definitionen artikel 107.1 EUF-fördraget och att eventuella stödåtgärder som man likväl planerar att vidta ska anmälas till kommissionen i enlighet med artikel 108.3 innan de verkställs så att den kan genomföra en bedömning om åtgärderna är förenliga med statsstödsreglerna eller inte. Följaktligen innehåller EU-rätten inte endast ett förbud mot statliga stöd, utan också både en anmälningsskyldighet och ett genomförandeförbud.

I och med att den EU-rättsliga kontrollen endast utsträcker sig till sådana åtgärder som träffas av artikel 107.1 är det i varje enskilt fall av central betydelse att avgöra om en viss åtgärd verkligen utgör ett selektivt stöd som inte bara utgår från staten med hjälp av statliga medel utan som dessutom både riskerar påverka konkurrensen och handeln mellan medlemsstater.

Vid en tillämpning av artikel 107.1 ska begreppet stöd ges en vid tolkning. Det är i sammanhanget inte heller väsentligt vad medlemsstaten har för syfte med åtgärden ifråga, utan det är åtgärdens effekt som är relevant.

För att fastställa om det föreligger ett stöd måste man enligt EU-domstolens praxis ställa sig frågan om den påstådda stödmottagaren, varvid företagsbegreppet måste vara uppfyllt, fått en ekonomisk fördel som den inte skulle ha fått under normala marknadsmässiga förhållanden. En tillämpning av kriteriet rörande marknadsmässiga förhållanden kräver att det görs skillnad mellan (1) situationer då staten agerar i egenskap av myndighet och (2) situationer då staten uppträder som en deltagare på marknaden.

Då staten agerar som myndighet, exempelvis i dess egenskap som lagstiftare, behöver någon jämförelse med marknadsmässiga förhållanden inte göras varför man endast behöver undersöka om den aktuella lagstiftningen skapar fördelar för vissa företag eller viss produktion. Men då staten deltar som aktör på marknaden, såsom en investerare, måste man jämföra statens agerande med hur andra investerare rent hypotetiskt skulle ha agerat i motsvarande situation – vilket är ett uttryck för den marknadsekonomiska investeringsprincipen.

Det ska också nämnas att stödbegreppet kan vara uppfyllt även om själva stödet är beroende av eventualiteter, såsom bristande betalningsförmåga då staten lämnat en kreditgaranti. Därför kan redan utfärdandet av en kreditgaranti utgöra ett stöd oavsett om stödmottagaren verkligen behöver utnyttja garantin. Det faktum att stödmottagaren med hjälp av garantin

kan uppbära bättre villkor än utan den aktuella garantin är tillräckligt för att det ska röra sig om ett stöd.

Som ett tydligt exempel på åtgärder som kan utgöra stöd om de inte vidtas på marknadsmässiga villkor är försäljning av offentlig egendom till underpris. Det tycks också vara på just det området som EU:s statsstödsregler rönt störst uppmärksamhet för svensk del, både på så sätt att kommissionen haft att bedöma lagligheten av kommunala fastighetsaffärer och på så sätt att statsstödsreglerna beaktats i samband med laglighetsprövningar i de svenska förvaltningsdomstolarna.

För att begränsa det antal transaktioner rörande försäljning av offentlig egendom som kommissionen kan tvingas att undersöka har den utarbetat en allmän vägledning på området.[228] I vägledningen beskrivs två förfarande som ger medlemsstaterna möjlighet att hantera överlåtelser av mark och byggnader på ett sätt som automatiskt utesluter inslag av statligt stöd. Av vägledningen framgår att det mest önskvärda alternativet är att en överlåtelse av mark och byggnader äger rum efter ett vederbörligen offentliggjort, öppet och villkorslöst anbudsförfarande till ett brett urval av tänkbara köpare, där det bästa eller det enda anbudet antas. Som ett alternativ till en överlåtelse med ett villkorslöst anbudsförfarande anför kommissionen att en oberoende expertvärdering genomförs av en eller flera oberoende värderingsmän före förhandlingarna om överlåtelsen för att fastställa marknadsvärdet på grundval av allmänt accepterade marknadsindikatorer och värderingsstandarder.

Också vid försäljning av andra offentliga tillgångar, inklusive goodwill, måste villkoren motsvara de villkor en privat försäljare skulle ha accepterat för att det inte ska röra sig om ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1.

Ytterligare en typ av överlåtelse av offentliga resurser som kan komma att bedömmas utifrån EU:s statsstödsregler är privatiseringar. Vid privatiseringar av offentliga företag utgår kommissionen ifrån att det inte riskerar föreligga något statligt stöd i enlighet med artikel 107.1 under förutsättning att privatiseringen antingen genomförs på så sätt att man säljer aktierna i det offentliga företaget till högstbjudande på aktiemarknaden eller genom ett öppet anbudsförfarande

[228] Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader, EGT 97/C 209/03. Se även Kommissionens riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål, EGT 98/C 74/06, ändrade genom 2000/C 258/06.

Statsstödsreglerna kan dock inte endast aktualiseras i situationer där det offentliga agerar som säljare, utan reglerna kan också bli tillämpliga i samband med att det offentliga genomför någon form av inköp. Ett offentligt inköp kan därför utgöra ett stöd i enlighet med artikel 107.1 om det inte görs utifrån objektiva och öppna kriterier. Därtill måste undersökas om den aktuella transaktionen utförts på normala affärsmässiga villkor. Likaså kan ett inköp konstituera ett statsstöd om det inte finns ett verkligt behov av den aktuella varan eller tjänsten. Om så inte är fallet kan det indikera att det föreligger ett gynnande.

För att en åtgärd ska omfattas av EU:s statsstödsrätt krävs som nämnts inte bara att själva stödbegreppet är uppfyllt, utan åtgärden måste dessutom uppfylla övriga rekvisit i artikel 107.1. Stödet måste därför dels utgår till följd av statens handlande, dels finansieras med statliga medel.

I likhet med vad som gäller ifråga om begreppet stöd så ska också begreppet stat ges en vid tolkning, varför det inte endast innefattar det centrala statsorganet, utan det inbegriper även regionala och lokala myndigheter. Således inkluderas stöd som utgår från både svenska kommuner och landsting av fördragets kontrollregler under förutsättning att även övriga rekvisit är uppfyllda. Därtill kan stöd som lämnas av offentliga företag träffas av förbudet i artikel 107.1, och det samma gäller stöd som administreras av privata organ under förutsättning att det privata organet administrerar ett stöd som härrör från statliga medel.

Att tillgångar och medel som tillhör det centrala statsorganet – det som i Sverige vanligtvis benämns staten – och utgår från statsbudgeten anses utgöra sådana statliga medel som omnämns i artikel 107.1 är obestridligt. Det samma gäller också tillgångar och medel som lokala och regionala myndigheter svarar för, vilket följer av att begreppet stat även i detta sammanhang ska ges en vid tolkning. Statligt stöd kan emellertid också finansieras genom medel som hanteras av offentliga eller privata företag. För att sådana medel ska anses vara statliga i en statsstödsrättslig mening krävs dock att medlen står under sådan statlig kontroll att de i viss mån kan anses vara tillgängliga för en offentlig myndighet.

I sammanhanget ska också påminnas om att det inte fordras att några medel verkligen betalas ut för att det ska anses föreligga ett stöd som ges med hjälp av statliga medel. Även en åtgärd i form av en reduktion av intäkter som staten skulle ha fått under normala förhållanden kan konstituera ett stöd som utgår med hjälp av statliga medel. Något hinder mot att tillämpa statsstödsreglerna föreligger därför inte endast på den grunden att staten inte drabbas av en ekonomisk börda.

För att förbudet mot statsstöd ska aktualiseras krävs inte bara att en viss åtgärd konstituerar ett statligt stöd, åtgärden måste dessutom vara selektiv på så sätt att den gynnar vissa företag eller viss produktion framför andra företag eller annan produktion. Bedömningen om selektivitetskriteriet är uppfyllt görs i två steg – inledningsvis avgörs om åtgärden ifråga är selektiv, eller om dess verkningar är selektiva, och om så är fallet måste i nästa steg avgöras om medlemsstaten kan motivera den selektiva åtgärden med hänvisning till det relevanta systemets karaktär.

För att en åtgärd ska omfattas av artikel 107.1 krävs därtill att åtgärden snedvrider konkurrensen. I det avseendet måste man dock inte kunna påvisa någon verklig effekt, utan det är tillräckligt att man kan visa en potentiell påverkan på konkurrensen för att åtgärden ifråga ska kunna omfattas av EU:s statsstödsreglering.

Det sista och kanske det mest avgörande rekvisitet, på så sätt att det avgränsar EU:s jurisdiktion på området, är det så kallade samhandelsrekvisitet – EU:s kontrollmöjligheter gäller bara statliga stödåtgärder som har en påverkan, eller riskerar att påverka, handeln mellan medlemsstater. För att artikel 107.1 ska bli tillämplig krävs därför att man kan visa att en åtgärd får till följd att företag eller en viss typ av produktion i en medlemsstat får fördelar som stärker dess ställning i förhållande till företag från andra medlemsstater. Utgångspunkten är att samhandelskriteriet är uppfyllt då en stödmottagare ägnar sig åt gränsöverskridande aktiviteter eller där den aktuella verksamhetssektorn vanligtvis karaktäriseras av ett stort mått av handeln mellan medlemsstater.

Även om det inte direkt följer av artikel 107.1 att ett stöd måste uppgå till ett visst belopp för att regleringen ska kunna aktualiseras har kommissionen intagit ståndpunkten att stöd som understiger vissa särskilt angivna värden som utgångspunkt inte har en sådan påverkan på konkurrensen eller samhandeln att det skulle motivera ett ingripande. För att lätta dess egna administrativa börda och därmed kunna fokusera på de viktigare ärendena har kommissionen därför introducerat en så kallad de minimis-regel,[229] av vilken det i huvudsak följer att stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod inte uppfyller samtliga villkor i artikel 107.1, varför sådana stöd inte heller behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs.

Under de senaste fem–sex åren har också EU:s statsstödsregler rönt allt större uppmärksamhet i samband med inte minst svenska förvaltningsdomstolars laglighetsprövningar av kommunala beslut att avyttra eller

[229] Kommissionens förordning 1998/2006/EG.

förvärva egendom eller andra typer av tillgångar, exempelvis i samband med privatiseringar av kommunal verksamhet, såsom undervisning och hemtjänst. I flera av de laglighetsprövningar där statsstödsreglerna aktualiserats har förvaltningsdomstolarna kommit till slutsatsen att en kommun som inte iakttagit den anmälningsskyldighet och det genomförandeförbud som följer av artikel 108 EUF-fördraget fattat ett beslut som strider mot lag eller annan författning, varför man upphävt beslutet med hänvisning till 10 kap. 8 § kommunallagen.

Statsstödsreglerna har också aktualiserats i samband med i vart fall ett förvaltningsbesvär.[230] I det aktuella ärendet uttalade kammarrätten att sökande, med hänsyn till bland annat genomförandeförbudets direkta effekt, hade rätt att vid prövningen av en koncessionsavgift få sitt påstående om otillåtet statsstöd prövat och, om ett sådant otillåtet statsstöd konstaterades föreligga, att få det överklagade beslutet undanröjt.

I ljuset av ovanstående framstår det numera som om kunskapen om EU:s statsstödsregler är betydligt större bland inte minst de som överklagar kommunala beslut än den var för bara några år sedan, och det samma torde gälla de domstolar som har att pröva ärendena ifråga. EU:s statsstödsrätt tycks således vara på väg att bli en naturlig och integrerad del av den svenska kommunalrätten.

[230] Kammarrätten i Stockholms dom den 26 mars 2007, mål nr 4100-06.

3 Möjligheter till undantag från det generella förbudet

3.1 Inledning

Som nämnts är den EU-rättsliga huvudregeln att alla stöd som uppfyller rekvisiten i artikel 107.1 EUF-fördraget är förbjudna i och med att de principiellt anses vara oförenliga med den inre marknaden. Som en följd av att artikel 107.1 ska ges en vid tolkning, varför många policyåtgärder som vidtas av medlemsstaterna träffas av bestämmelsen, har det emellertid ansetts finnas ett behov av undantag från det generella förbudet i artikel 107.1. Att det finns undantagsmöjligheter indikeras också redan av lydelsen i artikel 107.1, vari det anges att det generella förbudet endast gäller såvida något annat inte regleras i fördraget. De bestämmelser som primärt åsyftas i det avseendet är artikel 107.2 och 107.3, vilka innehåller regler som medför att stöd som visserligen uppfyller de rekvisit som anges i artikel 107.1 ändå kan undantas från det generella förbudet. Av artikel 107.2 och 107.3 följer:

> 2. Förenligt med den inre marknaden är
>
> a) stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, under förutsättning att stödet ges utan diskriminering med avseende på varornas ursprung,
>
> b) stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser,
>
> c) stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning i den utsträckning stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom denna delning. Fem år efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget får rådet på förslag av kommissionen anta ett beslut om upphävande av denna punkt.
>
> 3. Som förenligt med den inre marknaden kan anses
>
> a) stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på

sysselsättning och i de regioner som avses i artikel 349, med hänsyn till deras strukturella, ekonomiska och sociala situation,

b) stöd för att främja genomförandet av viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi,

c) stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

d) stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet, om sådant stöd inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen inom unionen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset,

e) stöd av annat slag i enlighet med vad rådet på förslag från kommissionen kan komma att bestämma genom beslut.

De möjligheter till undantag som följer av artikel 107 är uppdelade på så sätt att undantagsmöjligheterna enligt artikel 107.2 är obligatoriska, så tillvida att kommissionen måste meddela undantag om villkoren för det är uppfyllda, medan undantagsmöjligheterna enligt artikel 107.3 lämnar ett långt större spelrum till kommissionen ifråga om att meddela undantag. I artikel 107.3 återfinns nämligen en uppräkning av i vilka fall kommissionen *får* bevilja undantag från förbudet i artikel 107.1. I sammanhanget ska nämnas att undantagsmöjligheterna enligt artikel 107.2 aktualiseras tämligen sällan, varför de är av mindre praktisk relevans.

I likhet med övriga EU-rättsliga undantag ska också de statsstödsrättsliga undantagsmöjligheterna tolkas restriktivt.[231] Utgångspunkten ifråga om undantagens tillämpning är dessutom att det är den som vill dra nytta av någon av grunderna för undantag – vanligtvis en medlemsstat eller en stödmottagare – som har att bevisa att de aktuella villkoren för undantag är uppfyllda.[232]

En annan möjlighet till undantag från det statsstödsrättsliga förbudet följer av artikel 106.2 EUF-fördraget – under vissa villkor kan en medlemsstat gynna ett företag som anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse trots att åtgärden uppfyller rekvisiten i artikel 107.1.

[231] Se t.ex. T-106/95, FFSA, p. 172.

[232] För hänvisningar se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 106. Ifråga om bevisbördans placering vad gäller förekomsten av stöd kan också Kammarrättens i Stockholm dom 2009-02-16, mål nr 4514-07, nämnas.

Ytterligare undantag från det generella förbudet mot statliga stöd återfinns på vissa särskilda områden, såsom ifråga om stöd till viss jordbruksproduktion eller stöd till fiskeri- och vattenbrukssektorn.

Utöver de möjligheter till undantag som följer av fördraget redan idag och som i allt väsentligt administreras av kommissionen ges i fördraget även rådet två möjligheter att ingripa på statsstödsområdet. Rådet kan enligt artikel 107.3 e, på förslag från kommissionen, slå fast att även andra typer av stöd än de som anges i artikel 107.3 ska anses vara förenliga med den inre marknaden och därmed tillåtna. Dessutom kan rådet enligt artikel 108.2 under särskilda villkor besluta att en enskild stödåtgärd ska undantas från förbudet trots att åtgärden inte kan accepteras med hänvisning till någon av de explicita undantagsmöjligheterna.

I det följande behandlas inledningsvis de undantagsmöjligheter som regleras i artikel 107.2 och artikel 107.3 tämligen översiktligt. Därefter riktas fokus mot den så kallade allmänna gruppundantagsförordningen och de grundläggande principer som är avgörande för när undantag från både det generella förbudet i artikel 107.1 och den anmälningsskyldighet som återfinns i artikel 108.3 kan medges med hänvisning till förordningen.[233] I avsnitt 3.5–3.11 behandlas regleringen av några olika typer av stöd, av vilka några till viss del återfinns i den allmänna gruppundantagsförordningen. Särskild uppmärksamhet ska därför riktas mot olika typer av regionalstöd, miljöstöd, stöd till forskning, utveckling och innovation, stöd till främjande av utbildning och rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder, jordbruksstöd och stöd till företag verksamma inom fiskeri- och vattenbrukssektorn. Därtill redogörs för huvuddragen ifråga om de undantag från statsstödsreglerna som grundas på regleringen i artikel 106.2.

3.2 Undantag enligt artikel 107.2

Även om sådana stöd som anges i artikel 107.2 alltid ska undantas från det generella förbudet mot statliga stöd måste de anmälas till kommissionen innan de verkställs. De åligger därför endast kommissionen att förvissa sig om att de villkor som följer av bestämmelsen är uppfyllda.

I bestämmelsen anges inledningsvis att stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter ska undantas under förutsättning att stödet ges

[233] Se förordning 800/2008/EG (den allmänna gruppundantagsförordningen).

utan diskriminering med avseende på varornas ursprung. Även om stöd som lämnas till enskilda konsumenter vanligtvis inte omfattas av artikel 107.1 kan undantaget aktualiseras i sådana situationer stöd till enskilda konsumenter indirekt gynnar vissa företag. Bestämmelsen skapar således ett utrymme för medlemsstater att stödja vissa kategorier av konsumenter vars situation berättigar social intervention. Som exempel från kommissionens praxis där undantagsmöjligheten aktualiserats kan nämnas den situation att individer gynnats för att underlätta resor mellan avlägsna öar och en medlemsstats fastland.[234]

Av artikel 107.2 följer också att stöd som lämnas för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser ska undantas från det generella förbudet i artikel 107.1. Som exempel kan nämnas att det till viss del var just den möjligheten till undantag som utnyttjades av Sverige efter att stormen Gudrun orsakat stor skada i främst Småland under januari 2006.[235]

I artikel 107.2 anges också att stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning ska undantas från förbudet i artikel 107.1 under förutsättning att stödet är nödvändigt för att uppväga de ekonomiska nackdelar som uppkommit genom delningen.

3.3 Undantag enligt artikel 107.3

3.3.1 Introduktion

Även om kommissionens mål är att begränsa de statliga stöden godkänner den regelmässigt vissa typer av stödåtgärder. Beviljandet av stöd i sådana situationer sammanhänger ofta med att de områden som gynnas är högt prioriterade inom unionen – vilket är fallet exempelvis då undantag från stödreglerna beviljas avseende stöd till små och medelstora företag och stöd till forskning och utveckling.[236]

För att undantag ska beviljas krävs att stödet är förenligt med den inre marknaden, det vill säga att EU:s syften och intressen gynnas av stödet.

[234] Se t.ex. kommissionens beslut 20.04.2005 (C(2005)1165 fin) Mobility passport (ärende NN 25/2005), EUT 2005/C 137/5.
[235] Se t.ex. kommissionens beslut 22.02.2006 (K(2006)468 slutlig), Stöd i form av återplantering av träd i stormfalld skog (ärende N 68/2006), EGT 2006/C 111/3.
[236] Se förordning 800/2008/EG (den allmänna gruppundantagsförordningen).

Följaktligen är medlemsstatens eller mottagarens intresse inte av någon betydelse vid avgörandet om undantag ska beviljas.[237]

Kommissionen har som utgångspunkt ett relativt stort handlingsutrymme ifråga om att bedöma huruvida en stödåtgärd kvalificerar sig för undantag enligt artikel 107.3. Kommissionen har däremot bundit upp sig själv genom att anta en gruppundantagsförordning vilken reglerar möjligheten till undantag ifråga om många olika typer av stöd, den så kallades allmänna gruppundantagsförordningen. Att kommissionen kunnat anta en gruppundantagsförordning följer indirekt av artikel 109 vari rådet ges kompetens att anta de förordningar som behövs för en tillämpning av artikel 107 och 108. Med stöd av den kompetensen har rådet antagit förordning (EG) nr 994/98 av den 7 maj 1998 om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på vissa slag av övergripande statligt stöd (statsstödsförordningen) vilken i sin tur ger kommissionen kompetens att anta gruppundantagsförordningar rörande vissa typer av stöd.

Den gruppundantagsförordning som nu gäller, det vill säga den allmänna gruppundantagsförordningen, trädde i kraft den 28 augusti 2008 och är gällande till utgången av 2013. Med anledning av den allmänna gruppundantagsförordningen upphävdes också de förordningar som tidigare reglerade möjligheterna till undantag på flera olika områden. Till skillnad från de tidigare gällande gruppundantagsförordningarna reglerar den nuvarande förordningen inte endast stöd till små- och medelstora företag, forskning och utveckling, miljö samt utbildning av arbetstagare, utan även stöd som utgår för att främja kvinnligt företagande, riskkapital och missgynnade arbetstagare. Förordningen är i enlighet med artikel 288 i EUF-fördraget direkt tillämplig varför medlemsstater och dess myndigheter själv kan använda förordningen för att avgöra om stöd ska lämnas i en viss situation.

Den allmänna gruppundantagsförordningen innebär i korthet att de olika typer av stöd som regleras i förordningen inte behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs, under förutsättning att de i förordningen uppställda villkoren är uppfyllda.

I händelse av att en viss typ av stödåtgärd inte omfattas av gruppundantagsförordningen har kommissionen antagit en mängd riktlinjer som den tillämpar för att avgöra om undantag ska kunna beviljas. De olika riktlinjerna avser att öka förutsebarheten i de situationer stöd inte är av sådan art att det omfattas av gruppundantagsförordningen. Det finns riktlinjer som

[237] Se Iversen m.fl., Regulering av konkurrence i EU, 2008, s. 467.

avser exempelvis miljöstöd, räddnings- och omstruktureringsstöd, stöd till forskning och utveckling, stöd i form av riskkapital och regionalstöd. En direkt tillämpning av artikel 107.3 aktualiseras i praktiken först då en viss stödåtgärd vare sig regleras i gruppundantagsförordningen eller i någon av kommissionens riktlinjer.

3.3.2 Fördragets undantagsmöjligheter

Främjande av ekonomisk utveckling, artikel 107.3 a

Enligt artikel 107.3 a kan kommissionen godkänna stöd som utgår för att främja ekonomisk utveckling i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning. I mål 248/84, kommissionen mot Tyskland, uttalade domstolen att den ekonomiska värderingen i dessa fall skulle göras utifrån gemenskapen som helhet.[238] Således finns det en möjlighet för medlemsstaterna att genom stödåtgärder främja den sociala sammanhållningen inom EU som helhet.

Även artikel 107.3 c ger kommissionen kompetens att undanta stöd från förbudet i artikel 107.1 om stöden utgår till företag i regioner som är underutvecklade – men i det senare fallet ska den aktuella medlemsstaten utgöra referenspunkt för bedömningen om den ifrågavarande regionen är underutvecklad.

Det är också med hänvisning till just artikel 107.3 a och 107.3 c som kommissionen beviljar den största delen av de stöd som den granskar, främst i form av så kallade regionalstöd.

Viktiga projekt av gemensamt europeiskt intresse, artikel 107.3 b

Enligt artikel 107.3 b kan undantag från förbudet i artikel 107.1 även medges om en stödåtgärd syftar till att genomföra ett viktigt projekt av gemensamt europeiskt intresse eller för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi.

Vid bedömningen om ett projekt är viktigt ur ett europeiskt perspektiv, och således kan falla in under undantaget, utgår kommissionen vanligtvis från fyra kriterier.

- Stödet måste främja ett projekt i den meningen att stödet bidrar till förverkligandet av projektet
- Projektet måste vara klart definierat och preciserat

[238] Mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, p. 19.

- Projektet måste vara viktigt ur ett kvantitativt hänseende, men framför allt ur en kvalitativ synpunkt
- Projektet måste vara av ett gemensamt europeiskt intresse och gynna EU som helhet.

Det senare rekvisitet torde endast i undantagsfall kunna vara uppfyllt om det bara är en medlemsstat som har för avsikt att vidta en viss åtgärd. Som exempel från kommissionens praxis då denne ansett att det rört sig om sådana viktiga projekt som avses i bestämmelsen kan nämnas tunneln under den engelska kanalen.[239]

För att stöd ska få lämnas med hänvisning till att det behövs för att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi måste den aktuella störningen påverka medlemsstaten som helhet – varför stödet endast kan utgå i mycket speciella undantagsfall. Undantaget har däremot aktualiserats i praxis några gånger. Exempelvis har stöd till en omfattande grekisk privatiseringsplan undantagits från förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till att det rört sig om en allvarlig störning i landets ekonomi.[240] Undantaget har också möjliggjort stöd till finansiella institutioner under senare tid med hänvisning till den globala finanskrisen.[241]

Stöd för att underlätta utvecklingen av vissa verksamheter eller regioner, artikel 107.3 c

I artikel 107.3 c återfinns som tidigare nämnts ett undantag som knyter nära samman med undantaget i a. I punkt c framgår att undantag kan beviljas om ett stöd lämnas för att underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en sådan omfattning att det strider mot det gemensamma intresset.

Till skillnad från artikel 107.3 a utgår undantaget i punkt c ifrån att stöd ska kunna lämnas till företag i regioner som är missgynnade i förhållande till övriga delar av den aktuella medlemsstaten utan att EU som hel-

[239] Kommissionens beslut 24.04.2002 (C(2002)1446 fin), Channel tunnel rail link (ärende N 706/2001), EGT 2002/C 130/5. Se också kommissionens beslut i ärende SA.33823, vilket rör tillåtligheten av ett stöd som avser att finansiera en kabel för överföring av elektricitet mellan Finland och Åland.

[240] Kommissionens beslut 31.07.1991, Greek privatisation aid (ärende NN 11/91), efter Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 123.

[241] Se Meddelande från kommissionen – tillfällig gemenskapsram för statliga stödåtgärder för att framja tillgången till finansiering i den aktuella finansiella och ekonomiska krisen, EUT 2009/C 16/01.

het används som referenspunkt. Vilka områden i Sverige som kan undantas med hänvisning till bestämmelsen i punkt c följer av den så kallade regionalstödskartan.[242] Ett stöd kan därför inte undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 om det utgår för att underlätta utvecklingen av andra regioner än de som anges i regionalstödskartan.

Med att stöd kan medges för att underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter har anförts att det aktuella stödet måste syfta till att utveckla en hel näringssektor och inte bara enskilda företag verksamma inom den aktuella sektorn. Huruvida kommissionens praxis ger uttryck för samma ståndpunkt är däremot mer tveksamt.[243]

Även om undantaget i punkt c, till skillnad från undantaget i punkt a, utgår ifrån nationella förhållanden måste det aktuella stödet ändå främja gemenskapens intresse.[244] Ett stöd kan inte heller medges med hänvisning till bestämmelsen om stödet påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse; varför undantaget kräver att ett proportionalitetstest görs i samband med dess tillämpning. Ett stöd måste således begränsas så att det inte är större än nödvändigt för att undantag ska kunna medges med hänvisning till artikel 107.3 c.

Den aktuella regleringen är som nämnts också det undantag som har den bredaste tillämpningen på så sätt att den kan undanta både regionala och sektoriella stöd från det generella förbudet i artikel 107.1. Som exempel från praxis kan nämnas att stöd för att främja uppförandet av boende speciellt anpassat för äldre har undantagits med hänvisning till bestämmelsen.[245]

Stöd till främjande av kultur och bevarande av kulturarvet, artikel 107.3 d

I artikel 107.3 d regleras möjligheterna att bevilja stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet under förutsättning att det inte påverkar handelsvillkoren och konkurrensen i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset. För att undantag ska kunna beviljas krävs att det aktuella kulturprojektet är klart definierat, varför en medlemsstat inte kan dra nytta av undantagsmöjligheten om den endast vill stödja kultur i vid mening.

[242] Kommissionens beslut 20.12.2006 (K(2006)6719 slutlig), Regionalstödskarta 2007–2013 (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34/4.
[243] Jfr Aldestam, EC State aid rules applied to taxes, 2005, s. 124 f.
[244] Se t.ex. Aldestam, EC State aid rules applied to taxes, 2005, s. 124.
[245] Se kommissionens beslut 07.03.2007 (K(2007)652 slutlig), Investeringsstöd till äldrebostäder (ärende N 798/2006), EUT 2008/C 50/3.

Undantagsmöjligheten har utnyttjats för att bevilja stöd till bland annat filmindustri, teatrar och dans.[246] Ifråga om att bevilja stöd för att bevara kulturarvet kan nämnas att undantag har beviljats för att stödja traditionellt hantverk.[247]

3.4 Den allmänna gruppundantagsförordningen

För att underlätta bedömningen huruvida undantag enligt artikel 107.3 i EUF-fördtaget ska kunna beviljas i särskilda situationer har som nämnts också kommissionen genom den så kallade statsstödsförordningen givits kompetens att utfärda så kallade gruppundantagsförordningar. Den gruppundantagsförordning som numera gäller, den så kallade allmänna gruppundantagsförordningen, slår i stor utsträckning fast under vilka villkor en medlemsstat inte behöver anmäla ett stöd innan det verkställs i enlighet med artikel 108.3.[248]

Den nu gällande förordningen ersatte flera tidigare förordningar och syftar i förhållande till dessa att både förenkla tillämpningen av bestämmelserna och att ge kommissionen bättre förutsättningar att utöva en effektivare kontroll på området.

I förordningens inledande kapitel återfinns dels harmoniserade definitioner, dels övergripande bestämmelser som gäller för alla de typer av stöd som regleras i förordningen. I förordningens andra kapitel återfinns de specifika regler som gäller för respektive typ av stöd. De områden som regleras i förordningen är:

- Regionalstöd
- Stöds till små och medelstora företag
- Stöd till kvinnligt företagande
- Stöd till miljöskydd
- Stöd i form av riskkapital
- Stöd till forskning, utveckling och innovation
- Stöd till utbildning
- Stöd för arbetstagare med sämre förutsättningar och arbetstagare med funktionshinder

[246] För hänvisningar se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 126.
[247] Kommissionens beslut 21.02.2007 (C(2007)476), Development of Cyprus handicraft (ärende N 536/2006), EUT 2007/C 77/6.
[248] Se kommissionens förordning 800/2008/EG (den allmanna gruppundantagsförordningen).

I förordningens tredje kapitel återfinns regler rörande förordningens ikraftträdande, tillämplighet och dess övergångsbestämmelser.

Utgångspunkten är att alla stöd som uppfyller de i förordningen angivna villkoren kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 samtidigt som sådana stöd inte heller behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs. Motsvarande gäller ifråga om stödordningar förutsatt att allt individuellt stöd som kan beviljas enligt stödordningen uppfyller de i förordningen fastställda kraven.

För att säkerställa insyn och en effektiv kontroll måste medlemsstaterna då de beviljar stöd som omfattas av förordningen vanligtvis hänvisa till de i förordningen tillämpliga bestämmelserna och till de regler i den nationella lagstiftningen som stödet baseras på.

Med anledning av att kommissionen ska kunna övervaka medlemsstaternas tillämpning av förordningen måste de senare lämna alla nödvändiga upplysningar angående de åtgärder medlemsstaterna vidtar med stöd av förordningen till kommissionen. Om en medlemsstat inte lämnar sådan information kan det tas som ett tecken på att medlemsstaten lämnar stöd i strid med förordningen – varför kommissionen då kan komma att upphäva hela eller delar av förordningen för den enskilda medlemsstaten. De stödåtgärder medlemsstaten då vill vidta måste således anmälas till kommissionen för godkännande innan de verkställs.

Den allmänna gruppundantagsförordningen är som utgångspunkt visserligen generellt tillämplig, men det finns några typer av stöd som är undantagna från dess tillämpningsområde, varför sådana stöd inte får lämnas utan att kommissionen godkänt dem. Förordningen är inte tillämplig på exportstöd, stöd som gynnar inhemska produkter framför importerade produkter samt stöd som lämnas för att skapa och driva distributionsnät i andra medlemsstater. Dessutom finns det områden på vilka förordningen endast gäller i vissa delar. Exempelvis tillåter förordningen endast stöd till fiskeri- och vattenbrukssektorn under förutsättning att det rör sig om stöd till forskning, utveckling och innovation, stöd för utbildning, stöd i form av riskkapital samt stöd till utbildning av arbetstagare med sämre förutsättningar eller arbetstagare med funktionshinder. Vad gäller stöd till jordbrukssektorn undantar förordningen samma typer av stöd som gäller inom fiskeri- och vattenbrukssektorn med ett tillägg – stöd får dessutom lämnas till miljöskydd.

Huvudregeln är också att den allmänna gruppundantagsförordningen inte gäller ifråga om stöd som lämnas för att främja verksamhet inom kolsektorn. Stöd som lämnas till utbildning, forskning, utveckling och

innovation samt stöd som lämnas till miljöskydd omfattas emellertid av förordningen även om åtgärderna vidtas inom kolsektorn.

En medlemsstat kan inte heller med hänvisning till förordningen stödja ett företag som har oreglerade återbetalningskrav till följd av ett tidigare kommissionsbeslut som förklarar ett stöd olagligt och oförenligt med den inre marknaden – vilket är uttryck för den så kallade Deggendorf-principen.[249]

Vad gäller förordningens tillämpning ska också nämnas att den i stor utsträckning är mer förlåtande ifråga om stöd som lämnas till små och medelstora företag jämfört med stöd som utgår till stora företag - i många fall tillåter förordningen inte att lika stora stöd ges till stora företag som till små och medelstora företag. Dessutom måste inte sällan ytterligare villkor i den allmänna gruppundantagsförordningen än de som gäller för stöd till små och medelstora företag vara uppfyllda för att en medlemsstat ska få gynna ett stort företag utan att behöva anmäla åtgärden till kommissionen.

Den allmänna gruppundantagsförordningen är som utgångspunkt också mer förlåtande vad gäller olika typer av investeringsstöd jämfört med driftsstöd. Till skillnad från investeringsstöd ger oftast olika typer av driftsstöd inga långsiktiga effekter i och med att det gynnade företaget sätts i samma situation som före införandet av stödåtgärden i samma stund som stödet upphör utan att EU:s intressen tillgodosetts.[250] Driftsstöd leder därför normalt till att produktionskostnader och försäljningspriser kan hållas nere, vilket riskerar påverka konkurrensen, utan att EU:s intressen främjas. Det finns dock undantag från denna principiellt negativa hållning till driftsstöd – exempelvis har kommissionen beviljat undantag från förbudet bland annat vid hantering av avfall.[251]

De investeringsstöd som får lämnas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen begränsas till vissa materiella och immateriella investeringar. Stöd får däremot inte lämnas till investeringar i transportmedel och annan transportutrustning inom väg- och lufttransportsektorn. Anledningen är att dessa sektorer kännetecknas av överkapacitet varför sådana stöd i stor utsträckning skulle riskera snedvrida konkurrensen. Andra typer av investeringar som kan vara stödberättigade enligt den allmänna gruppundantagsförordningen är förvärv av kapitaltillgångar som är direkt knutna till en anläggning som har lagts ned eller skulle ha lagts ned om

[249] Jfr de förenade målen T-244 och 486/93, Textilwerke Deggendorf, p. 53-60.
[250] Se Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 316.
[251] Se Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 316.

den inte hade köpts upp, om köparen är en oberoende investerare. För att stöd ska få utgå till investeringar i immateriella tillgångar krävs att tillgångarna uteslutande ska användas i det företag som tar emot stödet; om det rör sig om ett regionalt investeringsstöd ska det uteslutande utnyttjas i den anläggning som tar emot stödet; tillgångarna ska kunna skrivas av och tillgångarna ska köpas av tredje parter på marknadsvillkor utan att köparen har kontroll över säljaren (eller det motsatta).

För att en åtgärd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen måste beslutet att lämna ett visst stöd innehålla en uttrycklig referens till de tillämpliga bestämmelserna i förordningen, vilket följer av artikel 3 i förordningen. Det samma gäller också ifråga om stödordningar; både stödordningen som sådan och varje enskilt stöd som lämnas inom stödordningen måste innehålla en referens till den allmänna gruppundantagsförordningen.

Ytterligare en förutsättning för att ett stöd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen är att alla stödberättigade kostnader som ligger till grund för stödet kan styrkas genom en klar och tydlig dokumentation.

I sammanhanget ska också poängteras att den allmänna gruppundantagsförordningen endast är tillämplig på stöd som är transparenta på så sätt att det på förhand ska kunna fastställas vilket värdet av stödet är. För att ett stöd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen måste stödet därför utgå i viss form. Exempelvis kan nämnas att bidrag och räntesubventioner anses vara transparenta, likaså lån om bruttobidragsekvivalenten har beräknats på grundval av den referensränta som gällde när lånet beviljades. Också olika typer av garantiåtaganden kan anses vara transparenta. Dessutom kan stöd i form av olika typer av skattelättnader undantas om stödet inbegriper ett tak som garanterar att det tröskelvärde som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen inte överskrids.

För att en åtgärd ska kunna undantas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen krävs som indikerats ovan också att värdet av det aktuella stödet inte överskrider de tröskelvärden som följer av förordningen. Dessa tröskelvärden varierar också beroende på vilken typ av stöd det rör sig om.

Den allmänna gruppundantagsförordningen är endast tillämplig på effektiva stöd – undantag från det generella förbudet i artikel 107.1, med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen, får därför endast medges om den aktuella åtgärden inte hade vidtagits utan att stödet ifråga hade lämnats. Ifråga om stöd till små och medelstora företag

är utgångspunkten att sådana stöd är effektiva i den mening som avses ovan under förutsättning att företaget ansökt om stödet hos medlemsstaten innan arbetet med projektet eller den aktuella aktiviteten inletts. Motsvarande gäller också stora företag, med det tillägget att medlemsstaten måste kunna verifiera att stödmottagaren har fastställt och dokumenterat en ökning i projektets omfattning till följd av stödet, eller en ökning rörande den totala summan som investeras i projektet. Ifråga om regionalstöd måste medlemsstaten kunna verifiera att åtgärden inte hade vidtagits i den aktuella regionen utan det aktuella stödet.

De stöd som medlemsstaterna får lämna med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen ska också stå i proportion till de marknadsmisslyckanden eller andra nackdelar som man vill åtgärda.

En medlemsstat som antar en stödordning eller beviljar ett individuellt stöd med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen ska enligt artikel 9 överlämna en sammanfattning till kommissionen inom 20 arbetsdagar från det att stödordningen träder ikraft. Sammanfattningen publiceras i EUT. Det åligger också den enskilda medlemsstaten att tillhandahålla hela texten på internet.

I det följande behandlas några av de olika typer av stöd som kan undantas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen. Redogörelsen begränsas dock inte till de undantagsmöjligheter som följer av förordningen, utan kommer till viss del också att omfatta vilka utgångspunkter kommissionen arbetar efter i de fall den allmänna gruppundantagsförordningen inte är tillämplig, varför vissa upprepningar av vad som anförts ovan förekommer. Även om förordningen reglerar fler typer av stöd inom flera olika sektorer kommer samtliga de undantagsmöjligheter som följer av förordningen inte att beröras i det följande.

3.5 Regionalstöd

Regionalstöd är stöd som är begränsat till eller inriktat mot särskilda geografiska områden inom en medlemsstat. Sådana stöd kan som nämnts vara tillåtna dels med hänvisning till artikel 107.3 a, dels med hänvisning till artikel 107.3 c.

Bakgrunden till att EU valt att särskilt reglera regionalstöd återfinns i det faktum att ett av unionens mål är att skapa en social sammanhållning, varför man försöker utjämna de regionala skillnader som finns inom EU. Således ska också medlemsstaterna kunna ta ett stort ansvar på området

och inte bara förlita sig till att EU ska agera. I sammanhanget ska också nämnas att ungefär en tredjedel av EU:s budget används just i samband med tillämpningen av dess sammanhållningspolicy, det vill säga för att försöka utjämna regionala skillnader.[252]

Som nämnts kan kommissionen enligt artikel 107.3 a godkänna stöd som utgår för att främja ekonomisk utveckling i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning, varvid bedömningen enligt EU-domstolen ska göras utifrån EU som helhet.[253] I sammanhanget ska nämnas att det i Sverige inte finns någon region som omfattas av det aktuella undantaget. Däremot är hela Estland, Lettland, Litauen, Rumänien, Bulgarien, Malta, Polen, Slovenien, Tjeckien, Slovakien, de franska områden som ligger utanför Europa, största delen av Ungern och delar av Tyskland, Spanien, Portugal, Italien samt Storbritannien områden som omfattas av undantaget i artikel 107.3 a.

I artikel 107.3 c återfinns som tidigare nämnts ett undantag som knyter nära samman med undantaget i a. I punkt c framgår att undantag kan beviljas om ett stöd lämnas för att underlätta utvecklingen av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset.

Till skillnad från artikel 107.3 a utgår undantaget i punkt c ifrån att stöd ska kunna lämnas till företag i en region som är missgynnad i förhållande till övriga delar av själva medlemsstaten utan att EU som helhet används som referenspunkt. Vilka områden i Sverige som kan undantas med hänvisning till bestämmelsen i punkt c följer av den så kallade regionalstödskartan.[254] Ett stöd kan därför inte undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 om det utgår för att underlätta utvecklingen av andra regioner än de som anges i regionalstödskartan.

En stor del av de regionalstöd som lämnas omfattas dock av de undantagsmöjligheter som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen, varför de kan verkställas utan föregående anmälan. De regionalstöd som inte omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningen är däremot inte per automatik otillåtna – utan de kan mycket väl komma att undantas från det generella förbudet i artikel 107.1, men först efter att kommissionen granskat dem. De flesta regionalstöd beviljas också utifrån olika stödordningar som antingen omfattas av den allmänna gruppundantagsförord-

[252] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 410.
[253] Mål 248/84, Tyskland mot kommissionen, p. 19.
[254] Kommissionens beslut 20.12.2006 (K(2006)6719 slutlig), Regionalstödskarta 2007–2013 (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34/4.

ningen eller som godkänts av kommissionen, varför kommissionen inte behövt granska varje enskilt stöd. Hur kommissionen tillämpar det regelverk som kringgärdar regionalstöd följer i stor utsträckning av kommissionens Riktlinjer för statligt regionalstöd för 2007–2013 (Riktlinjerna).[255] Riktlinjerna är också av betydelse för hur de undantagsmöjligheter som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen tillämpas.

Ifråga om systematiken rörande regleringen av regionalstöd kan nämnas att det i Riktlinjerna uppställs kriterier för att avgöra vilka områden som ska vara stödberättigade, det vill säga vilka områden som ska anses utgöra sådana regioner som avses i artikel 107.3 a respektive artikel 107.3 c. Det är sedan respektive medlemsstats uppgift att, utifrån kriterierna i Riktlinjerna, avgöra vilka områden som ska vara stödberättigade och att ange dessa i en så kallad regionalstödskarta; vilken ska godkännas av kommissionen.

I den allmänna gruppundantagsförordningen fastställs sedan under vilka villkor medlemsstaterna kan lämna regionalstöd utan att åtgärderna först behöver anmälas till kommissionen i enlighet med artikel 108.3.

Även om ett stöd faller utanför den allmänna gruppundantagsförordningens tillämpningsområde finns en möjlighet till undantag från det generella förbudet i artikel 107.3; men först efter att åtgärden anmälts till kommissionen. Då kommissionen avgör om den ska medge undantag för de regionalstöd som anmälts till den utgår den också ifrån den modell för bedömningen som presenteras i dess Riktlinjer.

Regionalstöd syftar som nämnts till att främja ekonomiskt utveckling i mindre gynnade områden i den mening som avses i artikel 107.3 a och c, för att därigenom kunna utjämna regionala skillnader. Följaktligen kan regionalstöd därför bara undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 om det avser att gynna företag inom just sådana mindre gynnade områden.

Statligt regionalt investeringsstöd har till syfte att stödja utvecklingen av mindre gynnade områden genom att främja investeringar och skapande av sysselsättning. Sådant stöd gynnar utvidgning och diversifiering av den ekonomiska verksamhet som bedrivs av företag i de mindre gynnade områdena, särskilt genom att det främjar etablering av nya företag.

Som nämnts anges i Riktlinjerna vilka kriterier som ska vara avgörande för att fastställa vilka områden som ska anses vara mindre gynnade. Först och främst följer det av Riktlinjerna att den regionalstödsberättigade befolkningsandelen inte får överstiga 42 procent, beräknad på an-

[255] Kommissionens Riktlinjer för statligt regionalstöd 2007–2013, EUT 2006/C 54/08.

talet medlemsstater innan Rumänien och Bulgarien anslöt sig till EU. Med anledning av att Rumäniens och Bulgariens territorium som helhet anses vara berättigade till regionalstöd är gränsen för den regionalstödsberättigade befolkningsandelen numera 46,6 procent.

Dessutom återfinns det i Riktlinjerna också andra kriterier för att avgöra vilka regioner som kan anses vara av en sådan karaktär som avses i artikel 107.3 a och c; exempelvis i form av befolkningstäthet och i form av hur bruttonationalprodukten per invånare i regionerna förhåller sig till bruttonationalprodukten per invånare i medlemsstaten som helhet.

Vilka områden inom respektive medlemsstat som ska vara stödberättigat ankommer det som nämnts emellertid på medlemsstaterna själva att fastställa; men utifrån de kriterier som anges i Riktlinjerna. Vad gäller svenska förhållanden kan nämnas att en relativt stor del av Sveriges geografiska yta anses utgöras av stödberättigade områden i och med att befolkningstätheten är tämligen låg. Exempelvis är de största delarna av Dalarnas län, Västernorrlands län, Jämtlands län, Västerbottens län och Norrbottens län sådana regioner som avses i artikel 107.3 c.[256]

Av regionalstödskartan följer inte bara vilka områden som utgör stödberättigade regioner ifråga om regionalt investeringsstöd och stöd till nystartade företag, utan det följer också vilken stödintensitet som kan accepteras i respektive region. Vilken den maximala stödintensiteten är avgörs utifrån hur allvarliga problemen är i en region och med beaktande av vilken typ av problem det rör sig om. Av den anledningen accepteras vanligtvis högre stödintensiteter i regioner som omfattas av artikel 107.3 a jämfört med regioner som omfattas av artikel 107.3 c.

Av den allmänna gruppundantagsförordningen följer att regionalstöd kan undantas från den anmälningsplikt som normalt gäller enligt artikel 108.3 under förutsättning att de i förordningen angivna villkoren är uppfyllda; vilket också inkluderar de generella krav som ställs oavsett vilken typ av stöd som en medlemsstat har för avsikt att lämna (se ovan avsnitt 3.4).

Även om den allmänna gruppundantagsförordningen har ett brett tillämpningsområde omfattar den inte regionalstöd inom jordbruks-, fiskeri-, stål-, kol-, varvs- och syntetfibersektorn.[257] Undantagen i den allmänna gruppundantagsförordningen omfattar inte heller regionala stödordningar som är riktade till särskilda sektorer inom tillverkningsindustrin och tjänste-

[256] Kommissionens beslut 20.12.2006 (K(2006)6719 slutlig), Regionalstodskarta 2007–2013 (ärende N 431/2006), EUT 2007/C 34/4.
[257] Se artikel 1.3 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

branschen. Stödordningar till förmån för turistverksamhet betraktas dock inte som riktade till särskilda sektorer.

I enlighet med den allmänna gruppundantagsförordningen omfattas sådana regionalstöd som uppfyller förordningens villkor inte av den allmänna anmälningsskyldigheten under förutsättning att inte heller de tröskelvärden som anges i förordningen överskrids.

3.5.1 Regionalt investerings- och sysselsättningsstöd

Av artikel 13 i den allmänna gruppundantagsförordningen följer att stödordningar för regionalt investerings- och sysselsättningsstöd kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1, utan föregående anmälan till kommissionen. Även om regleringar främst tar sikte på stödordningar kan även individuella stöd undantas.

För att en medlemsstat ska kunna lämna regionalt investerings- och sysselsättningsstöd utan att först anmäla åtgärden till kommissionen krävs inledningsvis att åtgärden vidtas i ett område som är definierat som ett stödområde enligt gällande regionalstödskarta.

Stödet får inte heller överstiga de värden som gäller för det aktuella området (artikel 13.2). Huvudregeln är också att de stödtak som används som utgångspunkter i respektive regionalstödskarta får höjas med 20 procentenheter för stöd till små företag och med 10 procentenheter för stöd till medelstora företag. Vad som utgör små och medelstora företag definieras i artikel 2 i bilaga 1 till den allmänna gruppundantagsförordningen och med små och medelstora företag avses företag som sysselsätter färre än 250 personer och vars årsomsättning inte överstiger 50 miljoner euro eller vars balansomslutning inte överstiger 43 miljoner euro per år. Små företag definieras som företag som sysselsätter färre än 50 personer och vars omsättning eller balansomslutning inte överstiger 10 miljoner euro per år.

Av förordningen följer också att stöd för särskilda ändamål som endast används för att komplettera stöd som beviljats på grundval av en regional stödordning för investerings- eller sysselsättningsstöd, och som inte överstiger 50 procent av det sammanlagda stöd som ska beviljas för investeringen, ska anses vara förenligt med den inre marknaden och undantaget från anmälningsskyldigheten om stödet för särskilda ändamål uppfyller alla villkor i förordningen.

Stödnivån i gällande bruttobidragsekvivalent får inte överstiga det tröskelvärde för regionalstöd som gäller vid den tidpunkt då stödet beviljas i det berörda stödområdet. Förutom stöd till stora investeringsprojekt och regionalstöd till transportsektorn får tröskelvärdena höjas med 20 procent-

enheter för stöd till små företag och med 10 procentenheter för stöd till medelstora företag.

Tröskelvärdena ska tillämpas på stödnivån beräknad antingen i procent av de stödberättigande materiella och immateriella kostnaderna för investeringen eller i procent av de beräknade lönekostnaderna för anställd personal, beräknade över en tvåårsperiod för arbetstillfällen som har skapats direkt genom investeringsprojektet, eller som en kombination av de båda om stödet inte överskrider det mest gynnsamma belopp som blir resultatet av de båda beräkningarna.

Vad gäller regionalt investeringsstöd till stora investeringsprojekt kan nämnas att sådana ska anmälas till kommissionen om det sammanlagda stödbeloppet överstiger 75 procent det högsta tillåtna stödbelopp som en investering med stödberättigande kostnader på 100 miljoner euro skulle kunna få med tillämpning av det standardtröskelvärde som gäller för stöd till stora företag enligt den godkända regionalstödskartan den dag då stödet ska beviljas.[258] Dessutom ska observeras att stöd till stora regionala investeringsprojekt inte får delas upp i delprojekt på ett artificiellt sätt i syfte att kringgå tröskelvärdena. Ett stort investeringsprojekt ska betraktas som ett enda projekt när investeringen görs under en treårsperiod av ett eller flera företag och består av anläggningstillgångar kombinerade så att de är ekonomiskt odelbara.

Vid bedömningen av om en investering är ekonomiskt odelbar bör den aktuella medlemsstaten beakta de tekniska, funktionella och strategiska banden och den omedelbara geografiska närheten. Frågan om huruvida investeringen är ekonomiskt odelbar ska också bedömas oberoende av ägarförhållanden, vilket innebär att bedömningen av om ett stort investeringsprojekt utgör ett enda investeringsprojekt bör vara densamma oavsett om projektet genomförs av ett företag, av fler än ett företag som delar på investeringskostnaderna eller av flera företag som svarar för kostnaderna för olika investeringar inom samma investeringsprojekt.[259]

Av förordningen följer också att huvudregeln är att regionalt investeringsstöd endast får lämnas under förutsättning att den aktuella investeringen ska bibehållas i mottagarregionen under minst fem år, eller tre år för små och medelstora företag, efter det att hela investeringen har genomförts.

[258] Se artikel 6.2 i den allmänna gruppundantagsförordningen.
[259] Se artikel 13.10 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

I händelse av att ett stöd beräknas utifrån materiella eller immateriella investeringskostnader, eller på förvärvskostnaden vid övertaganden, ska stödmottagaren själv stå för ett finansiellt bidrag på minst 25 procent av de stödberättigande kostnaderna, med hjälp av egna medel eller genom extern finansiering, i en form där inget offentligt stöd ingår.

När det gäller förvärv av en anläggning är utgångspunkten att endast kostnaderna för att köpa tillgångar från tredje part ska beaktas, under förutsättning att transaktionen genomförts på marknadsvillkor. Om förvärvet åtföljs av andra investeringar är huvudregeln att också dessa kostnader ska läggas till anskaffningskostnaderna. Kostnader för förvärv av förhyrda tillgångar, förutom mark och byggnader, ska endast beaktas om hyresavtalet är i form av finansiell leasing och innefattar en skyldighet att förvärva tillgången efter det att hyresavtalet har löpt ut. Vid hyra av mark och byggnader gäller att hyran måste fortsätta minst fem år efter beräknat datum för investeringsprojektets fullbordande. Ifråga om stöd till små och medelstora företag är motsvarande tidsfrist tre år.

För att stöd ska få lämnas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen krävs också, förutom för stöd till små och medelstora företag och vid övertaganden, att de förvärvade tillgångarna är nya. Om det rör sig om ett övertagande, ska de tillgångar för vilkas förvärv stöd beviljades redan före förvärvet dras av. För små och medelstora företag får de fulla kostnaderna för investeringar i immateriella tillgångar också beaktas. För stora företag är sådana kostnader stödberättigande endast upp till en gräns på 50 procent av de sammanlagda stödberättigande investeringskostnaderna för projektet. När stödet beräknas på grundval av lönekostnader ska sysselsättningen ha skapats direkt genom investeringsprojektet.

3.5.2 Stöd till nystartade små företag

För att främja tillkomsten och utvecklingen av företag i stödområden, inom vilka företagarandan inte sällan är svag, varför antalet nya företag som startas också understiger genomsnittssiffrorna, och därigenom hantera de problem som följer av en svag ekonomisk utveckling, kan medlemsstaterna med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen också lämnas stöd till nystartade små företag. Av artikel 14 följer nämligen att stödordningar till förmån för nystartade små företag ska undantas från den det generella förbudet i artikel 107.1 i EUF-fördraget och anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 under förutsättning att de i artikeln uppställda villkoren är uppfyllda.

Det första villkoret är att stöd endast får utgå till små företag. Stödbelop-

pet får inte heller överstiga 2 miljoner euro om det ges till små företag som har sin ekonomiska verksamhet i regioner som är berättigade till undantag enligt artikel 107.3 a, medan motsvarande belopp för små företag som har sin ekonomiska verksamhet i regioner som är berättigade till undantag enligt artikel 107.3 c är en miljon euro.

Ytterligare ett krav är att de årliga stödbeloppen per företag inte får överstiga 33 procent av de stödbelopp som nämndes ovan. Dessutom följer det av artikeln att stödnivån inte får överskrida 35 procent av de stödberättigande kostnaderna under de tre första åren efter det att företaget bildats och 25 procent av kostnaderna under de två nästföljande åren i regioner som omfattas av artikel 107.3 a. Ifråga om företag i regioner som omfattas av artikel 107.3 c gäller att stödet inte får överstiga 25 procent av de stödberättigande kostnaderna under de tre första åren efter det att företaget bildats och 15 procent under de två åren därefter. I vissa särskilda regioner kan dessa stödnivåer få höjas något.[260]

De stödberättigande kostnaderna är kostnader för juridiska tjänster, konsulttjänster samt administration som har ett direkt samband med bildandet av det lilla företaget. Dessutom kan de nedan angivna kostnaderna utgöra stödberättigade kostnader under förutsättning att de faktiskt uppkommer inom de fem första åren efter företagets bildande:

- Ränta på främmande kapital och utdelning på använt eget kapital som inte överstiger referensräntan
- Avgifter för hyra av produktionsanläggningar och produktionsutrustning
- Energi, vatten, värme, skatter (andra skatter än mervärdesskatt och bolagsskatt på företagsinkomster) och administrativa avgifter
- Avskrivningar, avgifter för leasing av produktionsanläggningar och produktionsutrustning samt lönekostnader, förutsatt att ingen annan form av stöd beviljats för de underliggande investeringarna eller sysselsättningsskapande åtgärderna och rekryteringsåtgärderna

3.5.3 Regionalstöd och undantag efter anmälan

Den allmänna gruppundantagsförordningen innehåller visserligen en uttömmande reglering ifråga om när en medlemsstat kan verkställa en regional stödåtgärd som omfattas av definitionen i artikel 107.1 utan föregående anmälan, men förordningen innebär inte att alla stöd som inte uppfyller

[260] Se artikel 14.4 i den allmänna gruppundantagsforordningen.

kriterierna för undantag från artikel 108.3 per automatik är förbjudna. Det faktum att ett regionalstöd inte omfattas av förordningen utesluter således inte att kommissionen, efter att en planerad stödåtgärd anmälts till den, meddelar undantag från förbudet in artikel 107.1. I kommissionens Riktlinjer anges också under vilka omständigheter kommissionen har för avsikt att tillåta regionalstöd som inte omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningen.

Riktlinjerna är som utgångspunkt tillämpliga inom alla sektorer av ekonomin. Med anledning av att kol- och fiskerisektorn är särskilt reglerade har kommissionen dock valt att utesluta dessa områden från Riktlinjernas tillämpning. Riktlinjerna omfattar i stor utsträckning inte heller regionalstöd som ges inom jordburkssektorn. Dessutom anger kommissionen i Riktlinjerna att det finns vissa andra områden som inte kan komma ifråga för undantag från förbudet i artikel 107.1; varför Riktlinjerna inte är tillämpliga på dessa särskilt angivna områden.[261]

Riktlinjerna tar sikte på tre olika typer av regionalstöd.

- Regionala investeringsstöd
- Driftsstöd
- Stöd till nystartade företag

Vid bedömningen om ett regionalstöd är förenligt med EU-rätten är kommissionens utgångspunkt att sådana stöd lämpligen ges enligt en sektorsövergripande stödordning som utgör en integrerad del av en regional utvecklingsstrategi med väl definierade mål. Om en medlemsstat i undantagsfall planerar att ge individuellt stöd för särskilda ändamål till ett visst företag eller stöd till ett visst verksamhetsområde, ska medlemsstaten kunna visa att projektet bidrar till en sammanhållen regional utvecklingsstrategi och att det inte är av en sådan art eller omfattning att det kommer att leda till en oacceptabel snedvridning av konkurrensen.

Ifråga om regionala investeringsstöd kan nämnas att sådana endast får lämnas om de har en faktisk stimulanseffekt som uppmuntrar till investeringar som annars inte hade gjorts i stödområdena. Av den anledningen får stöd endast ges om stödmottagaren har lämnat in en ansökan om stöd innan arbetet med projektet inleds. När det gäller stöd för särskilda ändamål måste den behöriga myndigheten ha utfärdat en avsiktsförklaring, förenad med villkoret att kommissionen godkänner åtgärden, om att bevilja stöd innan arbetet med projektet inleds. Om arbetet påbörjas innan så har

[261] Se Riktlinjerna, p. 8.

skett anses projektet inte vara stödberättigat, varför kommissionen då inte heller kommer att meddela undantag från förbudet i artikel 107.1.

De villkor för undantag från det generella förbudet i artikel 107.1 för regionalt investerings- och sysselsättningsstöd som följer av Riktlinjerna motsvarar i allt väsentligt de krav som uppställs för sådana stöd ska kunna undantas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen.[262]

Vad gäller driftsstöd – vilket som nämnts är en stödform som kommissionen i allt väsentligt har en negativ inställning till – kan nämnas att sådana stöd endast kan undantas från det generella förbudet med hänvisning till artikel 107.3 a. Följaktligen kommer kommissionen enligt Riktlinjerna inte att godkänna regionala driftsstöd i sådana regioner som endast omfattas av artikel 107.3 c.

För att regionala driftsstöd ska få lämnas krävs att det görs under förutsättning att det är motiverat på grundval av stödets art och dess bidrag till den regionala utvecklingen och under förutsättning att det är proportionerligt i förhållande till stödets nackdelar. Enligt Riktlinjerna kommer kommissionen inte att acceptera regionala driftsstöd inom vissa specifika sektorer.[263] Då driftstöd som huvudregel är avsedda att övervinna förseningar och flaskhalsar i regional utveckling är utgångspunkten att de ska vara tillfälliga och minskas med tiden.

Vad gäller stöd till nystartade små företag är också de principer som anges i Riktlinjerna i det närmaste identiska med de kriterier för sådana stöd som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen.[264]

Gemensamt för de olika typerna av stöd är att de endast kommer att godkännas av kommissionen om de lämnas inom regioner som anges i respektive medlemsstats stödkarta, samtidigt som också de stödintensiteter som följer av regionalstödskartorna iakttas.

De största skillnaderna mellan Riktlinjerna och den allmänna gruppundantagsförordningen återfinns i det faktum att det i Riktlinjerna inte uppställs samma strikta krav på transparens för att undantag ska kunna medges. Därför kan kommissionen utifrån Riktlinjerna mycket väl undanta regionalstöd som utgår i form av lån till förmånlig ränta eller genom statliga garantier. Ifråga om kriterierna för undantag hänvisas till själva Riktlinjerna.

[262] För en mer detaljerad beskrivning av under vilka villkor kommissionen har för avsikt att meddela undantag från förbudet i artikel 107.1 se Riktlinjerna och Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 432–439.
[263] Se Riktlinjerna, p. 8.
[264] Se Riktlinjerna, p. 84–91.

3.6 Miljöstöd

Ett av EU:s grundläggande mål är enligt artikel 11 EUF-fördraget att uppnå en hållbar utveckling och ett starkt miljöskydd. Miljöskyddskraven ska därför integreras både i utformningen och i genomförandet av unionens politik och verksamhet. Av artikel 191 EUF-fördraget följer med något större precision vad som egentligen inryms i EU:s miljömålsättning. EU:s miljöpolitik ska enligt artikel 191 bland annat bidra till att bevara, skydda och förbättra miljön och att främja åtgärder som tar sikte på att bekämpa klimatförändringen. Miljöpolitiken ska också bygga på försiktighetsprincipen och på principerna att förebyggande åtgärder bör vidtas, att miljöförstöring företrädesvis bör hejdas vid källan och att förorenaren ska betala.

EU:s strategi på området följer också av det sjätte miljöhandlingsprogrammet i vilket det bland annat anges att miljöpolitiken ska syfta till att förhindra klimatförändringar, reducera påverkan på hälsa, hindra att biologisk mångfald går förlorad samt främja en effektiv användning av naturresurser och hantering av avfall.[265]

Dessutom följer det av artikel 191 att de harmoniseringsåtgärder som motsvarar miljöskyddskraven i förekommande fall ska innehålla en skyddsklausul som tillåter medlemsstaterna att av icke-ekonomiska miljömässiga skäl vidta provisoriska åtgärder, som ska vara föremål för ett kontrollförfarande på unionsnivå. Genom att främja en hållbar utveckling ifråga om miljön och genom att bekämpa klimatförändringen ska man inom EU få en ökad försörjningssäkerhet som i förlängningen ska leda till en ökad europeisk konkurrenskraft.

Samtidigt kännetecknas ofta miljöområdet av betydande marknadsmisslyckanden i form av negativa externa effekter. I många situationer saknar företagen ekonomiska motiv att minska sina effekter på miljön, exempelvis genom att begränsa sina utsläpp. Om inte marknaden själv kan förmås internalisera de så kallade externaliteterna – såsom de miljömässiga kostnader som utsläpp medför – måste samhället istället bära de miljömässiga kostnader som uppkommer. En ökad internalisering av de negativa miljömässiga effekterna kan åstadkommas exempelvis genom miljölagstiftning eller genom att införa skatter och avgifter som leder till att företagen får ekonomiska incitament att i större utsträckning ta miljöhänsyn i sin verksamhet. Men då det saknas fullständig harmonisering vad gäller miljö-

[265] Se Europaparlamentets och rådets beslut 1600/2002/EG av den 22 juli 2002 om fastställande av gemenskapens sjätte miljöhandlingsprogram, EGT 2002/L 242/1.

normer på EU-nivå kan de olika medlemsstaternas regleringar ge upphov till att företag från olika länder verkar under olika konkurrensvillkor.

3.6.1 Miljöstöd och den allmänna gruppundantagsförordningen

Med tanke på att hållbar utveckling och miljöskydd är viktiga uppgifter för EU har det också ansetts vara rimligt att sådana faktorer beaktas i samband med en tillämpning av statsstödsreglerna, särskilt undantagen i artikel 107.3. Av den anledning innehåller också den allmänna gruppundantagsförordningen bestämmelser som ger medlemsstaterna möjlighet att lämna olika typer av miljöstöd utan att dessa först måste anmälas till kommissionen – om den aktuella åtgärden överhuvudtaget omfattas av EU:s statsstödsbestämmelser, det vill säga om samtliga rekvisit i artikel 107.1 är uppfyllda. De möjligheter till undantag för olika typer av miljöstöd som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen bygger på kommissionens erfarenheter av tidigare riktlinjer, varför dessa riktlinjer också ska tjäna som underlag vid tolkningen av den allmänna gruppundantagsförordningens bestämmelser.[266]

De typer av stöd som kan undantas från anmälningsskyldigheten med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen är:

- investeringsstöd som gör det möjligt för företagen att gå längre än gemenskapsnormerna eller att öka nivån på miljöskyddet i avsaknad av gemenskapsnormer
- stöd till förvärv av transportfordon som går längre än gemenskapsnormerna eller höjer nivån på miljöskyddet i avsaknad av gemenskapsnormer
- stöd till små och medelstora företag för tidig anpassning till kommande gemenskapsnormer
- miljöstöd till investeringar i energisparande åtgärder
- miljöstöd till investeringar i högeffektiv kraftvärme
- miljöstöd till investeringar för att främja förnybara energikällor inklusive investeringsstöd för hållbara biobränslen
- stöd för miljöstudier
- visst stöd i form av nedsättningar av miljöskatter

Det ska dock poängteras att olika typer av miljöstöd inte per automatik är tillåtna fast än det rör sig om ett för EU viktigt politikområde. Även

[266] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 173.

om vissa stöd visserligen kan anses bidra till en hållbar utveckling kan andra stöd som exempelvis står i strid med principen om att miljömässiga effekter ska internaliseras eller som i en allt för stor utsträckning kan anses snedvrida konkurrensen, inte komma att undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen.

Stöd för investeringskostnader som lämnas för att uppnå ett visst miljöskyddsmål kan endast undantas från anmälningsskyldigheten i den del kostnaderna utgör extra kostnader som företaget inte hade haft om det gjort en motsvarande investering men utan målsättningen att uppnå det satta miljöskyddsmålet. Det finns också olika beräkningsmodeller att använda beroende på vilken typ av stöd det rör sig om då storleken på de extra kostnaderna ska fastställas.

Den allmänna gruppundantagsförordningen är som utgångspunkt tillämplig på miljöstöd inom nästan alla sektorer; enligt artikel 1.3 i förordningen ska den dock inte tillämpas på stöd inom fiskerinäringen. Det finns också särskilda typer av stöd som medlemsstaterna inte får lämna till företag med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen. Det rör sig exempelvis om stöd för att främja export och stöd till företag i svårigheter.[267]

För att en åtgärd ska kunna undantas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen krävs som nämnts ovan att värdet av det aktuella stödet inte överskrider de tröskelvärden som följer av förordningen. Dessa tröskelvärden varierar också beroende på vilken typ av stöd det rör sig om. Ifråga om investeringsstöd för miljöskydd är tröskelvärdet 7,5 miljoner euro per företag och per investeringsprojekt.

Det ska också nämnas att de allmänna krav som gäller för att stöd ska få lämnas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen, såsom kravet på att ett stöd är transparent, också måste vara uppfyllda för att en medlemsstat ska kunna undanta ett miljöstöd från det generella förbudet i artikel 107.1 och den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3.[268]

Stöd för att gå längre än EU-normer

Medlemsstaterna kan med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen lämna visst stöd till företag för att dessa ska kunna göra investeringar som medför att miljöskyddet kan höjas till en nivå som går

[267] Se artikel 1.2 och artikel 1.6 i den allmänna gruppundantagsförordningen.
[268] Se ovan avsnitt 3.4.

längre än rådande gemenskapsnormer. Motsvarande gäller också om det helt saknas normer på EU-nivå. Det faktum att ett företag har för avsikt att genomföra en investering som visserligen innebär att miljöskyddet ska höjas till en nivå som går längre än gemenskapsnormerna, men som innebär att företaget endast ska leva upp till nationella krav, utesluter inte att stöd kan lämnas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen. En medlemsstat får dock inte gynna ett företag om investeringen innebär att företaget ska leva upp till en EU-standard som redan är beslutad, men som ännu inte trätt ikraft.

Stöd får bara utgå för de extra kostnader som är förenade med just det förstärkta miljöskyddet. Hur de stödberättigade kostnaderna ska beräknas framgår av artikel 18.5–18.7 i den allmänna gruppundantagsförordningen. Den maximala stödintensiteten ifråga om stöd till stora företag är 35 procent av de stödberättigade kostnaderna, 45 procent av de stödberättigade kostnaderna rörande medelstora företag och 55 procent av de stödberättigade kostnaderna rörande små företag.

Stöd till investeringar i transportfordon

Medlemsstaterna kan också under vissa villkor lämna investeringsstöd till förvärv av nya transportfordon som ger företag verksamma inom transportsektorn möjlighet att gå längre än gemenskapsnormerna eller höja nivån på miljöskyddet i avsaknad av gemenskapsnormer utan att detta först måste anmälas till kommissionen.

Stöd till förvärv av nya transportfordon för väg-, järnvägs- och sjötransporter samt transporter på inre vattenvägar som uppfyller antagna gemenskapsnormer är enligt den allmänna gruppundantagsförordningen undantagna från anmälningsskyldigheten om förvärven sker innan dessa gemenskapsnormer träder i kraft och om dessa, när de väl blivit obligatoriska, inte gäller retroaktivt för redan köpta fordon. Stöd till eftermontering på befintliga transportfordon i miljöskyddssyfte ska vara undantaget om det befintliga transportmedlet uppgraderas så att det uppfyller miljönormer som ännu inte trätt i kraft när det togs i bruk eller om det inte omfattas av några miljönormer.

Ett krav för att stödet ska få undantas är också att stödnivån inte överstiger 35 procent av de stödberättigande kostnaderna. Stödnivån får dock höjas med 20 procentenheter för stöd till små företag och med 10 procentenheter för stöd till medelstora företag. De stödberättigade kostnaderna är de extra kostnader som krävs för att uppnå den miljöskyddsnorm som överstiger EU-normen.

Stöd för tidig anpassning till framtida EU-normer

Utgångspunkten är att en medlemsstat inte får lämna stöd till företag för att dessa ska kunna leva upp till de miljökrav som följer exempelvis av lagstiftning. Av den allmänna gruppundantagsförordningen följer däremot att medlemsstaterna får lämna stöd till små och medelstora företag för att dessa ska kunna leva upp till de miljökrav som EU fattat beslut om, men som ännu inte trätt ikraft.

Om den aktuella investeringen görs mer än tre år före det att gemenskapsnormen träder ikraft är den maximala stödintensiteten rörande små företag 15 procent av investeringskostnaden. Den maximalt tillåtna stödintensiteten för medelstora företag är i motsvarande situation 10 procent av investeringskostnaden. Om investeringen görs ett till tre år före det att gemenskapsnormen träder ikraft får endast små företag stödjas; och då är den maximala stödintensiteten 10 procent av investeringskostnaden. De stödberättigade kostnaderna är de extra investeringskostnader som behövs för att uppnå den aktuella miljöskyddsnormen.

Stöd till investeringar i energisparande åtgärder

Medlemsstaterna kan också med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen stödja företag för att de ska kunna genomföra investeringar som leder till att mängden förbrukad energi i produktionen minskar. Den maximala stödintensiteten för små företag är 40 procent av den stödberättigade kostnaden. Ifråga om stöd till medelstora företag är motsvarande siffra 30 procent, medan 20 procent gäller för stöd till stora företag. Om en energisparande åtgärd vidtas som dessutom innebär att företaget går längre än vad som krävs enligt gällande gemenskapsnormer kan en högre stödintensitet accepteras. I sådana fall får den maximala stödintensiteten gällande stöd till små företag uppgå till 80 procent, för stöd till medelstora företag gäller 70 procent och för stöd till stora företag är siffran 60 procent. Hur de stödberättigade kostnaderna ska beräknas följer av artikel 18.6–18.7 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

Stöd till investeringar i högeffektiv kraftvärme

Också miljöstöd som lämnas för att företag ska investera i högeffektiv kraftvärme kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till artikel 22 i den allmänna gruppundantagsförordningen. Utgångspunkten är att sådana stöd inte får överstiga 45 procent av de stödberättigade kostnaderna. Om stödet lämnas till ett litet företag kan dock en stödintensitet på 65 procent accepteras, medan stödet får uppgå till

55 procent av de stödberättigade kostnaderna om det istället lämnas till ett medelstort företag. De stödberättigade kostnaderna är de extra kostnader som är förbundna med att bygga ett högeffektivt kraftvärmeverk.

Stöd för att främja energi från förnybara energikällor

Medlemsstaterna kan också med hänvisning till artikel 23 i den allmänna gruppundantagsförordningen välja att lämna stöd till företag med syftet att främja energi från förnybara energikällor. De stödberättigade kostnaderna är i sådana fall de merkostnader som företagen har jämfört med att istället utnyttja energi från ett konventionellt kraftverk eller från ett konventionellt värmesystem med motsvarande kapacitet.

Av artikel 23 följer att utgångspunkten är att sådana stöd inte får överstiga 45 procent av de stödberättigade kostnaderna. Om stödet lämnas till ett litet företag kan dock en stödintensitet på 65 procent accepteras, medan stödet får uppgå till 55 procent av de stödberättigade kostnaderna om det istället lämnas till ett medelstort företag.

Stöd till miljöstudier

Också stöd för studier som är direkt kopplade till sådana investeringar som medför att miljöskyddet kan höjas till en nivå som går längre än rådande gemenskapsnormer eller höjer nivån på miljöskyddet i avsaknad av gemenskapsnormer, investeringar i energisparande åtgärder enligt villkoren i artikel 21 och investeringar för att främja energi från förnybara energikällor enligt villkoren i artikel 23 kan i vissa fall undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen.

De stödberättigade kostnaderna är de kostnader som är hänförliga till den aktuella studien som sådan. Den maximalt tillåtna stödintensiteten är för stora företag 50 procent, medelstora företag 60 procent och för små företag 70 procent.

Skattelättnader och nedsättning av miljöavgifter

Miljöstöd i form av nedsättning av skatter som uppfyller de villkor som följer av direktiv 2003/96/EG (av direktivet följer hur energiprodukter och elektricitet ska beskattas i medlemsstaterna) kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till artikel 25 i den allmänna gruppundantagsförordningen. En förutsättning är att den som beviljas skattenedsättning betalar åtminstone den minimiskatt som följer av direktivet. Nedsättning får beviljas för en period av högst 10 år.

3.6.2 Miljöstöd och undantag efter anmälan

I de fall ett miljöstöd faller utanför den allmänna gruppundantagsförordningens tillämpningsområde behöver stödet inte nödvändigtvis vara förbjudet i och med att kommissionen också kan bevilja undantag i enskilda fall efter att medlemsstaten anmält åtgärden till kommissionen. För att klargöra under vilka villkor kommissionen kommer att bevilja undantag har den antagit Riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd (Riktlinjerna).[269] Riktlinjerna som publicerades den 1 april 2008 föregicks av omfattande konsultation främst angående hur man skulle strukturera "the Economic approach" i så motto att stöd som beviljas ska inbegripa incitament som står i överensstämmelse med de målsättningar som kännetecknar EU:s miljö- och energipolitik. Riktlinjerna är som utgångspunkt tillämpliga inom alla sektorer som omfattas av fördraget med endast ett fåtal undantag – Riktlinjerna är inte tillämpliga ifråga om finansiering av miljöskyddsåtgärder som avser infrastruktur för flyg, väg, järnväg, inlands vattenvägar och sjötransporter. Riktlinjerna är inte heller till fullo tillämpliga inom jordbruks- och fiskerisektorn, utan endast i sådana situationer andra bestämmelser inte reglerar de aktuella åtgärderna.[270]

Utgångspunkten enligt Riktlinjerna är att ett miljöstöd ska resultera i en högre grad av miljöskydd än vad som hade varit fallet utan det aktuella stödet och att stödets positiva effekter ska uppväga eventuella negativa effekter på konkurrensen samtidigt som principen om att förorenarna ska betala inte sätts åt sidan. Denna utgångspunkt tar sig uttryck i ett så kallat balanstest. Således kommer kommissionen endast att bevilja undantag från förbudet i artikel 107.1 då ett miljöstöds positiva effekter ifråga om att uppnå någon av EU:s målsättningar, såsom minskade utsläpp, väger tyngre än stödets negativa effekter på handeln eller konkurrensen.

Vid avgörandet om ett stöd kan komma att undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med utgångspunkt från Riktlinjerna måste därför fastställas om målet med den aktuella åtgärden är av ett för EU gemensamt intresse, vilket skyddet av miljön är. I nästa steg måste undersökas om ett statligt stöd är det rätta instrumentet att använda på det aktuella området. Dessutom måste man ta ställning till om stödet är utformat på ett sådant sätt att man kan förväntas uppnå den aktuella målsättningen, det vill säga

[269] Gemenskapens Riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd, EUT 2008/C 82/01, Riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd.
[270] Se Riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd, p. 61.

om stödet har den stimulanseffekt som man normalt eftersträvar, samt till om åtgärden är proportionerlig i förhållande till det eftersträvade målet. Avslutningsvis måste avgöras om stödet snedvrider konkurrensen och påverkar handeln i en sådan begränsad omfattning att stödets övergripande resultat kan anses vara positivt.

Ifråga om vissa i Riktlinjerna preciserade typer av miljöstöd är utgångspunkten att sådana stöd uppfyller de krav som följer av balanstestet under förutsättning att de villkor som anges för respektive stöd i Riktlinjerna är tillgodosedda. Om ett stöd däremot inte tillgodoser de villkor som anges i Riktlinjerna måste kommissionen genomföra en mer detaljerad analys i det enskilda fallet för att kunna avgöra om stödet ska kunna godkännas. Vid en sådan analys beaktar kommissionen stödets positiva effekter, huruvida det föreligger ett marknadsmisslyckande, om stödet är lämpligt, huruvida stödet har de eftersträvade stimulanseffekterna samt om stödet är både nödvändigt och proportionerligt. Dessutom riktas uppmärksamhet mot om stödet riskerar medföra att utländska företag hindras att ta sig in på nya marknader, huruvida ineffektiva företag tillåts existera och på vilket sätt stödmottagarens marknadsposition kan påverkas av det aktuella stödet.

De typer av stöd som regleras explicit i Riktlinjerna är:

- stöd som gör det möjligt för företagen att gå längre än gemenskapsnormerna eller att öka nivån på miljöskyddet i avsaknad av gemenskapsnormer
- stöd till förvärv av transportfordon (väg, järnväg, inlandsvattenväg och sjötransporter)
- stöd för tidig anpassning till kommande gemenskapsnormer
- stöd för miljöstudier
- stöd till energisparande åtgärder
- stöd till förnybara energikällor
- stöd till kraftvärme och till fjärrvärme
- stöd för hantering av avfall
- stöd för återställande av förorenade platser
- stöd för omlokalisering av företag (av miljöskyddshänsyn)
- stöd som ingår i system för handel av utsläppsrätter
- stöd i form av nedsättning av, eller befrielse från, miljöskatter

Även om Riktlinjerna visserligen primärt tar sikte på den undantagsmöjlighet som följer av artikel 107.3 c följer det av Riktlinjerna att miljöstöd också kan undantas med hänvisning till artikel 107.3 b – under förut-

sättning att vissa särskilda villkor är uppfyllda kan därför också miljöstöd undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till att det rör sig om ett för EU viktigt projekt.[271]

3.7 Stöd till forskning, utveckling och innovation

Forskning, utveckling och innovation anses vara viktiga beståndsdelar i strävandet efter ekonomisk tillväxt, stärkt konkurrenskraft och ökad sysselsättning inom EU. Som en följd av att både små, medelstora och stora företag i många situationer har begränsade möjligheter att ägna sig åt forskning och utveckling kan man tala om att det föreligger ett marknadsmisslyckande i den mening att det hindrar marknaden från att uppnå optimal produktion, vilket i sin tur leder till ineffektivitet. I förhållande till vad som är fallet för många av de viktigaste ekonomierna som EU konkurrerar med investeras endast en relativt liten del av bruttonationalprodukten i just forskning och utveckling. För att hantera dessa problem satte EU under 2002 upp målet att tre procent av bruttonationalprodukten skulle gå till just sådana investeringar senast 2010. För att nå den aktuella målsättningen satsade också EU medel på området. Under 2007 antogs det sjunde ramprogrammet som löper till 2013. Inom ramen för det programmet, som har en budget på ca 50 miljarder euro, görs satsningar på forskning och utveckling.[272]

Med beaktande av det för samhället positiva effekterna av forskning, utveckling och innovation och med hänsyn till det marknadsmisslyckande som kan spåras till området har EU en relativt accepterande hållning till stöd för just sådana ändamål.

Det ska också nämnas att många statliga åtgärder som vidtas för att främja forskning, utveckling och innovation överhuvudtaget inte omfattas av EU:s statsstödsregler. Då en åtgärd likväl uppfyller alla kriterier i artikel 107.1 EUF-fördraget kan den som indikerats ovan ändå komma att undantas från det generella förbudet mot statliga stöd med hänvisning till främst artikel 107.3. Den sekundärrätt som finns på området, främst i form av den allmänna gruppundantagsförordningen, ska också ses som

[271] Ifråga om hur kommissionen tillämpar Riktlinjerna hänvisas till Riktlinjerna som sådana, Wegener Jessen, Statsstøtte i EU, 2003, Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 182–195 och Heidenhain, European State Aid Law, 2010, s. 270–292

[272] För mer information om EU:s insatser på området se exempelvis http://cordis.europa.eu.

ett instrument för att balansera riskerna med statliga stöd till forskning, utveckling och innovation – i första hand i form av att incitamenten för konkurrenter att investera i sådan verksamhet minskar – mot dess fördelar.

Följaktligen görs analysen av om ett stöd för forskning, utveckling och innovation kan tillåtas utifrån samma systematik som gäller andra stöd. Inledningsvis måste som nämnts avgöras om statsstödsreglerna överhuvudtaget är tillämpliga. Om så är fallet måste man i nästa steg undersöka huruvida den aktuella åtgärden kan undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 och den anmälningsplikt som följer av artikel 108.3 med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen. Om åtgärden inte omfattas av förordningen måste den däremot anmälas till kommissionen – som emellertid kan komma till slutsatsen att åtgärden omfattas av någon av de undantagsmöjligheter som följer av främst artikel 107.3.

3.7.1 Artikel 107.1 och stöd till forskning, utveckling och innovation

För att statsstödsreglerna överhuvudtaget ska bli tillämpliga ifråga om statliga åtgärder som vidtas för att bidra till forskning, utveckling och innovation ska återigen nämnas att samtliga rekvisit i artikel 107.1 måste vara uppfyllda. Först och främst måste den statliga åtgärd som analyseras utgöra ett gynnande av ett företag. I händelse av att en medlemsstat väljer att gynna ett organ som ägnar sig åt icke-ekonomisk verksamhet, såsom ett universitet eller forskningsinstitut, aktualiseras därför inte statsstödsreglerna. Avgörande för statsstödsreglernas tillämpning är således om stödmottagaren utför en ekonomisk aktivitet i form av tillhandahållande av varor eller tjänster på marknaden.

Om stödmottagarens huvudsakliga uppgift består i undervisning, fristående forskning eller spridande av forskningsresultat, där eventuella inkomster återinvesteras i verksamheten, är utgångspunkten också att det rör sig om just icke-ekonomisk verksamhet; varför åtgärden inte träffas av artikel 107.1.[273]

Ifråga om stöd till forskningsorganisationer som både bedriver ekonomiskt och icke-ekonomiskt verksamhet gäller att offentlig finansiering av den senare typen av verksamhet inte omfattas av artikel 107.1 under förutsättning att det är möjligt att göra skillnad mellan verksamheterna sam-

[273] Se avsnitt 3.1 i kommissionens meddelande Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT 2006/C 323/01 (Rambestämmelserna).

tidigt som det också tydligt går att skilja verksamheternas kostnader och finansiering från varandra.[274]

Frågan om hur viss verksamhet ska bedömas aktualiseras också i samband med finansiering av forskning och forskningsprojekt som bedrivs inom ramen för olika samarbeten mellan det offentliga och privata aktörer. I sådana situationer måste man vid bedömningen ta hänsyn till om den privata aktören får en fördel med anledning av samarbetet med den offentliga parten som den inte skulle haft under vanliga förhållanden på marknaden. Om sådana fördelar kan skönjas indikerar det att det kan förekomma ett statligt stöd enligt den definition som följer av artikel 107.1.[275]

3.7.2 Den allmänna gruppundantagsförordningen och stöd till forskning, utveckling och innovation

Som nämnts tidigare är inte alla statliga åtgärder ifråga om att främja forskning, utveckling och innovation otillåtna även om rekvisiten i artikel 107.1 är uppfyllda – i vissa situationer kan till och med medlemsstaterna verkställa olika stödåtgärder utan att kommissionen först får möjlighet att granska dem. Så är fallet om en åtgärd faller in under någon av de undantagsmöjligheter som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen. Följaktligen finns det en möjlighet för medlemsstaterna att med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen främst stödja små och medelstora företag för att hantera strukturella nackdelar, exempelvis i form av svårigheter att få tillgång till teknisk utveckling eller högt kvalificerad personal.

Ifråga om stöd till forskning, utveckling och innovation är den allmänna gruppundantagsförordningen tillämplig inom i princip alla sektorer, inklusive primärproduktion, bearbetning och marknadsföring av jordbruksprodukter, likväl som inom fiskeri-, kol-, stål-, varvs- och syntetfibersektorerna.[276] I sammanhanget ska också nämnas att det finns särskilda regler rörande stöd till forskning, utveckling och innovation inom jordbruks- och fiskerisektorerna.

För att ett statligt stöd ska kunna undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3 med hänvisning till den allmänna grupp-

[274] Se avsnitt 3.1 i Rambestammelserna.
[275] Se avsnitt 3.2 i Rambestammelserna. Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 233.
[276] Se artikel 1.3 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

undantagsförordningen krävs att flera olika villkor är uppfyllda. Först och främst får inte värdet av stödet överstiga vissa i förordningen angivna tröskelvärden. Hur stora stöd som kan accepteras utan att de först behöver anmälas till kommissionen utgår ifrån vilken typ av forskning som avses att gynnas. Om den aktuella forskningen tillhör kategorin grundforskning är tröskelvärdet 20 miljoner euro, medan det för industriell forskning är 10 miljoner euro. Ifråga om andra typer av forskningsprojekt (det vill säga experimentell utveckling) är motsvarande värde 7,5 miljoner euro (se artikel 6.1 i den allmänna gruppundantagsförordningen).

I händelse av att ett forskningsprojekt är av blandad karaktär, på så sätt att det rör exempelvis både grundforskning och industriell forskning, är utgångspunkten att det är den del av forskningen som betingar det högsta värdet som också är styrande för vilket av tröskelvärdena som måste iakttas. Om det föreligger tveksamheter ifråga om vilken typ av forskning som har det högsta värdet i ett blandat projekt ska försiktighet iakttas på så sätt att det lägsta tröskelvärdet tillämpas.

De olika typerna av forskningsverksamhet definieras i artikel 30 i den allmänna gruppundantagsförordningen. Med grundforskning avses försöksverksamhet eller teoretiskt arbete som i första hand syftar till att förvärva ny kunskap om de grundläggande orsakerna till fenomen och iakttagbara fakta, och som inte syftar till någon direkt praktisk tillämpning. Industriell forskning utgörs av planerad forskning eller kritisk analys, som syftar till att förvärva ny kunskap och nya färdigheter för att utveckla nya produkter, processer eller tjänster, eller för att markant förbättra befintliga produkter, processer eller tjänster. Detta inbegriper skapandet av sådana komponenter som utgör delar av komplexa system som är nödvändiga för den industriella forskningen, särskilt för allmän teknikvalidering. Experimentell utveckling definieras som verksamhet där man förvärvar, kombinerar, formar och använder befintliga vetenskapliga, tekniska, näringslivsmässiga eller andra relevanta kunskaper och färdigheter, i syfte att utarbeta planer, arrangemang eller design för nya, ändrade eller förbättrade produkter, processer eller tjänster. Experimentell utveckling kan också inbegripa andra verksamheter som syftar till konceptuell definition, planering och dokumentation av nya produkter, processer eller tjänster. Det kan inbegripa produktion av utkast, ritningar, planer och annan dokumentation, under förutsättning att dessa inte är avsedda för kommersiella ändamål. Detta inbegriper även utveckling av kommersiellt användbara prototyper och pilotprojekt om prototypen med nödvändighet är den slutliga kommersiella produkten, och om det är alltför dyrt att producera prototypen

enbart för att använda den för demonstration och utvärdering. Om ett demonstrations- eller pilotprojekt i ett senare skede används kommersiellt ska de inkomster som genereras på detta sätt dras av från de stödberättigande kostnaderna.

Vad som tidigare anförts ifråga om de generella villkoren för att en statlig stödåtgärd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen, såsom att medlemsstaten ska tillhandahålla adekvat dokumentation och att stödet ska uppfylla kravet på transparens, gäller också för stöd till forskning, utveckling och innovation.[277]

Stöd till forsknings- och utvecklingsprojekt

En medlemsstat kan med hänvisning till artikel 31 i den allmänna gruppundantagsförordningen stödja forsknings- och utvecklingsprojekt utan att åtgärden nödvändigtvis behöver anmälas till kommissionen. Artikel 31 reglerar stöd som helt eller delvis faller under någon av forskningskategorierna grundforskning, industriell forskning och experimentell utveckling.

De stödintensiteter som kan accepteras är också, precis som ifråga om tröskelvärdena, beroende av vilken typ av forskning man avser att stödja. Utgångspunkten är att ju längre från marknaden den aktuella forskningen befinner sig desto större stöd kan tillåtas, vilket motiveras av att risken för att konkurrensen ska snedvridas minskar ju längre ifrån marknaden man befinner sig.

Vad gäller grundforskning accepteras en stödintensitet på 100 procent, vilket innebär att en medlemsstat med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen kan välja att svara för alla stödberättigade kostnader. Ifråga om industriell forskning är motsvarande siffra 50 procent medan ett stöd för experimentell utveckling maximalt får uppgå till 25 procent av de stödberättigade kostnaderna. Under vissa förutsättningar kan även högre stödnivåer accepteras ifråga om stöd till industriell forskning och experimentell utveckling. När stödet beviljas små och medelstora företag får stödnivån höjas med 10 procentenheter för medelstora företag och 20 procentenheter för små företag. Dessutom kan man få lägga till en bonus på 15 procentenheter, upp till en högsta tillåten stödnivå på 80 procent av de stödberättigande kostnaderna. För att en sådan bonus ska accepteras krävs att:

[277] Se ovan avsnitt 3.4.

- projektet inbegriper ett faktiskt samarbete mellan minst två inbördes oberoende företag samtidigt som följande villkor är uppfyllda:
  - inget företag står för mer än 70 procent av de stödberättigande kostnaderna för samarbetsprojektet,
  - projektet omfattar samarbete med minst ett litet eller medelstort företag eller genomförs i minst två olika medlemsstater, eller
- projektet inbegriper ett faktiskt samarbete mellan ett företag och en forskningsorganisation och följande villkor är uppfyllda:
  - forskningsorganisationen står för minst 10 procent av de stödberättigande projektkostnaderna, och
  - forskningsorganisationen har rätt att offentliggöra resultaten från forskningsprojektet i den mån de härrör från forskning som har genomförts av den organisationen, eller
- ifråga om industriell forskning krävs att resultaten från forskningsprojektet får omfattande spridning genom tekniska och vetenskapliga konferenser eller genom att de publiceras i vetenskapliga eller tekniska tidskrifter eller i öppna databaser (databaser där allmänheten får tillgång till forskningsuppgifter) eller genom programvaror med gratis eller öppen källkod.[278]

Av den allmänna gruppundantagsförordningen följer också att när det gäller stöd till ett forsknings- och utvecklingsprojekt som genomförs i samarbete mellan forskningsorganisationer och företag, får det sammanlagda stödet som lämnas direkt av staten till ett specifikt projekt inklusive bidrag från forskningsorganisationer till projektet, i den mån dessa bidrag utgör stöd, inte överstiga de tillämpliga stödnivåerna för varje stödmottagande företag.

Ifråga om stödberättigande kostnader ska observeras att de måste kunna hänföras till en specifik kategori av forskning och utveckling. De stödberättigade kostnaderna utgörs av:

- Kostnader för personal (forskare, tekniker och annan stödpersonal i den omfattning som de arbetar med forskningsprojektet).
- Kostnader för instrument och utrustning i den utsträckning och under den tid som de tas i anspråk av forskningsprojektet.
- Kostnader för byggnader och mark i den omfattning och under den tid som de används i forskningsprojektet. För byggnader ska endast de avskrivningskostnader anses vara stödberättigande som

[278] Se artikel 31.4 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

motsvarar forskningsprojektets varaktighet. För mark ska kostnader för överlåtelse på affärsmässiga villkor eller faktiska kapitalkostnader vara stödberättigande.

- Kostnader för kontraktsforskning, tekniskt kunnande och patent, som har köpts eller hyrts in från utomstående källor till marknadspris samt kostnader för konsulttjänster och motsvarande tjänster som uteslutande används i samband med forskningsprojektet.
- Andra allmänna omkostnader som uppkommit som en omedelbar följd av forskningsprojektet.
- Andra driftskostnader, inklusive kostnader för materiel och liknande produkter, som uppkommit som en direkt följd av forskningsverksamheten.

Det ska emellertid påminnas om att ett stöd inte kan undantas från anmälningsplikten om värdet på stödet överstiger det tillämpliga tröskelvärdet; oavsett om den aktuella stödintensiteten är lägre än vad som angetts ovan.

Stöd för tekniska genomförbarhetsstudier

Enligt artikel 32 i den allmänna gruppundantagsförordningen kan medlemsstaterna under vissa villkor också välja att stödja företag för att de ska kunna genomföra tekniska genomförbarhetsstudier inför industriell forskning eller experimentell utvecklingsverksamhet utan att sådana åtgärder först måste underställas kommissionens kontroll.

De stödberättigade kostnaderna i sådana sammanhang utgörs av kostnaden för själva studien. Den maximalt tillåtna stödintensiteten uppgår ifråga om stöd till små och medelstora företag som har för avsikt att genomföra en studie inför industriell forskning till 75 procent, medan motsvarande siffra rörande studier inför experimentell utvecklingsverksamhet är 50 procent. Vad gäller stöd till stora företag uppgår den maximala stödintensiteten istället till 65 respektive 40 procent.

Stöd för små och medelstora företags kostnader för industriell äganderätt

Medlemsstaterna kan med hänvisning till artikel 33 i den allmänna gruppundantagsförordningen under vissa villkor också välja att stödja små och medelstora företag för att dessa ska kunna erhålla och validera patent och annan industriell äganderätt. De stödnivåer som kan accepteras är de samma som för stöd till forsknings- och utvecklingsprojekt enligt artikel 31.3 och artikel 31.4 i den allmänna gruppundantagsförordningen. De stödberättigade kostnaderna är:

- Alla kostnader som föregår beviljandet av rättigheten i den första jurisdiktionen, inklusive kostnader för att utarbeta, lämna in och fullfölja ansökan och kostnader för att förnya ansökan innan rättigheten har beviljats.
- Översättning och andra kostnader för att få rättigheten beviljad eller validerad i andra jurisdiktionsområden.
- Kostnader för att försvara rättighetens giltighet under den formella handläggningen av ansökan och eventuella invändningsförfaranden, även om sådana kostnader uppkommer efter det att rättigheten beviljats.

Stöd till forskning och utveckling inom jordbruks- och fiskerisektorerna

Även vissa stöd till forskning och utveckling inom jordbruks- och fiskerisektorerna kan undantas från den anmälningsplikt som vanligtvis följer av artikel 108.3 EUF-fördraget. För att sådana stöd ska vara tillåtna utifrån artikel 34 i den allmänna gruppundantagsförordningen krävs först och främst att stödet är av intresse för alla aktörer inom den berörda sektorn. Dessutom fordras det att information om att forskningen ska utföras och om målet med forskningen publiceras på internet innan forskningen påbörjas. Av den information som lämnas på internet måste det exempelvis framgå när de förväntade resultaten ska publiceras och var på internet man kan finna dem. Forskningsresultaten ska hållas tillgängliga på internet under minst fem år. De får inte publiceras senare än någon annan information som görs tillgänglig för medlemmar i någon viss organisation.

Det krävs också att det aktuella stödet beviljas direkt till forskningsorganisationen och stödet får inte heller omfatta direkt beviljande av icke-forskningsrelaterat stöd till ett företag som producerar, bearbetar eller saluför jordbruksprodukter.

Stödnivån får inte överskrida 100 procent av de stödberättigande kostnaderna, vilka är de samma som ifråga om stöd till forskning och utveckling i enlighet med artikel 31.5 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

Även om ett visst stöd till forskning och utveckling inom jordbruks- och fiskerisektorerna inte kan undantas från anmälningsplikten med hänvisning till artikel 34 i den allmänna gruppundantagsförordningen kan sådana åtgärder i vissa fall ändå mycket väl komma att undantas från anmälningsplikten, men med stöd av antingen artikel 30, 31 eller 32 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

Stöd till nystartade innovativa företag

Enligt artikel 35 i den allmänna gruppundantagsförordningen kan också stöd till nystartade innovativa företag undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108, om de i artikel 35 angivna kriterierna är uppfyllda.

För att undantag ska accepteras krävs inledningsvis att stödmottagaren är ett litet företag som har existerat under kortare tid än sex år vid den tidpunkt då stödet beviljas. Därtill krävs att stödmottagarens kostnader för forskning och utveckling utgör minst 15 procent av dess totala driftskostnader under minst ett av de tre år som föregick beviljandet av stödet eller, om det gäller ett nystartat företag utan finansiell historik, under revisionen av dess innevarande budgetperiod.

Som utgångspunkt får inte heller stödet överstiga 1 miljon euro. Om stödmottagaren däremot befinner sig i en region där undantaget i artikel 107.3 a kan aktualiseras kan stöd som uppgår till 1,5 miljoner euro undantas. Befinner sig stödmottagaren i en region där undantaget enligt artikel 107.3 c kan aktualiseras kan stöd med ett maximalt värde av 1,25 miljoner euro accepteras. Av artikel 35 i den allmänna gruppundantagsförordningen följer också att stöd till nystartade innovativa företag endast får utgå en gång under den period då företaget uppfyller villkoren för ett nystartat innovativt företag.

Stöd för innovationsrådgivningstjänster och stöd för innovationsstödjande tjänster

Medlemsstaterna kan också lämna stöd till företag för att dessa ska kunna täcka kostnader för innovationsrådgivningstjänster och innovationsstödjande tjänster i enlighet med artikel 36 i den allmänna gruppundantagsförordningen. För att så ska få ske krävs inledningsvis att stödmottagaren är ett litet eller medelstort företag. Stödmottagaren måste använda stödet för att köpa tjänsterna till marknadspris eller, om tjänstetillhandahållaren är en organisation som drivs utan vinstsyfte, till ett pris som täcker kostnaderna plus en rimlig marginal. Dessutom krävs att den som tillhandahåller de aktuella tjänsterna innehar en nationell eller europeisk certifiering. Stödbeloppet får inte överstiga 200 000 euro per stödmottagare under en treårsperiod, samtidigt som stödnivån inte heller får överskrida 75 procent av de stödberättigande kostnaderna.

De stödberättigande kostnaderna ifråga om innovationsrådgivningstjänster är kostnader som rör managementkonsulttjänster, tekniskt stöd, tjänster för tekniköverföring, utbildning, rådgivning vid förvärv av, skydd

för och handel med immateriella rättigheter och licensavtal samt konsulttjänster avseende användning av standarder. Vad gäller innovationsstödjande tjänster är de stödberättigade kostnaderna sådana kostnader som rör kontorsutrymme, databaser, fackbibliotek, marknadsundersökningar, utnyttjande av laboratorier, kvalitetsmärkning, testning och certifiering.

Stöd för att hyra in högkvalificerad personal

Avslutningsvis ska nämnas att den allmänna gruppundantagsförordningen också ger medlemsstaterna en möjlighet att gynna företag på så sätt att statliga stöd lämnas för att täcka kostnader som kan uppstå i samband med att företag hyr in högkvalificerad personal från forskningsorganisationer eller stora företag till små eller medelstora företag. En förutsättning för att sådana stöd ska få lämnas är enligt artikel 37 i den allmänna gruppundantagsförordningen att den inhyrda personalen inte ersätter annan personal, utan att den ska anställas för en nyinrättad funktion i det stödmottagande företaget. Dessutom krävs att den personal som hyrs in minst har varit anställd i två år i den forskningsorganisation eller det stora företag som hyr ut personalen. Den inhyrda personalen ska också arbeta med forsknings-, utvecklings- och innovationsverksamhet inom det stödmottagande lilla eller medelstora företaget.

Stödnivån får inte överskrida 50 procent av de stödberättigande kostnaderna under högst tre år per företag och per inhyrd person. De stödberättigande kostnaderna ska vara alla personalkostnader för att hyra in och sysselsätta högkvalificerad personal, inbegripet kostnaderna för att anlita ett rekryteringskontor och för att betala resekostnadsersättning för den inhyrda personalen.

3.7.3 Stöd till forskning, utveckling och innovation som faller utanför den allmänna gruppundantagsförordningens tillämpningsområde

Som nämnts är inte alla statliga stöd, även om de inte omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningens tillämpningsområde, förbjuda. Stöd som inte regleras i den allmänna gruppundantagsförordningen måste dock godkännas av kommissionen innan de verkställs. Den möjlighet för kommissionen att undanta vissa stödåtgärder från det generella förbudet i artikel 107.1 EUF-fördraget gäller därför också stöd som lämnas för att främja forskning, utveckling och innovation.

Då kommissionen gör bedömningen om ett visst stöd till forskning, utveckling och innovation ska undantas, främst med stöd av artikel 107.3,

utgår den ifrån ett så kallat balanstest där stödets förväntade positiva effekter ställs mot de negativa effekter som stödets kan ha, främst i form av att incitamenten för konkurrenter att investera i forskning, utveckling och innovation minskar och i form av att konkurrensen kan snedvridas. Hur kommissionens bedömningar genomförs framgår som nämnts av kommissionens meddelande Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation.[279] Även om det i sammanhanget inte uttömmande ska redogöras för innehållet i dokumentet ska de viktigaste beståndsdelarna i kommissionens bedömning nämnas.[280]

Först och främst måste kommissionen avgöra om det finns ett gemensamt europeiskt intresse i samband med att en medlemsstat har för avsikt att stödja forskning, utveckling och innovation. Med beaktande av de skäl som tidigare nämnts, exempelvis det faktum att forskning, utveckling och innovation är viktiga beståndsdelar för att stärka EU:s konkurrenskraft, torde bedömning i denna del allt som oftast leda till att det går att spåra ett gemensamt europeiskt intresse till den aktuella åtgärden. För att en statlig åtgärd ska accepteras krävs däremot att också andra kriterier är uppfyllda, exempelvis måste det aktuella stödet vara ett lämpligt verktyg för att uppnå den aktuella målsättningen. Kommissionen beaktar också om stödet har en stimulanseffekt på så sätt att stödet verkligen leder till en ökad satsning på forskning, utveckling och innovation i förhållande till om den statliga åtgärden inte vidtas. Om ett företag skulle göra en viss satsning på forskning, utveckling och innovation utan att medlemsstaten lämnar ett stöd så kommer kommissionen därför inte att godkänna stödåtgärden. Avslutningsvis ska nämnas att den ifrågavarande statliga åtgärden också måste stå i rimlig proportion till ändamålet bakom den; varför en medlemsstat exempelvis inte får lämna ett större stöd än vad som är nödvändigt.

[279] Kommissionens meddelande Gemenskapens rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation, EUT 2006/C 323/01 (Rambestämmelserna).

[280] För en mer omfattande genomgång av kommissions bedömningar och de aktuella Rambestämmelserna se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 241-251.

3.8 Främjande av utbildning och rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder

Utbildning anses vara en för EU central målsättning i och med att utbildning leder till att tillgången på arbetskraft inom unionen ökar, vilket i förlängningen leder till social och ekonomisk utveckling. Företag inom EU anses dock i allt för liten utsträckning investera i utbildning av sin arbetskraft – vilket får anses vara ett marknadsmisslyckande i och med att utbildning ger positiva externa effekter som gynnar samhället som helhet. För att hantera ett sådant marknadsmisslyckande har därför medlemsstaterna genom den allmänna gruppundantagsförordningen givits en viss möjlighet att stödja företag i samband med utbildning av arbetstagare utan att de statliga åtgärderna först måste anmälas till kommissionen. Medlemsstaterna har genom den allmänna gruppundantagsförordningen också givits en möjlighet att lämna stöd till företag för att kunna hantera en annan närliggande typ av marknadsmisslyckande, nämligen det marknadsmisslyckande som följer av att personer med sämre förutsättningar och arbetstagare med funktionshinder ofta har svårt att ta sig in på arbetsmarknaden.

Det ska dock nämnas att många statliga åtgärder som vidtas på området inte anses vara av en sådan karaktär att de träffas av EU:s statsstödsregler, exempelvis till följd av att de till sin utformning är generella varför något företag inte gynnas framför andra. Det ska också framhållas att utbildning vanligtvis ses som medlemsstaternas ansvar som de inte sällan är skyldiga att tillhandahålla sin medborgare varför många statliga åtgärder på området svårligen kan anses falla in under bestämmelsen i artikel 107.1 av den anledningen.

3.8.1 Stöd till utbildning

Om ett stöd till utbildning lämnas direkt till individer eller olika utbildningsinstitutioner är utgångspunkten att stödet inte omfattas av artikel 107.1 i och med att åtgärden då främst anses vara av social karaktär. Likaså anses sådana statliga åtgärder i många situationer inte heller uppfylla kravet på selektivitet. Kommissionens tidigare Rambestämmelser för stöd till utbildning innehöll också exempel på åtgärder som inte ansågs vara av sådan karaktär att de omfattades av EU:s statsstödsregler.[281] De exempel på åtgärder som föll utanför statsstödsreglernas tillämpningsområde var:

[281] Rambestämmelser för stöd till utbildning, EGT 1998/C 343/10.

- utbildningssystem och grundutbildning (såsom lärlingsutbildning och system för kombinerat arbete och undervisning)
- system för utbildning eller omskolning av arbetslösa, bland annat i form av företagspraktik
- åtgärder som direkt riktar sig till arbetstagarna eller till och med vissa kategorier av dessa genom att ge dem möjlighet att delta i utbildning oberoende av det företag eller den sektor där de arbetar
- generella ordningar för skattelättnader som är öppna för samtliga företag som investerar i utbildning för arbetstagare och tillämpas automatiskt

I situationer då statliga åtgärder likväl omfattas av artikel 107.1, exempelvis om en medlemsstat tillhandahåller utbildning till vissa specifika företag eller sektorer, kan sådana åtgärder komma att accepteras med hänvisning till de undantagsmöjligheter som följer av främst artikel 107.3. I den allmänna gruppundantagsförordningen specificeras som nämnts också under vilka villkor stöd till utbildning och stöd för arbetstagare med sämre förutsättningar och arbetstagare med funktionshinder inte behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs.

Den handlingsplan som kommissionen tidigare utarbetat på området, och som ersattes av både en särskild gruppundantagsförordning och ett tillkännagivande, har numera införlivats i den allmänna gruppundantagsförordningen. I den allmänna gruppundantagsförordningen regleras därför både stöd till utbildning och stöd för arbetstagare med sämre förutsättningar och arbetstagare med funktionshinder. Den allmänna gruppundantagsförordningen innehåller också bestämmelser rörande andra typer av stöd för att främja anställningar, såsom stöd till små och medelstora företag och stöd för skapande av arbetstillfällen i missgynnade regioner.

Även om en statlig åtgärd på området inte omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningen finns det precis som ifråga om andra typer stöd, såsom miljöstöd, ändå en möjlighet att kunna undanta den aktuella åtgärden från det generella förbudet i artikel 107.1 – men först efter en anmälan till kommissionen.

De bestämmelser rörande stöd till utbildning och stöd till missgynnade arbetstagare eller arbetstagare med funktionshindrade som återfinns i den allmänna gruppundantagsförordningen är tillämpliga inom i princip alla sektorer av ekonomin. Enligt den allmänna gruppundantagsförordningen kan en medlemsstat därför vidta stödåtgärder på området utan att först anmäla dessa till kommissionen under förutsättning att de villkor som föl-

jer av förordningen är uppfyllda. Vad som tidigare anförts ifråga om de generella villkoren för att en statlig stödåtgärd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen, såsom att medlemsstaten ska tillhandahålla adekvat dokumentation och att stödet ska uppfylla kravet på transparens, gäller också för stöd till utbildning och dylikt.[282]

I den allmänna gruppundantagsförordningen görs skillnad mellan stöd till särskild utbildning och stöd till allmän utbildning; varvid möjligheterna att gynna allmän utbildning får anses vara något större än de möjligheter medlemsstaterna har att gynna särskild utbildning.

Med allmän utbildning avses enligt artikel 38 i den allmänna gruppundantagsförordningen sådan utbildning som inbegriper undervisning som inte endast eller inte i huvudsak kan användas i arbetstagarens nuvarande eller framtida anställning i företaget, men som ger färdigheter som i stor utsträckning kan överföras till andra företag eller arbetsområden. En utbildning ska anses vara allmän till exempel i följande fall:

- Om den organiseras gemensamt av olika företag som är oberoende av varandra, eller om den är öppen för anställda vid olika företag.
- Om den erkänns, intygas eller godkänns av offentliga myndigheter eller organ eller av andra organ eller institutioner som en medlemsstat eller gemenskapen har givit nödvändiga befogenheter på detta område.

Stöd för allmän utbildning anses som indikerats ovan medföra mindre snedvridande effekter på konkurrensen, vilket innebär att högre stödnivåer kan undantas från den anmälningsskyldighet som vanligtvis följer av artikel 108.3.

Särskild utbildning är å andra sidan utbildning som främst ger fördelar för det enskilda företaget, varför det medför en större risk för snedvridning av konkurrensen och därför är de stödnivåer som föranleder undantag från anmälningsskyldigheten lägre än ifråga om allmän utbildning. Med särskild utbildning avses enligt artikel 38 i den allmänna gruppundantagsförordningen utbildning som omfattar undervisning som direkt och i huvudsak kan användas i arbetstagarens nuvarande eller framtida anställning i företaget och som ger färdigheter som inte alls eller endast i begränsad utsträckning kan överföras till andra företag eller arbetsområden.

[282] Se ovan avsnitt 3.4.

Ifråga om stöd till utbildning utgör de stödberättigade kostnaderna:

- Personalkostnader för lärare
- Resekostnader för lärare och deltagare, inklusive logi
- Andra löpande utgifter, såsom material och utrustning som har ett direkt samband med projektet
- Avskrivning av hjälpmedel och utrustning, i den utsträckning de används uteslutande för utbildningsprojektet
- Kostnader för vägledning och rådgivning i samband med utbildningsprojektet
- Personalkostnader för deltagare och allmänna indirekta kostnader (administrativa kostnader, hyra, allmänna omkostnader)

Utgångspunkten är att den maximala stödnivån inte får överstiga 60 procent av de stödberättigande kostnaderna för allmän utbildning och 25 procent av de stödberättigande kostnaderna för särskild utbildning. I vissa fall kan dock en högre stödintensitet accepteras. Enligt artikel 39.2 i den allmänna gruppundantagsförordningen får nämligen stödnivån höjas, upp till en högsta tillåten stödnivå på 80 procent av de stödberättigande kostnaderna, enligt följande:

- med 10 procentenheter om utbildningen avser arbetstagare med funktionshinder eller arbetstagare med sämre förutsättningar
- med 10 procentenheter om stödet ges till medelstora företag och med 20 procentenheter om stödet ges till små företag

Om stödet beviljas inom sjötransportsektorn får en stödnivå på 100 procent av de stödberättigande kostnaderna godkännas, oavsett om utbildningsprojektet avser särskild eller allmän utbildning, om följande villkor är uppfyllda:

- den som deltar i utbildningen får inte vara en aktiv besättningsmedlem utan måste ingå i reservbesättning ombord
- utbildningen måste ske ombord på fartyg som är registrerade inom EU

Om ett stödprojekt omfattar både särskild och allmän utbildning, som man inte kan särskiljas vid beräkningen av stödnivån, och om det inte är möjligt att fastställa om utbildningsprojektet är av särskild eller allmän karaktär, ska de stödnivåer som gäller särskild utbildning tillämpas.

Oavsett ovanstående procentsatser får ett statligt stöd till utbildning inte överstiga 2 miljoner euro per företag och utbildningsprojekt om stödet ska

kunna undantas från anmälningsskyldigheten enligt den allmänna gruppundantagsförordningen, vilket följer av artikel 6.1 f i den allmänna gruppundantagsförordningen.

3.8.2 Stöd för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar

För att stimulera anställningen av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder kan stöd till sådana ändamål också undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3 om det är sannolikt att stödet hjälper dessa kategorier av arbetstagare att etablera sig på arbetsmarknaden.

I sammanhanget avses med arbetstagare med sämre förutsättningar personer som inte har haft någon ordinarie avlönad anställning under de senaste sex månaderna; personer som inte har gymnasiekompetens eller en yrkesutbildning; personer som är över 50 år; personer som lever ensamma och har vårdnaden om ett eller flera barn; personer som arbetar inom en sektor eller ett yrke i en medlemsstat där obalansen mellan könen är minst 25 procent högre än den genomsnittliga könsobalansen inom alla ekonomiska sektorer i den aktuella medlemsstaten och som tillhör den underrepresenterade gruppen; samt personer som är medlemmar av en etnisk minoritet inom en medlemsstat och som måste förbättra sina språkkunskaper, sin yrkesutbildning eller sin arbetslivserfarenhet för att öka möjligheterna att få en fast anställning.[283]

Vad gäller hänvisningen till arbetstagare med funktionshinder avses i sammanhanget personer som i enlighet med nationell lagstiftning har erkänts ha funktionshinder eller personer som har en erkänd begränsning som härrör från fysiska, mentala eller psykiska funktionsnedsättningar.[284]

För att stöd i form av lönesubventioner för att rekrytera arbetstagare med sämre förutsättningar ska kunna undantas från den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3 krävs att stödet inte överstiger 50 procent av de stödberättigade kostnaderna; vilka utgörs av lönekostnaderna under en period av maximalt 12 månader efter rekryteringen. Om arbetstagaren tillhör kategorin arbetstagare med kraftigt sämre förutsättningar ska de stödberättigade kostnaderna vara lönekostnaderna under en period av högst 24 månader efter rekryteringen. Det maximala stödbelopp som

[283] Se artikel 2.18 i den allmänna gruppundantagsförordningen.
[284] Se artikel 2.20 i den allmänna gruppundantagsförordningen.

kan accepteras för ändamålet är enligt artikel 6.1 h i den allmänna gruppundantagsförordningen 5 miljoner euro per företag och år.

Ifråga om stöd i form av lönesubventioner för anställning av arbetstagare med funktionshinder får stödnivån enligt artikel 41 i den allmänna gruppundantagsförordningen inte överstiga 75 procent av de stödberättigade kostnaderna; vilka utgörs av lönekostnaderna under den tid arbetstagaren är anställd. Vad gäller stöd för anställning av arbetstagare med funktionshinder i form av lönekostnader är stödtaket enligt artikel 6.1 i den allmänna gruppundantagsförordningen 10 miljoner euro per företag och år.

Stöd kan också lämnas för att kompensera arbetsgivaren för de merkostnader som kan följa av att en arbetstagare med funktionshinder anställs. Dessa kostnader kan bland annat bestå i att lokalerna måste anpassas till följd av anställningen eller i att företaget måste anskaffa utrustning som det inte annars hade behövt. Ifråga om sådana typer av stöd får stödnivån inte överstiga 100 procent av de stödberättigade kostnaderna, och stödet får inte heller överstiga 10 miljoner euro per företag och år.

3.8.3 Stöd till utbildning m.m. och undantag efter anmälan

Även om ett statligt stöd till utbildning, eller ett stöd som lämnas för att företag ska kunna rekrytera arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder, inte kan undantas från anmälningsskyldigheten med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen innebär inte det, precis som ifråga om andra stöd, att stödet nödvändigtvis inte får lämnas. Undantag kan ju meddelas av kommissionen med hänvisning till främst artikel 107.3 c, efter det att den granskat åtgärden.

Hur kommissionen har för avsikt att göra bedömningar av statliga stöd till utbildning samt för rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar eller funktionshinder framgår av två olika meddelanden från kommissionen.[285]

I de båda meddelandena anger kommissionen hur det balanstest som ska göras i samband med att en medlemsstat har för avsikt att lämna ett stöd för de ovan angivna ändamålen ska struktureras. I likhet med förfarandet i samband med andra stöd genomför kommissionens sin bedömning i olika steg där man inledningsvis måste ta ställning till om medlemsstaten kun-

[285] Kommissionens meddelande – Kriterier vid bedömningen av förenligheten av statligt stöd för utbildning som omfattas av kravet på individuell anmälan, EUT 2009/C 188/1, respektive kommissionens meddelande Kriterier vid bedömningen av förenligheten av statligt stöd för anställning av arbetstagare med sämre förutsättningar och med funktionshinder som omfattas av kravet på individuell anmälan, EUT 2009/C 188/2.

nat visa att den aktuella åtgärden avser att ta sikte på ett mål av gemensamt europeiskt intresse. Därefter undersöker kommissionen om ett statligt stöd är ett lämpligt verktyg för att nå den aktuella målsättningen. Ytterligare ett krav för att kommissionen ska godkänna en stödåtgärd på något av de aktuella områdena är att medlemsstaten kan visa på stödets nödvändighet för att uppnå det eftersträvade syftet. Avslutningsvis gör kommissionen en bedömning utifrån om fördelarna med ett stöd uppväger dess förväntade negativa effekter. Om så är fallet kan medlemsstaten förvänta sig att den anmälda stödåtgärden kommer att godkännas av kommissionen med hänvisning till primärt artikel 107.3 c.

3.9 Jordbruk

Som nämnts ovan i avsnitt 1.4 är stöd till företag inom jordbrukssektorn särskilt reglerade varför området också intar en särställning i statsstödsrättslig mening i och med att det av artikel 42 följer att produktion av och handeln med jordbruksprodukter endast omfattas av EU:s konkurrensregler, inklusive statsstödsreglerna, i den mån rådet beslutat om det. Kommissionens kompetens att kontrollera stöd till jordbrukssektorn grundas därför inte på EU:s statsstödsregler utan på rådets sekundärlagstiftning.

Då det endast är stöd till produktion av och handeln med just jordbruksprodukter som omfattas av artikel 42 är det i sammanhanget av avgörande betydelse att definiera vad som utgör sådana jordbruksprodukter som avses. Av artikel 38 i EUF-fördraget framgår att man med jordbruksprodukter avser sådana produkter som anges i den lista som har fogats som bilaga 1 till fördraget. Stöd till produktion av och handel med andra produkter än de som återfinns i bilagan kan därför inte dra nytta av den möjlighet till undantag som följer av artikel 40.

Regleringen av EU:s jordbrukspolitik kan delas in i två delar. Den första delen består av den gemensamma organisationen av jordbruksmarknaderna och regleringen rörande direkt stöd till jordbrukare och den andra delen avser stöd till landsbygdsutveckling.

3.9.1 Den gemensamma organisationen av jordbruksmarknaderna

Ifråga om den gemensamma organisationen av jordbruksmarknaderna kan nämnas att det tidigare fanns 21 olika så kallade grundförordningar vilka reglerade de gemensamma jordbruksmarknaderna. Numera återfinns

motsvarande regleringar i en samlad förordning, Rådets förordning (EG) nr 1234/2007 av den 22 oktober 2007 om upprättande av en gemensam organisation av jordbruksmarknaderna och om särskilda bestämmelser för vissa jordbruksprodukter (enda förordningen om de gemensamma organisationerna av marknaden).

Den aktuella förordningen inbegriper ett differentierat system för prisstöd för de olika sektorerna, samtidigt som förordningen också innehåller bestämmelser rörande ordningar för direktstöd till de olika sektorerna. Dessa åtgärder har vidtagits i form av offentlig intervention eller i form av stöd för privat lagring av produkter från sektorerna för spannmål, ris, socker, olivolja och bordsoliver, nöt- och kalvkött, mjölk och mjölkprodukter, griskött samt får- och getkött.

Enligt artikel 40.2 i EUF-fördraget får den gemensamma organisation som upprättats omfatta alla de åtgärder som behövs för att uppnå de mål som anges i artikel 39, särskilt reglering av priser, stöd för produktion och saluföring av olika produkter, system för lagring och överföring samt gemensamma anordningar för stabilisering av import och export. Därtill följer av bestämmelsen att en eventuell gemensam prispolitik ska grundas på gemensamma kriterier och på enhetliga beräkningsmetoder.

Ifråga om statsstödsreglernas tillämpning inom jordbrukssektorerna är utgångspunkten enligt artikel 3 i förordning 1184/2006/EG om tillämpning av vissa konkurrensregler på produktion av och handel med jordbruksvaror att statliga stöd på dessa områden är underkastade regleringen i artikel 108.1 och den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3.[286] Artikel 108.1 och första meningen i artikel 108.3 ska därför tillämpas på stöd till produktion av och handel med de produkter som anges i den lista som har fogats som bilaga I till fördraget.

Av artikel 180 i den enda förordningen om de gemensamma organisationerna av marknaden följder dock att artikel 107–109 i EUF-fördraget, med några undantag, ska tillämpas på stöd till produktion av och handel med spannmål, ris, socker, torkat foder, utsäde, humle, olivolja och bordsoliver, lin och hampa, bananer, levande växter och blomsterodlingsprodukter, råtobak, nöt- och kalvkött, mjölk och mjölkprodukter, griskött, får- och getkött, ägg, fjäderfäkött samt de andra produkter som återfinns i förordningens bilaga 1 del XXI, under förutsättning att något annat inte stadgas i förordningen. Då statsstödsrätten är tillämplig inom ramen för de

[286] Se Rådets förordning 1234/2007/EG.

gemensamma organisationerna av marknaden, men då förordningen innehåller särskilda bestämmelser ska statsstödsrätten därför vara underordnad förordningens specialreglering.[287]

Som nämnts är det endast inom de gemensamma organisationerna av marknaden, det vill säga inom de sektorer som regleras i den enda förordningen om de gemensamma organisationerna av marknaden som artikel 107–109 ska tillämpas – och ifråga om stöd till områden inom jordbruksektorn där det saknas en gemensam organisering av marknaden är sådana endast underkastade regleringen i artikel 108.1 och den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3.[288] Även om kommissionen visserligen kan uttala sig om huruvida en åtgärd på det aktuella området utgör ett stöd så har den emellertid inte kompetens att motsätta sig ett beviljande av det aktuella stödet.[289]

3.9.2 Stöd till landsbygdsutveckling

Vad gäller stöd för landsbygdsutveckling ska nämnas att det är ett område som regleras i Rådets förordning (EG) nr 1698/2005 av den 20 september 2005 om stöd för landsbygdsutveckling från Europeiska jordbruksfonden för landsbygdsutveckling (EJFLU). Av förordningen följer att huvudregeln är att artikel 107–109 ska vara tillämpliga på medlemsstaternas stödåtgärder till just landsbygdsutveckling.

I stor utsträckning är utgifter för landsbygdsutveckling föremål för medfinansiering från den Europeiska jordbruksfonden, varvid medlemsstaten ifråga tillskjuter de belopp som inte täcks av EU-medel. I sådana situationer framgår det av artikel 88.1 i förordningen att statsstödsrätten inte ska tillämpas på medlemsstaternas komplement till EU:s stöd.

Varje stödåtgärd som en medlemsstat avser att vidta för att främja landsbygdsutveckling och som syftar till att komplettera den landsbygdsutveckling för vilken EU-stöd beviljas ska emellertid enligt artikel 89 i förordningen anmälas till kommissionen. I en sådan situation omfattas den statliga stödåtgärden däremot inte av det genomförandeförbud som följer av artikel 108.3 i EUF-fördraget.

[287] Se mål 177/78, Pigs and Bacon.
[288] Se Rådets förordning 1234/2007/EG.
[289] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 286 f.

3.9.3 Jordbruksstöd och *de minimis*-regleringen

Även då stöd till jordbrukssektorn som sådant omfattas av EU:s statsstödsrätt behöver en stödåtgärd, i likhet med vad som också gäller på andra områden, inte alltid anmälas till kommissionen – även på jordbruksområdet finns en så kallad de minimis-reglering som slår fast i vilka situationer ett jordbruksstöd inte anses uppfylla samtliga kriterier i artikel 107.1, vilken återfinns i kommissionens förordning (EG) nr 1535/2007 av den 20 december 2007 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse inom sektorn för produktion av jordbruksprodukter. Skälet till att det finns en särskild de minimis-förordning som reglerar stöd inom jordbrukssektorn återfinns i det faktum att jordbrukssektorn dels är särskilt reglerad, dels att även relativt små stödbelopp på området riskerar påverka konkurrensen på ett sådant sätt som leder till att samtliga rekvisit i artikel 107.1 är uppfyllda. Därtill ska nämnas att den allmänna de minimis-förordningen inte är tillämplig på stöd inom jordbrukssektorn.

Förordningens bestämmelser ska tillämpas på stöd inom sektorn för produktion av jordbruksprodukter, men inte på stöd som lämnas inom sektorerna för bearbetning och saluföring av jordbruksprodukter, vilket motiveras av att de senare typerna av verksamhet kännetecknas av stora likheter med annan industriverksamhet då istället den allmänna de minimis-förordningen i form av förordning 1998/2006/EG är tillämplig.

Den för jordbrukssektorn särskilda de minimis-förordningen ska inte tillämpas vare sig på exportstöd, det vill säga stöd som är direkt knutna till exporterade kvantiteter, till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter som har samband med exportverksamhet, eller på stöd som gynnar inhemska produkter framför importerade produkter. I likhet med regleringen i den allmänna de minimis-förordningen utgör bidrag till kostnaderna för deltagande i handelsmässor eller för undersökningar eller konsulttjänster som behövs för att lansera en ny produkt eller en befintlig produkt på en ny marknad normalt inte exportstöd. Inte heller stöd vars storlek fastställs på grundval av priset på eller mängden av produkter som släpps ut på marknaden kan medges undantag med hänvisning till förordningen, och det samma gäller stöd som beviljas företag i svårigheter.

Utgångspunkten enligt den särskilda de minimis-förordningen är att stöd som understiger 7 500 euro, oberoende av stödets form och ändamål, under en period av tre beskattningsår inte anses uppfylla samtliga kriterier i artikel 107.1 i EUF-fördraget, varför det inte heller omfattas av anmäl-

ningsskyldigheten i artikel 108.3. Om det sammanlagda stödbelopp som ges inom ramen för en stödåtgärd överskrider taket på 7 500 euro omfattas inte ens den delen av stödet som understiger taket av förordningen, varför hela stödet ska anmälas till kommissionen.

En avgörande skillnad mellan den på jordbruksområdet tillämpliga de minimis-regleringen och den allmänna de minimins-förordningen är att den förra inte endast ställer upp krav på enskilda stödåtgärder, utan den innehåller också en reglering som tar sikte på en medlemsstats ackumulerade stöd av mindre betydelse som beviljas företag inom sektorn för produktion av jordbruksprodukter. Enligt förordningen får det totala värdet av de minimis-stöd som en medlemsstat beviljar företag inom jordbrukssektorn under en period på tre beskattningsår inte överstiga det värde som är särskilt fastställt per medlemsstat – vilka värden som är gällande för respektive medlemsstat anges i en bilaga till förordningen. För svensk del är värdet fastställt till 30 217 500 euro. De ovan angivna stödtaken ska uttryckas i form av kontantbidrag. Alla siffror som används ska avse bruttobelopp, det vill säga belopp före eventuellt avdrag för skatt eller annan avgift. Om stöd beviljas i någon annan form än som kontantbidrag ska stödbeloppet vara lika med stödets bruttobidragsekvivalent.

I sammanhanget ska också nämnas att förordningen endast är tillämplig på stöd för vilket det i förväg är möjligt att beräkna den exakta bruttobidragsekvivalenten utan att göra någon riskbedömning, vilket innebär att stöd endast får lämnas om stödet anses vara genomsynligt. Vad gäller stöd i form av lån ska sådant betraktas som genomsynligt om bruttobidragsekvivalenten beräknas på grundval av de marknadsräntor som gäller när stödet beviljas. Ifråga om stöd i form av kapitaltillskott är sådant genomsynligt endast om det sammanlagda offentliga kapitaltillskottet inte överstiger taket för stöd av mindre betydelse. Stöd i form av riskkapitalåtgärder ska inte betraktas som genomsynligt stöd, utom om stödet till vart och ett av målföretagen inom ramen för den aktuella riskkapitalordningen inte överstiger taket för stöd av mindre betydelse.

Individuellt stöd som ges inom ramen för en garantiordning till företag som inte är företag i svårigheter ska betraktas som genomsynligt stöd av mindre betydelse endast om det garanterade lånebeloppet inte överskrider 56 250 euro per företag. Om den garanterade delen av lånet endast utgör en viss andel av detta tak ska garantins bruttobidragsekvivalent anses utgöra en lika stor andel av det tillämpliga taket på 7 500 euro under. Garantin får dock inte omfatta mer än 80 procent av lånet för att stödet ska omfattas av förordningen.

Vad gäller de krav på själva proceduren som kringgärdar de minimis-stöd inom jordbrukssektorn ska observeras att förordningen ålägger den aktuella medlemsstaten att skriftligen informera företaget om det planerade stödbeloppet (uttryckt som bruttobidragsekvivalent) och att stödet utgör ett så kallat de minimis-stöd, eller mer korrekt, ett stöd av mindre betydelse, genom att uttryckligen hänvisa till den nu aktuella förordningen. Om stöd av mindre betydelse ges till olika företag enligt en viss stödordning och företagen beviljas olika stödbelopp, kan den berörda medlemsstaten uppfylla denna skyldighet genom att informera företagen om ett fast belopp som motsvarar det högsta stödbelopp som kan beviljas enligt stödordningen. Innan medlemsstaten beviljar stödet ska den från det berörda företaget inhämta en skriftlig redogörelse för allt annat stöd av mindre betydelse som företaget fått under de två föregående och det innevarande beskattningsåret.

En medlemsstat får inte heller bevilja ett nytt de minimis-stöd förrän det har kontrollerats att detta inte medför att det totala beloppet av stöd av mindre betydelse som delats ut under den period som omfattar beskattningsåret i fråga och de båda föregående beskattningsåren överstiger det accepterade stödtaket.

3.9.4 Möjligheten till undantag från statsstödsreglerna

Då stöd till jordbruksföretag inte kan undantas från statsstödsrättens tillämpning med hänvisning till att det rör sig om ett sådant stöd av mindre betydelse som avses i förordning (EG) nr 1535/2007 av den 20 december 2007 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse inom sektorn för produktion av jordbruksprodukter, innebär inte det per automatik att stödet som sådant är förbjudet eller att det alltid måste anmälas till kommissionen innan det verkställs. I likhet med många andra typer av stöd kan också stöd inom jordbrukssektorn komma att undantas från det generella förbudet med hänvisning till artikel 107.3. Under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda, nämligen de som följer av kommissionens förordning (EG) nr 1857/2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag som är verksamma inom produktion av jordbruksprodukter, kan en medlemsstat stödja företag inom jordbrukssektorn utan att först anmäla åtgärden till kommissionen – och om villkoren i förordningen inte är uppfyllda kan undantag beviljas av kommissionen efter att den granskat åtgärden. I det senare fallet utgår kommissionen från de riktlinjer man fastställt, Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till jordbruk och skogsbruk 2007-2013 (2006/C 319/01), då man avgör om ett stöd ska anses omfat-

tas av de undantagsmöjligheter som följer av artikel 107.3. I det följande behandlas de möjligheter till undantag från anmälningsskyldigheten enligt 108.3 EUF-fördraget som följer av förordning 1857/2006/EG. Ifråga om kommissionens riktlinjer hänvisas till dessa.[290]

Vad gäller stöd till företag som ägnar sig åt bearbetning och saluföring av jordbruksprodukter har kommissionen uttryckt att sådana aktiviteter ofta liknar bearbetning och saluföring av industriprodukter, varför man ansett det vara lämpligare att låta sådana verksamheter omfattas av regleringen rörande industriprodukter.[291] Ifråga om stöd till företag verksamma inom de ovan angivna områdena ska sådana följaktligen bedömas i förhållande till bestämmelserna i den allmänna gruppundantagsförordningen.[292]

Den största delen av det stöd som lämnas till företag inom jordbrukssektorn kan dock komma att bedömmas i enlighet med den särskilda gruppundantagsförordning som styr stöd till företag verksamma inom primär jordbruksproduktion, kommissionens förordning (EG) nr 1857/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag som är verksamma inom produktion av jordbruksprodukter.

Av förordning följer att överblickbart stöd som beviljas små och medelstora jordbruksföretag som är verksamma inom primär produktion av jordbruksprodukter ska anses vara förenligt med den inre marknaden och dessutom undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 om förordningens krav är tillgodosedda. Att stöd ska vara överblickbart innebär att det på förhand ska vara möjligt att exakt beräkna bruttobidragsekvivalenten uttryckt i procent av de stödberättigande kostnaderna utan att behöva göra en riskbedömning, artikel 2.18 i förordning 1857/2006/EG.

I likhet med flertalet andra liknande regleringar ska dock inte heller den aktuella förordningen vara tillämplig på exportrelaterade stöd, det vill säga stöd som är direkt kopplade till exportvolymen, stöd till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter i samband med exportverksamhet, samt stöd som gynnar användningen av inhemska varor på bekostnad av importerade sådana.

I förordningen regleras flera olika typer av stöd, och respektive reglering redogörs summariskt för nedan.

[290] Se Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till jordbruk och skogsbruk 2007-2013 (2006/C 319/01).

[291] Se beaktandesats 6 i förordning 1857/2006/EG.

[292] Se förordning 800/2008/EG (den allmänna gruppundantagsforordningen) vilken behandlas ovan i avsnitt 3.4.

Investeringar i jordbruksföretag

Av artikel 4 följer att stöd till investeringar i jordbruksföretag inom gemenskapen för primär produktion av jordbruksprodukter under vissa premisser kan undantas från både det generella förbudet mot statliga stöd med hänvisning till artikel 107.3 c och anmälningsskyldigheten i artikel 108.3.

För att undantag ska medges fordras att bruttostödnivån inte överskrider 50 procent av de stödberättigande investeringarna i mindre gynnade områden eller i de områden som anges i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005/EG, och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen. Ifråga om andra områden än de som angetts ovan ska motsvarande siffra vara 40 procent. Om investeringen görs av en ung jordbrukare inom fem år efter etableringen kan en bruttostödnivå som är 10 procentenheter högre än vad som annars gäller accepteras. Om investeringen ska göras i de yttersta randområdena eller på de mindre Egeiska öarna får stödet motsvara 75 procent av de stödberättigande investeringarna.

Om investeringar leder till extra kostnader i samband med skydd och förbättring av miljön, förbättring av hygienförhållanden inom djurhållningen eller förbättrat djurskydd inom animalieproduktionen kan stöd motsvarande 75 procent av de stödberättigade investeringarna accepteras om investeringen görs i ett mindre gynnat område, och 60 procent i andra områden. Ett krav för att så stora stöd ska omfattas av förordningen är däremot att de gynnade investeringarna går längre än lägsta gällande gemenskapskrav eller gäller investeringar som görs för att uppfylla nyligen införda minimikrav. Ökningen ska begränsas till de extra stödberättigande kostnader som krävs och den ska inte gälla investeringar som leder till ökad produktionskapacitet.

De stödberättigande kostnaderna får bland annat omfatta byggande, förvärv eller förbättring av fast egendom, inköp eller hyrköp av maskiner och utrustning, inklusive datorprogram, upp till tillgångens marknadsvärde.

Stöd får emellertid inte beviljas för köp av produktionsrättigheter, djur och växter, plantering av ettåriga växter, dräneringsarbeten eller bevattningsutrustning och bevattningsarbeten – under förutsättning att en sådan investering inte leder till att vattenanvändningen minskar med minst 25 procent, samt rena ersättningsinvesteringar. Stöd får inte heller beviljas för framställning av imitations- eller ersättningsprodukter för mjölk och mjölkprodukter.

De investeringar som drar nytta av ett statligt stöd ska syfta till att uppnå bland annat följande mål:

- Minskade produktionskostnader
- Förbättring och omfördelning av produktionen
- Höjd kvalitet
- Bevarande och förbättring av den naturliga miljön, hygienförhållandena eller nivån på djurskyddet

Som ytterligare krav gäller att stöd endast får beviljas till jordbruksföretag som inte utgör ett så kallat företag i svårigheter. Dessutom följer det av förordningen att stöd inte får begränsas till särskilda jordbruksprodukter, varför det ska vara öppet för alla jordbrukssektorer, såvida inte en medlemsstat utesluter vissa produkter på grund av överkapacitet eller brist på avsättningsmöjligheter.

Därtill ska nämnas att förordningen innehåller en bestämmelse som slår fast att ett enskilt företag maximalt får stödjas med ett belopp som inte överstiger 400 000 euro under en period som omfattar tre räkenskapsår, eller 500 000 euro om företaget är beläget i ett mindre gynnat område eller i ett sådant område som avses i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005/EG och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen.

Bevarande av traditionella landskap och byggnader

Också stöd som lämnas till bevarande av traditionella landskap och de företagsbyggnader som berörs av produktion, bearbetning eller saluföring av jordbruksprodukter ska anses vara förenligt med den inre marknaden med hänvisning till artikel 107.3 c och dessutom undantas från anmälningsskyldigheten under förutsättning att de villkor som följer av artikel 5 i förordningen är uppfyllda.

Stöd får beviljas upp till 100 procent av de faktiska kostnaderna för investeringar eller större arbeten som syftar till att bevara ett icke-produktivt natur- eller kulturarv på ett jordbruksföretag, såsom ett arkeologiskt eller historiskt arv. Kostnaderna får inbegripa rimlig ersättning för arbete som jordbrukaren själv eller hans anställda utför upp till ett tak på 10 000 euro per år.

Om en investering eller ett större arbete syftar till att bevara kultur- eller naturarv i produktiva tillgångar på jordbruksföretag, såsom jordbruksbyggnader, får stöd beviljas med upp till 60 procent av de faktiska kostnaderna, eller 75 procent i mindre gynnade områden eller i områden som

anges i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005/EG och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen, förutsatt att investeringen inte medför någon ökning av produktionskapaciteten för företaget.

Om en ökning av produktionskapaciteten kommer till stånd ska de stödnivåer som gäller för generella investeringar i jordbruksföretag tillämpas när det gäller stödberättigande utgifter som härrör från genomförande av det aktuella arbetet med bruk av normala nutida material. Ytterligare stöd får beviljas upp till nivån 100 procent för att täcka extra kostnader som uppstår på grund av att traditionella material används för att bibehålla byggnadens karaktär av kulturarv.

Flyttning av jordbruksbyggnader i det allmänna intresset

Av artikel 6 i förordning 1857/2006/EG följer att också stöd till flyttning av jordbruksbyggnader i det allmänna intresset kan medges med hänvisning till artikel 107.3 EUF-fördraget utan att stödåtgärden först ska anmälas till kommissionen. En grundläggande förutsättning för att undantaget ska aktualiseras är att det allmänna intresse som åberopas är detaljerat angivet i medlemsstatens tillämpliga bestämmelser.

Stöd får beviljas med upp till 100 procent av de faktiska kostnaderna för att täcka kostnader som uppstår då en flyttning av en byggnad i det allmänna intresset består av att montera ned, flytta och åter bygga upp befintliga anläggningar. Om en flyttning i det allmänna intresset leder till att jordbrukaren får ta i bruk modernare anläggningar anges det i artikeln att jordbrukaren ska bidra med minst 60 procent, eller 50 procent i mindre gynnade områden eller i områden som anges i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005/EG och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen, av det ökade värde som den berörda anläggningen betingar efter flyttningen. Om stödmottagaren är en ung jordbrukare ska motsvarande bidrag vara minst 55 respektive 45 procent.

Också i händelse av att en flyttning leder till en ökning av produktionskapaciteten ska stödmottagaren bidra med minst 60 procent, eller 50 procent i mindre gynnade områden eller i områden som anges i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005 och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen, av utgifterna i samband med denna ökning. Om stödmottagaren är en ung jordbrukare ska bidraget uppgå till åtminstone 55 respektive 45 procent.

Startstöd till unga jordbrukare

Enligt artikel 7 i förordning 1857/2006/EG finns det också en möjlighet att lämna så kallat startstöd till unga jordbrukare med hänvisning till att det är förenligt med artikel 107.3 c utan att åtgärden för den skull först ska anmälas till kommissionen under förutsättning att de kriterier som fastläggs i artikel 22 i den ovan nämnda förordning 1698/2005/EG är uppfyllda.

Stöd till förtidspensionering

Även stöd till förtidspensionering av jordbrukare som producerar jordbruksprodukter kan omfattas av undantaget i artikel 107.3 c och dessutom undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3, vilket följer av artikel 8 i förordning 1857/2006/EG. För att ett sådant stöd ska accepteras krävs dels att de kriterier som fastläggs i artikel 23 i förordning 1698/2005/EG och alla regler som antas av kommissionen för att genomföra den artikeln är uppfyllda, dels att ett affärsmässigt jordbruk definitivt upphör.

Stöd till producentgrupper

En medlemsstat kan under vissa villkor också lämna stöd för att bilda producentgrupper eller producentsammanslutningar utan att åtgärden först måste anmälas till kommissionen.[293] Med en producentgrupp avses en grupp som bildas för att medlemmarna gemensamt, inom ramen för målen för den gemensamma organisationen av marknaden, ska anpassa sin produktion till marknadens krav, särskilt genom koncentration av utbudet. En producentsammanslutning är en sammanslutning av godkända producentgrupper som eftersträvar samma mål i större skala, artikel 2.12 och 2.13.

För att en medlemsstat ska få stödja producentgrupper eller producentsammanslutningar krävs att dessa enligt medlemsstatens lagstiftning är berättigade till stöd, att de är verksamma med produktionen av jordbruksprodukter och att de producentsammanslutningar som har ansvar för att övervaka att geografiska beteckningar, ursprungsbeteckningar och kvalitetsbeteckningar används i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen.

Dessutom uppställs i artikel 9.8 ett krav med innebörd att stöd endast får lämnas till producentgrupper eller producentsammanslutningar vilkas syfte är förenligt med rådets förordning om en gemensam organisation av marknaden.

[293] Artikel 9 i förordning 1857/2006/EG.

Stöd får inte heller lämnas till produktionsorganisationer, såsom företag eller kooperativ, som syftar till att förvalta en eller flera jordbruksföretag och som därför i praktiken är att betrakta som enskilda producenter. Det samma gäller stöd till andra jordbruksorganisationer med verksamhet som inbegriper jordbruksproduktion, såsom ömsesidigt stöd, avbytar- och företagsledningstjänster på medlemmarnas jordbruksföretag, men som inte inbegriper en gemensam anpassning av utbudet till marknaden.

För att stöd ska få lämnas med hänvisning till förordningen krävs att producentgruppernas eller producentsammanslutningarnas stadgar inbegriper en skyldighet för medlemmarna att saluföra produktionen enligt de regler om utbud och utsläppande på marknaden som gruppen har fastställt. Enligt stadgarna ska producenter som ansluter sig till gruppen vara medlemmar i minst tre år och anmäla sitt utträde ur gruppen med minst tolv månaders varsel. Dessutom ska stadgarna föreskriva gemensamma regler för produktionen, särskilt när det gäller produktkvalitet eller ekologiska odlingsmetoder eller andra metoder avsedda att skydda miljön, gemensamma regler för att släppa ut produkter på marknaden och regler om produktinformation med särskild hänsyn till skördar och tillgång. Producenterna skall dock behålla sitt ansvar för att driva sina jordbruksföretag. De avtal som sluts inom producentgruppen eller producentsammanslutningen ska till fullo följa alla tillämpliga föreskrifter i gällande konkurrenslagstiftning, särskilt artiklarna 101 och 102 i EUF-fördraget.

De stödberättigande kostnaderna får inbegripa hyra av lämpliga lokaler, inköp av kontorsutrustning, personalkostnader, fasta kostnader samt juridiska och administrativa avgifter. Om lokaler köps ska de stödberättigande kostnaderna begränsas till motsvarande marknadshyror. Stöd får inte beviljas för kostnader som uppstår efter det femte verksamhetsåret, eller som betalas ut efter det sjunde året efter det att producentorganisationen godkändes.

Det totala stöd som beviljas en producentgrupp eller producentsammanslutning i enlighet med artikel 9 i förordningen får inte överskrida 400 000 euro.

Stöd för bekämpande av djur- och växtsjukdomar samt skadedjursangrepp

Under vissa villkor kan också stöd som syftar till att kompensera jordbrukare för kostnader i samband med förebyggande och utrotning av djur- eller växtsjukdomar eller skadedjursangrepp – i form av kostnader för hälsokontroller, tester och andra undersökningsåtgärder, inköp och insättande av vaccin, mediciner och växtskyddsprodukter, slakt och destruk-

tionskostnader för djur och kostnader för destruktion av grödor – undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 EUF-fördraget, viket följer av artikel 10 i förordning 1857/2006/EG.

För att undantag från anmälningsskyldigheten ska beviljas fordras att:

- Bruttostödnivån inte överskrider 100 procent av de stödberättigade kostnaderna.
- Stödet beviljas som en naturaförmån i form av subventionerade tjänster, varför stödet inte får utgå i form av direkta penningbetalningar till producenter.

Ifråga om stöd som beviljas för att kompensera jordbrukare för förluster orsakade av djur- eller växtsjukdomar eller skadedjursangrepp krävs att kompensationen endast beräknas i förhållande till marknadsvärdet för djur som dödats eller växter som förstörts av sjukdomen eller skadedjursangreppet, eller för djur som dödats eller växter som förstörts på myndigheternas order som en del av ett obligatoriskt program för förebyggande och utrotning, och inkomstförluster till följd av karantänstvång och svårigheter när det gäller att förnya lagret eller genomföra omplantering. Ytterligare krav är att bruttostödnivån inte får överstiga 100 procent av de stödberättigade kostnaderna, samtidigt som stödet ska vara begränsat till förluster som orsakats av sjukdomar vilkas utbrott formellt har erkänts av offentliga myndigheter.

Det maximala beloppet för den stödberättigande kostnaden eller förlusten ska ifråga om stöd som syftar till att kompensera jordbrukare för kostnader i samband med förebyggande och utrotning av djur- eller växtsjukdomar eller skadedjursangrepp minskas med eventuella belopp som erhållits via försäkringssystem och kostnader som till följd av sjukdomen inte uppstått, men som i normala fall skulle ha uppstått.

För att stöd ska få lämnas med hänvisning till artikel 10 i förordningen krävs också att betalningarna avser sjukdomar eller skadegörare som omfattas av unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser, oavsett om de är fastställda i lagar eller i andra författningar. Betalningarna måste således ingå som en del av ett offentligt program på unionsnivå, på nationell nivå eller på regional nivå för förebyggande, kontroll eller utrotning av den aktuella sjukdomen eller skadegöraren. Sjukdomarna eller skadedjursangreppen måste tydligt anges i programmet, som också måste innehålla en beskrivning av de aktuella åtgärderna.

Stödet får inte heller avse en sjukdom för vilken det i unionens lagstiftning föreskrivs särskilda avgifter för kontrollåtgärder. Motsvarande gäller

om unionens lagstiftning föreskriver att kostnaden ska bäras av jordbruksföretaget, såvida inte kostnaden för sådana stödåtgärder helt och hållet täcks av obligatoriska producentavgifter.

Ifråga om djursjukdomar får stöd endast ges för sjukdomar som tas upp i den förteckning över djursjukdomar som upprättas av Världsorganisationen för djurens hälsa (OIE) och/eller i bilagan till rådets beslut 90/424/EEG.

Avslutningsvis ska nämnas att stödordningarna måste införas inom tre år efter det att utgiften eller förlusten uppstått och stödet måste betalas ut inom fyra år efter det att utgiften eller förlusten uppstått.

Stöd för förluster till följd av ogynnsamma väderförhållanden

Jordbrukare kan också om de krav som följer av artikel 11 i förordning 1857/2006/EG beviljas stöd av medlemsstaterna för att kompensera för förluster av växter, djur eller jordbruksbyggnader orsakade av ogynnsamma väderförhållanden som kan likställas med naturkatastrofer utan att åtgärden först måste anmälas till kommissionen.

Ifråga om stöd till växter och djur gäller att bruttostödnivån inte får överskrida 80 procent, eller 90 procent i mindre gynnade områden eller i områden som anges i artikel 36 a i–iii i förordning (EG) nr 1698/2005 och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen, av de minskade inkomsterna från försäljning av produkten till följd av de ogynnsamma väderförhållandena. Inkomstminskning ska beräknas genom att resultatet av multiplikationen av den produktmängd som framställts under det år då de ogynnsamma väderförhållandena uppstod med det genomsnittliga försäljningspriset under det året, subtraheras från resultatet av multiplikationen av den genomsnittliga årliga producerade mängden under den föregående treårsperioden (eller under tre år inom föregående femårsperiod, varvid de högsta och de lägsta värdena inte ska medräknas) med det genomsnittliga försäljningspriset. Det stödberättigande belopp som erhålls efter ovanstående beräkning kan höjas med andra särskilda kostnader som jordbrukaren drabbats av genom utebliven skörd på grund av de ogynnsamma väderförhållandena.

Den maximala stödberättigande förlusten ska dock minskas med eventuella belopp som erhållits via försäkringssystem och kostnader som till följd av de ogynnsamma väderförhållandena inte uppstått. Förlustberäkningen måste också utföras för det enskilda företaget.

Stödet måste betalas direkt till den berörda jordbrukaren eller till en producentorganisation i vilken jordbrukaren är medlem. Om stödet be-

talas till en producentorganisation får stödbeloppet inte överstiga det stödbelopp som skulle kunna beviljas jordbrukaren.

Från och med den 1 januari 2011 får stöd för förluster som orsakas av torka endast betalas av en medlemsstat som ifråga om jordbruket till fullo har genomfört artikel 9 i direktiv 2000/60/EG och som garanterar att kostnaderna för jordbrukets vattenförsörjning täcks genom tillräckliga bidrag från denna sektor.

Stödordningarna måste införas inom tre år efter det att utgiften eller förlusten uppstått. Stödet måste också betalas ut inom fyra år efter det att utgiften eller förlusten uppstått.

Vad gäller kompensation för skador på jordbruksbyggnader och jordbruksutrustning som orsakas av ogynnsamma väderförhållanden som kan likställas med naturkatastrofer får inte överskrida en bruttostödnivå på 80 procent, eller 90 procent i mindre gynnade områden eller i områden som anges i artikel 36 a i–iii i förordning 1698/2005/EG och som fastställs av medlemsstaterna i överensstämmelse med artiklarna 50 och 94 i den förordningen. För att stöd ska få lämnas krävs också att de ogynnsamma väderförhållanden som kan likställas med naturkatastrofer formellt har erkänts som sådana av de offentliga myndigheterna.

Även i dessa fall gäller att den maximala stödberättigande förlusten ska minskas med eventuella belopp som erhållits via försäkringssystem, och kostnader som till följd av de ogynnsamma väderförhållandena inte uppstått.

Dessutom ska förlustberäkningen göras för det enskilda företaget och stödet måste också ges direkt till den berörda jordbrukaren eller till en producentorganisation i vilken jordbrukaren är medlem. Om stödet betalas till en producentorganisation får stödbeloppet inte överstiga det stödbelopp som skulle kunna beviljas jordbrukaren.

Från och med den 1 januari 2010 ska den erbjudna ersättningen minskas med 50 procent, såvida den inte ges till jordbrukare som har tecknat en försäkring som täcker minst 50 procent av den genomsnittliga årsproduktionen eller produktionsrelaterade inkomsten och de enligt statistiken mest frekventa klimatriskerna i den berörda medlemsstaten eller regionen.

Precis som ifråga om stöd till växter och djur gäller att stödordningarna måste införas inom tre år efter det att utgiften eller förlusten uppstått. Stödet måste dessutom betalas ut inom fyra år efter det att utgiften eller förlusten uppstått.

Stöd till försäkringspremier

Enligt artikel 12 i förordningen behöver inte heller alltid stöd som lämnas till försäkringspremier alltid omfattas av det generella förbudet i artikel 107.1 och den anmälningsskyldighet som följer av artikel 108.3.

För att så ska vara fallet krävs däremot att bruttostödnivån inte överskrider 80 procent av kostnaden för försäkringspremier där det anges i försäkringsvillkoren att försäkringen endast omfattar förluster som orsakas av ogynnsamma väderförhållanden som kan likställas med naturkatastrofer eller maximalt 50 procent om så är fallet, det vill säga om försäkringen täcker sådana förluster, och/eller förluster som orsakas av djursjukdomar eller skadedjursangrepp.

Som ytterligare krav gäller att ett stöd inte får utgöra ett handelshinder på den inre marknaden för försäkringstjänster. Stöd får inte heller begränsas till försäkringar som tecknas med ett enda försäkringsbolag eller en grupp av företag eller ges på villkor att försäkringsavtalet ska slutas med ett företag som har säte i den berörda medlemsstaten.

Stöd till sammanläggning av skiften

En medlemsstat kan också med hänvisning till artikel 13 i förordningen stödja ett jordbruksföretag för att finansiera vissa kostnader i samband med att det ska sammanlägga skiften. Ett sådant stöd måste däremot begränsas till de juridiska och administrativa kostnaderna, inklusive förrättningskostnader och får inte heller överstiga 100 procent av kostnaderna.

Stöd för att uppmuntra produktion av kvalitetsprodukter från jordbruket

Stöd för att uppmuntra produktion av kvalitetsprodukter från jordbruket anses under vissa villkor också vara förenligt med den inre marknaden i enlighet med artikel 107.3 c i EUF-fördraget och kan undantas från anmälningsskyldigheten enligt artikel 108.3 om det uppfyller de villkor som anges i artikel 13 förordning 1857/2006/EG.

För det första ska stödet beviljas för att täcka kostnader för marknadsundersökningar, produktutformning och produktdesign, inklusive stöd till utarbetande av ansökningar om godkännande av geografiska beteckningar, ursprungsbeteckningar eller särartsskydd i enlighet med tillämpliga EU-förordningar, med upp till 100 procent i den utsträckning som kostnaderna hör samman med utveckling av kvalitetsprodukter från jordbruket. Stöd får också utgå med upp till 100 procent av kostnaderna för att införa kvalitetssäkringssystem, såsom ISO 9000 eller 14000, system baserade på

riskanalys och kritiska kontrollpunkter (HACCP) och spårbarhetssystem eller system för att säkra att normer för äkthet, saluföringsnormer eller miljörevisionsnormer efterlevs. Det samma gäller för kostnader företaget har för att utbilda personal i de olika kvalitetssäkringssystemen. Stöd får också lämnas för att täcka de kostnader i form avgifter som tas ut av erkända certifieringsorgan för inledande certifiering av kvalitetssäkringssystem och liknande system som jordbruksföretaget har.

Likaså får en medlemsstat stödja ett företag med upp till 100 procent av kostnaderna för obligatoriska kontroller som genomförs som en följd av EU-lagstiftning eller nationell lagstiftning genom eller på uppdrag av behöriga myndigheter, såvida inte företagen enligt EU-lagstiftningen själv ska stå för sådana kostnader.

För det andra gäller att stöd endast beviljas för kostnader för tjänster som tillhandahålls av en tredje part och/eller kontroller som utförs av eller på uppdrag av en tredje part, exempelvis behöriga tillsynsmyndigheter eller organ som verkar på deras uppdrag, eller oberoende organ som är ansvariga för kontroll och övervakning av geografiska beteckningar, ursprungsbeteckningar, ekologisk märkning eller kvalitetsmärkning, förutsatt att dessa beteckningar och märkningar är förenliga med EU-lagstiftningen. Stöd får inte heller beviljas för kostnader för kontroller som utförs av jordbrukaren eller företagaren själv, eller om det i EU-lagstiftningen föreskrivs att kostnaden för kontroller ska bekostas av producenterna, utan uppgift om den faktiska nivån på avgifterna.

För det tredje får inte stöd beviljas för investeringskostnader. Huvudregeln är också att stöd ska beviljas som naturaförmåner i form av subventionerade tjänster och får inte medföra direkta penningbetalningar till producenter.

Avslutningsvis ska nämnas att varje sådant stöd som avses i bestämmelsen ska vara tillgängligt för alla som är berättigade till det i det berörda området enligt objektivt utformade villkor.

Tillhandahållande av tekniskt stöd inom jordbrukssektorn

En medlemsstat kan också i enlighet med artikel 15 i förordningen stödja jordbruksföretag på så sätt att man lämnar så kallat tekniskt stöd.

Sådant stöd får täcka kostnader som avser utbildning av jordbrukare och jordbruksanställda i form av kostnader som går att hänföra till organisering av utbildningsprogram, kostnader för resa och uppehälle för deltagare i sådana utbildningar, samt kostnader för avbytare under jordbrukarens eller den anställdes frånvaro.

Därtill får stöd lämnas för avbytare så tillvida att stödet avser den faktiska kostnaden för att ersätta en jordbrukare, dennes partner eller en anställd vid sjukdom och ledighet.

Dessutom får stöd utgå för att bekosta konsulttjänster som tillhandahålls av en tredje part. Det är däremot endast sådana konsulttjänster som inte är av fortlöpande eller periodiskt återkommande slag eller rör företagets ordinarie driftsutgifter, till exempel rutinmässig skatterådgivning, regelbunden juridisk rådgivning eller annonsering, som får understödjas med hänvisning till förordningen.

En medlemsstat kan också med hänvisning till förordningen lämna stöd som avser anordnande och deltagande i forum för kunskapsutbyte mellan företag, i tävlingar, utställningar och mässor. De kostnader som i sådana fall får ersättas är deltagaravgifter, resekostnader, publikationer, hyra för utställningslokaler, och symboliska priser som delas ut i samband med tävlingar upp till ett värde av 250 euro per pris och vinnare.

Under förutsättning att enskilda företag, varumärken eller ursprung inte anges får en medlemsstat också bland annat stödja popularisering av vetenskaplig kunskap, faktauppgifter om kvalitetssystem som är öppna för produkter från andra länder, om generiska produkter och om fördelarna i näringshänseende med generiska produkter och förslag på användning av dessa.

Likaså kan en medlemsstat stödja publikationer såsom kataloger eller webbsidor där man presenterar faktauppgifter om producenter från en viss region eller om producenter av en viss produkt, förutsatt att uppgifterna och presentationen är neutrala och att alla berörda producenter har samma möjligheter att få vara med i publikationen.

De stöd som får utgå med hänvisning till förordningen får inte överstiga 100 procent av de stödberättigade kostnaderna och ska beviljas som naturaförmåner i form av subventionerade tjänster och får inte medföra direkta penningbetalningar till producenter.

Varje sådant stöd som motiveras med hänvisning till artikeln ska vara tillgängligt för alla som är berättigade till det i det berörda området enligt objektivt utformade villkor. Om tekniskt stöd tillhandahålls av producentgrupper eller andra organisationer får medlemskap i en sådan grupp inte utgöra ett villkor för att få tillgång till tjänsten. I sådana fall ska icke-medlemmens kostnad för den berörda gruppens eller organisationens administrativa kostnader begränsas till kostnaderna för tillhandahållandet av tjänsten.

Stöd till animaliesektorn

Även vissa stöd som lämnas till företag verksamma inom animaliesektorn kan accepteras under förutsättning att de krav som följer av artikel 16 i förordning 1857/2006/EG är uppfyllda. Av artikeln framgår dels att stöd på upp till 100 procent av de administrativa kostnaderna för att upprätta och föra stamböcker är tillåtet, dels att stöd på upp till 70 procent av kostnaderna för test som utförs av eller på uppdrag av tredje part för att avgöra besättningens avkastning eller genetiska kvalitet kan vara förenligt med EU:s statsstödsrätt.

Stöd för att täcka kostnaderna för kontroller som utförs av besättningens ägare eller kostnaderna för rutinkontroller av mjölkkvalitet kan dock inte beviljas undantag med hänvisning till förordningen.

I bestämmelsen stadgas också att stöd på upp till 100 procent av kostnaderna för bortskaffande av avlivade eller självdöda djur, och 75 procent av kostnaderna för destruering av sådana djurkroppar eller alternativt upp till ett likvärdigt belopp för kostnaderna för premier som erlagts av jordbrukare för försäkringar som täcker kostnaderna för bortskaffande och destruering av avlivade eller självdöda djur är tillåtet. Om stödet ifråga finansieras via avgifter eller obligatoriska bidrag till finansieringen av destrueringen av sådana djurkroppar kan stöd på upp till 100 procent av kostnaderna accepteras under förutsättning att avgifterna eller bidragen är begränsade till och direkt påläggs köttsektorn. Likaså anses stöd på upp till 100 procent vara förenligt med EU-rätten om det avser att täcka kostnader för bortskaffande och destruering av avlivade eller självdöda djur om det finns en skyldighet att utföra TSE-test på djuren i fråga. Stöd på upp till 100 procent av kostnaderna för TSE-test får också ges av medlemsstaterna.

När det gäller obligatoriska BSE-test av nötkreatur som slaktats för att användas som livsmedel får direkt eller indirekt stöd utgå på den premissen att stödet, inklusive EU:s utbetalningar, inte uppgår till mer än 40 euro per test. Beloppet avser de totala kostnaderna för testet, vilket inbegriper provtagningsutrustning, provtagning, transport, utförande av testerna, lagring och destruering av proven. Skyldigheten att genomföra testerna får grunda sig på såväl unionslagstiftning som nationell lagstiftning.

De ovan angivna möjligheter till undantag från det generella förbudet i artikel 107.1 och anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 förutsätter att det finns ett enhetligt program för att övervaka och garantera säkert bortskaffande av avlivade eller självdöda djur i medlemsstaten. För att underlätta administrationen av sådant statligt stöd får betalningen göras till ekono-

miska aktörer som är verksamma i produktionsled efter jordbrukaren och som tillhandahåller tjänster som har samband med bortskaffande och/eller destruering av avlivade eller självdöda djur, om det på ett tillfredsställande sätt kan visas att hela stödbeloppet överförs till jordbrukaren.

Ytterligare ett grundläggande villkor är att stödet inte får medföra direkta penningbetalningar till producenter.

Stöd som ges enligt vissa rådsförordningar

Enligt artikel 17 i förordningen ska också stöd som lämnas till små och medelstora företag med hänvisning till vissa rådsförordningar undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 – under förutsättning att de villkor som följer av förordningarna är uppfyllda. De förordningar som avses är förordning 1255/1999/EG, förordning 1782/2003/EG och förordning 2200/96/EG.

Förordningens allmänna bestämmelser

För att medges undantag enligt förordningen får som huvudregel stöd enligt en stödordning endast beviljas för verksamhet som redan har utförts eller tjänster som redan har tagits i anspråk efter det att stödordningen har inrättats och offentliggjorts i enlighet med förordningen.

Om stödordningen innebär en automatisk rättighet att få ta emot stöd utan att det behövs någon ytterligare åtgärd på administrativ nivå, får stödet i sig endast beviljas för verksamhet som genomförts eller tjänster som tagits i anspråk efter det att stödordningen har inrättats och offentliggjorts i enlighet med denna förordning.

Om det enligt stödordningen krävs att en ansökan lämnas in till den berörda behöriga myndigheten får stödet i sig endast beviljas för verksamhet som genomförts eller tjänster som tagits i anspråk efter det att stödordningen har inrättats och offentliggjorts i enlighet med den nu aktuella förordningen, en ansökan om stöd har på föreskrivet sätt lämnats till den berörda behöriga myndigheten och ansökan har godkänts av den berörda behöriga myndigheten på ett sådant sätt att myndigheten har förbundit sig att bevilja stödet, med tydligt angivande av vilket stödbelopp som har beviljats eller hur beloppet kommer att beräknas. Den behöriga myndigheten får fatta ett sådant beslut endast om den budget som är tillgänglig för stödet eller stödordningen inte är förbrukad.

För att medges undantag enligt förordningen får individuellt stöd utanför en stödordning endast beviljas för verksamhet som redan har utförts eller tjänster som redan har tagits i anspråk efter det att en ansökan om

stöd har på föreskrivet sätt lämnats till den berörda behöriga myndigheten och att ansökan har godkänts av den berörda behöriga myndigheten på ett sådant sätt att myndigheten har förbundit sig att bevilja stödet, med tydligt angivande av vilket stödbelopp som har beviljats eller hur beloppet kommer att beräknas. Den behöriga myndigheten får fatta ett sådant beslut endast om den budget som är tillgänglig för stödet eller stödordningen inte är förbrukad.

Av artikel 19 följer att de stödtak som fastställs i förordningen ska tillämpas oavsett om stödet för projektet eller verksamheten helt finansieras med statliga medel eller samfinansieras av EU. Stöd som undantas genom förordningen får inte heller kumuleras med annat statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 eller med annan finansiering från medlemsstaterna, inklusive stöd som omfattas av artikel 88.1 andra stycket i förordning 1698/2005/EG, eller finansiering av EU i förhållande till samma stödberättigande kostnader, om en sådan kumulering skulle leda till en högre stödnivå än den som fastställs i den förordning 1857/2006/EG.

Stöd som undantas genom förordningen får dessutom inte kumuleras med stöd av mindre betydelse i den mening som avses i förordning 1860/2004/EG i förhållande till samma stödberättigande kostnader eller investeringsprojekt, om en sådan kumulering skulle leda till en högre stödnivå än den som fastställs i den nu behandlade förordningen.

Senast tio arbetsdagar innan en stödordning som är undantagen enligt förordningen träder i kraft, eller innan ett individuellt stöd som är undantaget enligt den samma och inte omfattas av någon stödordning beviljas, är medlemsstaterna enligt förordningens artikel 20.1 skyldiga att till kommissionen överlämna en sammanfattning av uppgifterna om stödordningen eller det individuella stödet enligt den förlaga som återfinns i bilaga 1 till förordningen.

Medlemsstaterna är också förpliktigade att föra detaljerade register över de stödordningar som undantas genom förordningen, de individuella stöd som beviljas enligt stödordningarna samt de individuella stöd som undantas enligt förordningen och som beviljas vid sidan om en befintlig stödordning.

3.10 Stöd inom fiskeri- och vattenbrukssektorn

Ett område som i likhet med jordbruksområdet är särskilt reglerat inom EU är fiskeri- och vattenbrukssektorn. Precis som ifråga om regleringen av statliga stöd inom jordbrukssektorn är statsstödsreglerna i fördraget

endast tillämpliga om Rådet slagit fast att så ska vara fallet. I och med att det av artikel 32 i förordning 104/2000/EG följer att artikel 107–109 ska tillämpas i de fall annat inte är särskilt reglerat så är statsstödsreglerna som utgångspunkt av stor betydelse också för stöd till företag verksamma inom fiskeri- och vattenbrukssektorn.

Det finns däremot särskilda undantag som i praktiken begränsar statsstödsreglernas tillämpning på stöd till företag inom fiskeri- och vattenbrukssektorn, dels i form av en särskild de minimis-reglering, dels i form av en särskild gruppundantagsförordning.

3.10.1 De minimis-stöd inom fiskeri- och vattenbrukssektorn

Den särskilda de minimis-regleringen följer av kommissionens förordning 875/2007/EG och reglerar möjligheten att utan föregående anmälan till kommissionen lämna stöd till företag inom fiskerisektorn, det vill säga företag som bedriver verksamhet med produktion, bearbetning och saluföring av fiskeriprodukter,[294] med hänvisning till att stödet ifråga inte uppfyller samtliga villkor i artikel 107.1 EUF-fördraget.

Förordningen är dock inte tillämplig på stöd vars storlek fastställs på grundval av priset på eller mängden av de produkter som släpps ut på marknaden, eller på exportrelaterade stöd, det vill säga stöd som är direkt knutna till exporterade kvantiteter, till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter som har samband med exportverksamhet. Det samma gäller stöd som gynnar användningen av inhemska varor på bekostnad av importerade varor och som huvudregel stöd som syftar till att öka fiskekapaciteten. En medlemsstat kan inte heller med stöd av förordningen lämna stöd till inköp eller byggande av fiskefartyg, eller välja att stödja företag i svårigheter.

För att en åtgärd ska utgöra ett stöd av mindre betydelse, och därmed inte uppfylla samtliga kriterier i artikel 107.1, krävs att stöd som beviljas ett företag inte överstiger 30 000 euro under en period av tre beskattningsår. Om ett sammanlagt stödbelopp överskrider detta tak, omfattas stödet inte av förordningen ens för den del av stödbeloppet som inte överskrider taket.

Utöver ett stödtak vad gäller stöd till varje enskilt företag innehåller den aktuella förordningen också en gräns för det totala stöd som en medlemsstat kan lämna med hänvisning till förordningen till företag inom fiske-

[294] Med fiskeriprodukter avses produkter enligt definitionen i artikel 1 i förordning 104/2000/EG. Med bearbetning och saluföring avse all verksamhet, inklusive hantering, behandling, produktion och distribution, som utförs mellan landningen eller skörden och slutproduktfasen.

risektorn. För svensk del får det totala värdet av de stöd som lämnas till företag inom fiskerisektorn inte överstiga 11 153 000 euro under någon period av tre beskattningsår, vilket följer av bilagan till förordningen.

Som ytterligare ett krav för att förordningen ska vara tillämplig gäller att det på förhand ska vara möjligt att beräkna den exakta bruttobidragsekvivalenten utan att göra någon riskbedömning. Det ska framför allt ske genom att:

- stöd i form av lån ska behandlas som överblickbart stöd av mindre betydelse om bruttobidragsekvivalenten beräknas på grundval av de marknadsräntor som gällde när stödet beviljades,
- stöd i form av kapitaltillskott inte ska anses vara överblickbart stöd av mindre betydelse, såvida inte det sammanlagda offentliga kapitaltillskottet ligger under taket för stöd av mindre betydelse,
- stöd i form av riskkapitalåtgärder inte ska betraktas som överblickbart stöd av mindre betydelse, såvida inte stödet till vart och ett av målföretagen ligger under taket för stöd av mindre betydelse.

Om en medlemsstat som har för avsikt att gynna företag verksamma inom fiskerisektorn inte kan dra nytta av den undantagsmöjlighet som följer av den särskilda de minimis-förordningen innebär inte det per automatik att åtgärden är förbjuden eller ens att den måsta anmälas till kommissionen. En sådan åtgärd kan nämligen omfattas av den allmänna gruppundantagsförordningen, och ännu troligare, den gruppundantagsförordning som styr stöd till små och medelstora företag som är verksamma inom produktion, beredning och saluföring av fiskeriprodukter, förordning 736/2008/EG.

3.10.2 Den allmänna gruppundantagsförordningen inom fiskerisektorn

Kommissionens förordning (EG) nr 736/2008 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag som är verksamma inom produktion, beredning och saluföring av fiskeriprodukter är tillämplig på genomsynligt stöd som beviljas små och medelstora företag som är verksamma inom produktion, beredning eller saluföring av fiskeriprodukter, men med några undantag. Förordningen gäller inte för:

- stöd, vars belopp bestämts utifrån pris eller kvantitet för de produkter som saluförs på marknaden,

- exportrelaterade stöd, det vill säga stöd som är direkt kopplade till exportvolymen, till skapandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter i samband med exportverksamhet,
- stöd som gynnar användningen av inhemska varor på bekostnad av importerade,
- stöd som beviljas företag i svårigheter,
- stödordningar som inte uttryckligen utesluter utbetalning av individuellt stöd till förmån för ett företag som är föremål för ett betalningskrav på grund av ett tidigare kommissionsbeslut om att ett stöd är olagligt och oförenligt med den gemensamma marknaden,
- stöd för särskilda ändamål till ett företag som är föremål för ett betalningskrav till följd av ett tidigare kommissionsbeslut om att ett stöd är olagligt och oförenligt med den gemensamma marknaden.

Förordningen är inte heller tillämplig på stöd för enskilda projekt med stödberättigande kostnader som överstiger 2 miljoner euro eller där stödbeloppet överstiger 1 miljon euro per stödmottagare och år.

Med fiskeriprodukter avses både produkter som fångas till havs och i inlandsvatten och de vattenbruksprodukter som förtecknas i artikel 1 i förordning 104/2000/EG. Med små och medelstora företag ska förstås företag som omfattas av definitionen i artikel 2.7 i den allmänna gruppundantagsförordningen.[295] Därtill ska nämnas att kravet på att stöd ska vara genomsynligt för att en åtgärd ska kunna undantas från anmälningsskyldigheten med hänvisning till förordningen innebär att det på förhand ska vara möjligt att exakt beräkna bruttobidragsekvivalenten utan att en riskbedömning behöver göras.

Som villkor för att stöd ska få utgå med hänvisning till förordningen, utan att åtgärden först måste anmälas till kommissionen, gäller att all den information som kommissionen föreskriver i förordningens artikel 25.1 skickats in till kommissionen och att stöden innehåller en uttrycklig hänvisning till förordningen med angivande av förordningens titel och en hänvisning till dess offentliggörande i EUT. Motsvarande gäller för stödordningar.

Innan stöd beviljas enligt förordning ska medlemsstaterna också kontrollera att de åtgärder som finansieras och deras effekter är förenliga med

[295] Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 2 juli 2008 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget i vilka vissa former av stöd förklaras vara förenliga med den gemensamma marknaden. Se också ovan avsnitt 3.4–3.8.

gemenskapslagstiftningen. Stöd får endast undantas inom ramen för förordningen om det för stödets beviljande explicit anges att stödmottagarna under stödperioden måste följa reglerna i den gemensamma fiskeripolitiken och att stödet ska återbetalas i proportion till hur allvarlig överträdelsen är om det under stödperioden visar sig att stödmottagaren inte följer reglerna i den gemensamma fiskeripolitiken.

Stöd som undantas genom förordning får inte kumuleras med något annat stöd som undantas genom förordning eller med stöd av mindre betydelse som uppfyller villkoren i förordning 875/2007/EG, eller med annan gemenskapsfinansiering som helt eller delvis avser samma stödberättigande kostnader, om en sådan kumulering leder till att stödet överskrider den högsta tillåtna stödnivån eller det högsta tillåtna stödbeloppet för denna typ av stöd enligt förordningen.

Det är emellertid enligt artikel 7 endast stöd som har en stimulanseffekt som kan undantas med hänvisning till förordningen. Stöd ska anses ha en stimulanseffekt om det ger mottagaren möjlighet att genomföra verksamhet eller projekt som denne inte skulle ha genomfört på samma sätt utan stöd. Villkoret ska anses vara uppfyllt om stödmottagaren har lämnat in en stödansökan till den berörda medlemsstaten innan arbetet med projektet eller verksamheten inleds.

Det är endast vissa i förordningen angivna kategorier av åtgärder som kan gynnas av undantag med hänvisning till förordningen, nämligen stöd som lämnas för definitivt upphörande av fiskeverksamhet, stöd för tillfälligt upphörande av fiskeverksamhet, stöd för socioekonomisk kompensation för förvaltningen av fiskeflottan, stöd för produktiva investeringar i vattenbruk, stöd för miljövårdande åtgärder inom vattenbruket, stöd till åtgärder för folkhälsa, stöd till åtgärder för djurhälsa, stöd till inlandsfiske, stöd till beredning och saluföring, stöd till åtgärder av gemensamt intresse, stöd till åtgärder avsedda att skydda och utveckla den akvatiska faunan och floran, stöd till investeringar i fiskehamnar, landningsplatser och skyddshamnar, stöd till utveckling av nya avsättningsmöjligheter och reklamkampanjer, stöd till pilotprojekt, stöd till ändringar för omställning av fiskefartyg, stöd till tekniskt stöd, samt stöd i form av skattebefrielse i enlighet med direktiv 2003/96/EG.

I de fall en statlig stödåtgärd inte kan undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 med hänvisning till gruppundantagsförordningen inom fiskerisektorn innebär inte det per automatik att åtgärden omfattas av förbudet i artikel 107.1 – efter en anmälan till kommissionen kan denna tillåta en stödåtgärd med hänvisning till artikel 107.3 c. Vid en sådan

bedömning utgår kommissionen ifrån de riktlinjer man tagit fram, kommissionens riktlinjer för granskning av statligt stöd inom sektorn för fiske och vattenbruk (2008/C 84/06). För mer information se riktlinjerna.

3.11 Kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och förekomsten av stöd

Ett område som fått tämligen stort utrymme i ett statsstödsrättsligt perspektiv utgörs av de utmaningar som följer av att medlemsstaterna väljer att kompensera företag för att dessa ska tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Anledningen till denna utveckling torde återfinnas i det faktum att medlemsstaterna i större utsträckning än tidigare valt att organisera tillhandahållandet av välfärdstjänster på nya sätt varvid många marknader dessutom i varierande utsträckning liberaliserats. Numera är det därför vanligt förekommande att privata och offentliga företag utför tjänster i allmänhetens intresse, eller annorlunda uttryckt, tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Exempel på sådana tjänster utgörs inte sällan av postservice och olika typer av tjänster som avser tillhandahållande av infrastruktur. Då det allmänna uppdrar sådan verksamhet till privata eller offentliga företag innebär det också att de företagen inte alltid kan agera marknadsmässigt. Av den anledningen är det inte ovanligt att det allmänna då kompenserar företagen för de ökade utgifterna eller minskade intäkterna.

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är ett EU-rättsligt begrepp som emanciperar från artikel 106 i EUF-fördraget. I artikeln regleras förhållandet mellan EU:s konkurrensrätt och nationella konkurrensbegränsande offentliga regleringar. Artikelns första stycke riktar sig till medlemsstaterna och upplyser dem om att de inte heller genom företag som de har ett inflytande över får vidta eller behålla åtgärder som strider mot fördragets regler, speciellt nämns fördragets konkurrensregler. I artikelns andra stycke föreskrivs inledningsvis att även företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska omfattas av fördragets konkurrensregler, inklusive statsstödsreglerna. Därefter medges undantag från fördragets konkurrensregler för sådan verksamhet om fördragets konkurrensregler omöjliggör för dylika företag att fullgöra sina åligganden.

Ur ett statsstödsrättsligt perspektiv är området speciellt, inte minst beroende på att åtgärder som det allmänna vidtar för att kompensera företag

som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse helt kan komma att falla utanför det statsstödsrättsliga regelverket – i vilka fall man svårligen kan tala om att det rör sig om undantag från det generella förbudet i artikel 107.1, snarare kan man tala om en icke-tillämpning. Under förutsättning att de villkor som följer av mål C-280/00, Altmark respektive den särskilda de minimis-förordningen[296] är uppfyllda så faller kompensation som utgår för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse helt utanför den statsstödsrättsliga kontrollen i och med att en sådan åtgärd då inte omfattas av definitonen i artikel 107.1. Men även om en åtgärd i form av en kompensation för tillhandahållande av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse skulle omfattas av den statsstödsrättsliga regleringen, i den mening att de möjligheter till icke-tillämpning som följer av Altmark eller den särskilda de minimis-förordningen inte kan aktualiseras så kan åtgärden ifråga under vissa villkor ändå omfattas av något av de statsstödsrättsliga undantagen. Dels har kommissionen utfärdat ett beslut av vilket det följer att en statlig stödåtgärd i form av kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte behöver anmälas till kommissionen innan den verkställs under förutsättning att beslutets villkor är uppfyllda,[297] dels kan en sådan stödåtgärd medges undantag från det generella förbudet i artikel 107.1 efter anmälan till kommissionen, varvid kommissionen tillämpar regleringen i artikel 106.2.

Som en grundläggande förutsättning för att en kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse antingen helt ska kunna falla utanför det statsstödsrättsliga regelverket eller omfattas av något av de ovan angivna undantagen krävs att den tjänst som företaget ska tillhandahålla utgör just en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. I det följande ska därför inledningsvis redogöras för vad som ryms inom det begreppet. Ett ytterligare krav i sammanhanget är att det företag som kompenseras blivit anförtrodd att tillhandahålla tjänsten ifråga, varför just det kravet behandlas i avsnitt 3.11.2. Därefter redogörs för de olika möjligheterna till en icke-tillämpning respektive undantag från de statsstödsrättsliga bestämmelserna just ifråga om kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

[296] Förordning 360/2012/EG.

[297] Kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljats vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG), EUT nr L 312, 29.11.2005, s. 67–73.

3.11.1 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

I samband med bedömningen om en åtgärd som vidtas för att kompensera ett företag för att det ska kunna tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse, oavsett vilken av de ovan beskrivna grunderna för undantag som anförs, måste man inledningsvis avgöra om den aktuella tjänsten utgör just en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse.

Tjänster är ett generellt begrepp som förekommer på flera ställen i fördraget. Begreppet definieras i artikel 57 EUF-fördraget som "... prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer." Av artikel 57 framgår vidare att med tjänster avses särskilt verksamhet av industriell eller kommersiell natur, samt verksamhet inom hantverk och fria yrken.

Till skillnad från tjänstebegreppets residuumdefinition i artikel 57 ska begreppet däremot ges en vid tolkning då det används i anslutning till artikel 106.2. Således omfattas alla aktiviteter som har för avsikt att ta tillvara samhällets allmänna ekonomiska intressen och som innefattar ett visst mått av tjänsteutförande av tjänstebegreppet i samband med en tillämpning av artikel 106.2.[298]

Enligt ordalydelsen i artikel 106.2 är det endast allmänna intressen av ekonomisk karaktär som ska beaktas vid tillämpningen. EU-domstolen har likväl givit begreppet en vidare tolkning och inte endast tagit hänsyn till ekonomiska intressen, utan även bland annat sociala intressen har beaktats. De ekonomiska inslagen ska följaktligen tolkas vidsträckt.[299] Sierra förordar därför att man istället för att tala om allmänna ekonomiska intressen borde tala om ekonomiska allmänna intressen.[300]

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har av kommissionen definierats som tjänster vilka utförs i det allmännas intresse på villkor som definieras av medlemsstaten ifråga och som därför omfattas av särskilda förpliktelser från medlemsstaternas sida. Avgörande för om ett företag tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är också att det aktuella företaget bedriver verksamhet som skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet samtidigt som den aktuella verksamheten inte likaväl hade kunnat bedrivas tillfredsställande av ett företag som verkar på den öppna marknaden.[301] En

[298] Se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 88.
[299] Se Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, 1999, s. 277 f.
[300] Se Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, 1999, s. 278.
[301] Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd (Icke-officiellt dokument), Europeiska kommissionen, GD Konkurrens, 12/11/2002, s. 8, p. 21–22.

tjänst kan därför endast anses utgöra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse om tjänsten ifråga inte redan tillvaratas på acceptabla villkor på marknaden. Ytterligare ett krav för att en tjänst ska anses utgöra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse är att den riktar sig till medborgarna eller är i samhällets intresse som helhet. Utgångspunkten är således att tjänster som primärt tillhandahålls företag inte kan anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Det ska däremot observeras att det inte finns någon uttömmande definition av begreppet inom EU-rätten, varför medlemsstaterna givits stor frihet att avgöra vad som ska klassificeras som ett allmänt ekonomiskt intresse.[302] Det är således medlemsstatens allmänna ekonomiska eller sociala intresse som är avgörande för om artikel 106.2 ska tillämpas. Detta innebär emellertid inte att medlemsstaterna ensamma är fria att definiera vilken verksamhet som ska omfattas av ett allmänt ekonomiskt intresse, utan begreppet är snarare unionsrättsligt. En reservation i sammanhanget är däremot att begreppet inte kan ges en identisk tolkning i samtliga medlemsstater till följd av skiftande samhällsförhållanden.[303]

Medlemsstaterna har sålunda ett stort handlingsutrymme att avgöra vad som ska anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket emellertid inte utesluter att kommissionen ingriper då uppenbara fel vid klassificeringen av sådana tjänster begås av medlemsstaterna.[304] Kommissionen kan därför i viss mån uttala sig om vilken verksamhet som kan anses utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Av EU-domstolens praxis framgår också att möjligheten för medlemsstaterna att själva avgöra vad som utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte är obegränsad i och med att kommissionen ges en viss, om än inskränkt, behörighet att uttala sig om hur offentlig verksamhet lämpligen ska organiseras.[305]

[302] Se t.ex. mål T-289/03, BUPA, p. 172.

[303] Se t.ex. Edwardsson, Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar, 2003, s. 138.

[304] Se skäl 7 i ingressen till kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2005/842/EG), EUT nr L 312, 29.11.2005, s. 67–73 (kommissionens beslut av den 28 november 2005 om tillämpningen av artikel 86.2 EG).

[305] Se t.ex. mål T-106/95, Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) m.fl. mot kommissionen, REG 1997 s. II-229, p. 192, där domstolen uttalade att "[...] då det inte finns några gemenskapsrättsliga föreskrifter på området har kommissionen [...] inte behörighet att uttala sig om vare sig organisationen och omfattningen av de offentliga uppdrag som åligger ett offentligt företag eller lämpligheten av de politiska val som de behöriga nationella myndigheterna gör i detta avseende, på villkor att de verksamheter som utförs

Som exempel kan nämnas att lastning, lossning, omlastning, lagring och därtill även allmän hantering av varor och alla slags material i en hamn inte ansetts utgöra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, i och med att den aktuella verksamheten inte kännetecknades av speciella särdrag i förhållande till annan ekonomiskt verksamhet.[306] Däremot ansåg EU-domstolen att lotsning var en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse då lotsarna var skyldiga att tillhandahålla samtliga trafikanter allmän lotstjänst.[307]

En tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse har också ansett föreligga då ett företag anförtrotts att samla in, befordra och dela ut post till samtliga konsumenter, till enhetliga taxor och liknande kvalitetsvillkor inom hela medlemsstatens territorium, utan hänsyn till särskilda förhållanden eller till den skiftande ekonomiska lönsamheten hos varje enskild transaktion.[308] Däremot utgjorde inte tjänster som tillfredsställde särskilda behov hos näringsidkare, som inte tillgodosågs av den traditionella postverksamheten, tjänster av allmänt ekonomiskt intresse då de kunde skiljas från den traditionella postverksamheten.[309]

Som andra exempel på ekonomiska aktiviteter som enligt EU-domstolens praxis varit av ett allmänt ekonomiskt intresse kan nämnas:

- distribution av television,[310]
- distribution av telekommunikation,[311]
- distribution av elektricitet,[312] och
- transporttjänster.[313]

Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan således täcka en mängd olika typer av verksamheter som bland annat inbegriper tillhandahållande av infrastruktur, men det kan också innefatta exempelvis vård- och omsorgstjänster.

Ett allmänt ekonomiskt intresse utgörs således i regel av sådan ekonomisk service som är nödvändig för den stora allmänheten i en sådan

---

i den konkurrensutsatta sektorn inte drar fördel av det beviljade stödet i fråga och att det utgivna stödet inte överskrider vad som är nödvändigt för att säkerställa att den särskilda uppgift som det berörda företaget har tilldelats fullgörs."

306 Mål C-179/90, Porto di Genova, p. 27 och mål C-242/95, DSB, p. 53.

307 Mål C-266/96, Corsica Ferries, p. 45.

308 Mål C-320/91, Corbeau, p. 15.

309 Mål C-320/91, Corbeau, p. 19.

310 Mål 155/73, Giuseppe Sacchi, p. 14.

311 Mål C-18/88, GB-Inno, p. 16.

312 Mål C-393/92, Commune d'Almelo, p. 47.

313 Mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen, p. 55.

utsträckning att den berättigar ingripande av det allmänna i syfte att förvissa sig om att en viss service verkligen erbjuds och för att kontrollera under vilka förutsättningar den tillhandahålls.[314] Också åtgärder som syftar till att utjämna regionala skillnader kan vara av ett sådant intresse som gör att de omfattas av artikel 106.2, vilket även gäller åtgärder som riktas mot grupper av missgynnade människor.[315]

Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har endast i begränsad omfattning behandlats i den svenska rättsordningen. Det ska däremot nämnas att den svenska regeringen gentemot kommissionen har argumenterat för att de allmännyttiga bostadsföretagen har tillhandahållit tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.[316] Huruvida den verksamhet som de allmännyttiga bostadsföretagen bedrivit kan definieras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är däremot minst sagt tveksamt, inte minst beroende på att kravet på anförtroende knappast blivit uppfyllda i de fallen. För svenskt vidkommande är det mig veterligen endast det numera nedlagda Svensk Kassaservice AB som explicit blivit anförtrott att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse.[317]

Sammantaget kan sägas att begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse täcker in en mängd olika hänsyn som är av generellt samhällsintresse. Kännetecknande för sådana tjänster är också att det föreligger en skyldighet att täcka samhällsviktiga behov såsom postservice, elförsörjning och behovet av vattenförsörjning. Dessutom föreligger det i regel också en skyldighet att erbjuda samtliga medborgare samma service på likvärdiga villkor. För att det ska föreligga en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse fordras också att tjänsten skiljer sig från annan ekonomiskt verksamhet på så sätt att den inte hade kunnat tillvaratas på acceptabla villkor på den öppna marknaden.

3.11.2 Kravet på anförtroende

För att kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse antingen ska falla utanför den statsstödsrättsliga kontrollen eller omfattas av något av de ovan angivna undantagen krävs också att det eller de företag som gynnas blivit anförtrodda att tillhandahålla tjänsten ifråga,

[314] Se Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, 1999, s. 277.
[315] Se Sierra, Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, 1999, s. 279.
[316] Se Brev från den svenska regeringen till kommissionen, 2002-10-16, EUN2002/2216/NL, ärende CP 115/02 – Allmännyttiga bostadsföretag, s. 9 f.
[317] Se prop. 2006/07:55, s. 26.

varför företaget eller företagen ifråga måste ha en skyldighet att tillhandahålla den aktuella tjänsten.[318]

Uppdraget att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse ska tilldelas företagen genom en handling som, beroende på lagstiftningen i medlemsstaterna, kan vara en lag eller annan författning eller ett avtal. Uppdraget kan också fastställas genom flera handlingar. Enligt kommissionen ska det i handlingen eller handlingarna åtminstone anges följande:[319]

- Innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och skyldigheternas varaktighet.
- Företaget och, i förekommande fall, det berörda territoriet.
- Innebörden av exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljats företaget av myndigheten i fråga.
- Metoderna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen.
- Åtgärder för att undvika och återkräva eventuell överkompensation.

3.11.3 Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och in house-undantaget

I samband med en statsstödsrättslig analys av kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska nämnas att det inte finns något så kallat in house-undantag liknande det som förekommer på den offentliga upphandlingens område. I samband med tilldelningen av ett offentligt kontrakt är de krav som följer av upphandlingsdirektiven och de allmänna EU-rättsliga principerna endast tillämpliga om den aktuella uppgiften ska tillgodoses *ex house*, det vill säga då den upphandlande myndigheten ska anlita en aktör som inte är en del av den egna organisationen. Upphandlingsdirektiven och de allmänna EU-rättsliga principerna behöver inte heller iakttas om de krav som följer av mål C-127/98, Teckal, är uppfyllda, oavsett om utföraren är en del av beställarens organisation.

I och med att det generella förbudet i artikel 107.1 kan aktualiseras även vid stöd till offentliga företag är det vid bedömningen om en kompensation som lämnas för utförande av en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse är statsstödsrättsligt acceptabel således likgiltigt om den aktuella tjänsten tillhandahålls in house eller ex house.

[318] Mål 127/73, SABAM, Svensk specialutgåva s. 249, p. 20.

[319] Se kommissionens meddelande om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02), p. 51.

3.11.4 Altmark

Förhållandet mellan statsstödsrätten och de undantagsmöjligheter som följer av artikel 106.2 har vållat viss debatt – numera är rättsläget däremot tämligen stabilt. De möjligheter till undantag från en tillämpning av statsstödsreglerna, med hänvisning till att en medlemsstat har för avsikt att kompensera företag för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, är däremot av något olika karaktär. Först och främst kan en medlemsstat kompensera ett företag som har fått i uppgift att svara för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse utan att statsstödsreglerna över huvudtaget aktualiseras om de villkor som följer av EU-domstolens dom i mål C-280/00 Altmark är uppfyllda. Även om en åtgärd inte omfattas av den undantagsmöjlighet som följer av Altmark kan en medlemsstat ändå välja att kompensera ett företag för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, dels utan föregående anmälan till kommissionen, under förutsättning att de villkor som följer av kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 106.2 på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU) är uppfyllda, dels efter att stödåtgärden anmälts till kommissionen, varvid den granskat åtgärden utifrån artikel 106.2.

Kompensation och Altmark

Förutsättningarna för när en medlemsstat inte ska behöva underställa kommissionen en planerad stödåtgärd då stödet ska utgå för att ersätta en aktör som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har som nämnts inte bara vållat viss debatt i doktrinen,[320] utan det har under åren också hanterats på skilda sätt av EU:s domstolar.[321] Huvudsakligen har två motstående metoder förordats för att avgöra huruvida statliga åtgärder

[320] Se t.ex. Rizza, The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of a Service of General Economic Interest, i; Biondi, m.fl. (red.), The Law of State Aid in the European Union, 2003, s. 67–84, Lüder, Calculating Public Service Compensation, EStAL 2004, s. 385–391, Nicolaides, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: a note on the economics of the Ferring judgment, ECLR 2002, s. 313–319 och Bartosch, Clarification or Confusion? How to Reconciel the ECJ'sRulings in Altmark and Chroopost, EStAL 2003, s. 375–386.

[321] Se t.ex. mål C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA, mål T-106/95, FFSA, mål C-332/98, Frankrike mot kommissionen, REG 2000 s. I-4833, mål C-53/00, Ferring och mål C-280/00, Altmark.

som riktas mot företag vilka tillhandahåller allmännyttiga tjänster ska hanteras – statsstödsmetoden och ersättningsmetoden.[322]

Enligt statsstödsmetoden omfattas stöd i form av en kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse av EU:s stödbegrepp, varför åtgärden ska anmälas till kommissionen för granskning. Först därefter kan åtgärden genomföras om något undantag från förbudet i artikel 107.1 kan aktualiseras. Ett av de undantag som måste beaktas följer av stadgandet i artikel 106.2. Enligt angreppssättet ges således artikel 106.2 samma status som de övriga undantagen från det generella förbudet i artikel 107.1. Tillvägagångssättet medför också att alla stödåtgärder, oavsett om de utgör kompensation för utförande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, måste underställas den procedur som följer av gemenskapsrättens statsstödsreglering.[323]

I mål C-53/00, Ferring, valde däremot EU-domstolen att tillämpa den så kallade ersättningsmetoden. Målet gällde om den skatt på direktförsäljning av läkemedel som påfördes läkemedelslaboratorier utgjorde ett statligt stöd till förmån för partihandlare. EU-domstolen konstaterade i målet däremot att det klandrade gynnandet av partihandlare av läkemedel inte utgjorde ett stöd i fördragets mening under förutsättning att undantaget från skatteplikten motsvarade partihandlarnas merkostnader till följd av att de utförde en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Således gynnades inte heller partihandlarna eftersom den berörda åtgärdens enda verkan var att de och läkemedelslaboratorierna fick jämförbara konkurrensvillkor.[324] Ersättningsmetoden utgör i formellt hänseende således inte något egentligt undantag från förbudet i artikel 107.1 i och med att samtliga rekvisit i förbudet inte kan anses vara uppfyllda om den kompensation som lämnas endast motsvarar de ökade kostnaderna. Ersättningsmetoden har dock kritiserats med hänvisning till att det inte är orimligt att anta att ett företag, även utan stöd från det allmänna, skulle kunna tänka sig att utföra allmännyttiga tjänster på acceptabla villkor genom korssubventionering, i syfte att stärka sin ställning på marknaden. Om så skulle vara fallet kan mycket väl den kompensation som lämnas gynna företaget och därför påverka konkurrensen, vilket gör ersättningsmetoden än mindre lämplig

[322] Se t.ex. Sinnaeve, State Financing of Public Services: the Courts Dilemma in the Altmark Case, EStAL 2003, s. 354–356.
[323] Se t.ex. mål C-387/92, Banco de Crédito Industrial, p. 17, mål T-106/95, FFSA, p. 172 och mål C-332/98, Frankrike mot kommissionen, p. 32.
[324] Mål C-53/00, Ferring, p. 27.

som verktyg i sammanhanget.[325] Av samma anledning menar också generaladvokat Léger att ersättningsmetoden kan undandra stöd som riskerar påverka konkurrensen de kontrollfunktioner som annars är tillämpliga.[326]

I ett senare avgörande från EU-domstolen, mål C-280/00, Altmark, behandlades återigen statsstödsreglernas tillämpning i samband med att ett företag kompenserades för att det blivit ålagt att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. EU-domstolen intog ståndpunkten att något stöd inte förelåg i de situationer ett offentligt organ ersatte ett företag för att det skulle utföra sådana tjänster. Om den kompensation som lämnas till ett företag som ålagts att tillhandahålla en sådan tjänst endast syftade till att ersätta företaget för de merkostnader som företaget haft, ansåg EU-domstolen att något gynnande inte var för handen, varför inte heller förbudet i artikel 107.1 kunde aktualiseras.[327]

För att ett företag som ålagts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse inte ska anses gynnas av en kompensation fordras enligt EU-domstolen emellertid att fyra kriterier är uppfyllda:[328]

- De uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse som mottagaren ålagts att utföra ska vara klart definierade.
- De kriterier på grundval av vilka ersättningens storlek beräknas ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt.
- Ersättningen får inte överstiga vad som fordras för att täcka hela eller delar av de kostnader som uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla de aktuella tjänsterna, med beaktande av de intäkter som i sammanhanget skulle ha uppburits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av de allmännyttiga tjänsterna.
- Då ett företag givits ansvar för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna utan att det föregåtts av en offentlig upphandling fordras

[325] Se t.ex. Nicolaides, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: a note on the economics of the Ferring judgment, ECLR 2002, s. 313–319 och Bartosch, Clarification or Confusion? How to Reconciel the ECJ'sRulings in Altmark and Chroopost, EStAL 2003, s. 375–386.

[326] Generaladvokatens förslag till avgörande den 14 januari 2002 i mål C-280/00, Altmark, p. 46–52.

[327] Kirschbaum hävdar emellertid att det faktum att en kompensation för utförande av tjänster i allmänt ekonomiskt intresse lämnas inte nödvändigtvis behöver innebära att konkurrensen snedvrids, varför det är på denna grund en tillämpning av förbudet i artikel 87.1 EG i vissa fall kan uteslutas, Kirschbaum, Aspects of the Meaning of Distortion of Competition in State Aid Law in Case of State Measures in Public Interest, EStAL 2004, s. 35–40.

[328] Mål C-280/00, Altmark, p. 95.

att storleken på den nödvändiga ersättningen har fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag vilket är lämpligt utrustat för att utföra de aktuella allmännyttiga tjänsterna – med beaktande av de intäkter som i sammanhanget skulle ha uppburits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av de allmännyttiga tjänsterna – skulle ha haft.

Under förutsättning att en statlig åtgärd uppfyller samtliga ovanstående kriterier ska således inte artikel 107.1 aktualiseras, varför inte heller åtgärden behöver underställas kommissionens kontroll.[329] Följaktligen rör det sig inte om något egentligt undantag från förbudet i artikel 107.1, även om gränsen mellan en icke-tillämpning av förbudet och en tillämpning av undantagsbestämmelsen i artikel 106.2 i viss mån kan tyckas vara obetydlig.

Med beaktande av de svårigheter som föreligger då en lämplig vinst ska avgöras och beräknas i ett enskilt fall torde den i Altmark valda metoden leda till att medlemsstaterna i stor utsträckning väljer att upphandla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, varför den valda lösningen i förlängningen kan medverka till en ökad effektivitet i den offentliga sektorn.[330] Fortfarande kvarstår dock några av de problem som uppmärksammats av Nicolaidas, främst det faktum att ett företag mycket väl kan tänkas utföra en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse trots att någon kompensation från staten inte lämnas i syfte att öka sin konkurrenskraft även på andra marknader.[331] Dessutom tycks viss osäkerhet råda angående vilka kriterier som får tillmätas betydelse då en upphandling av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska göras.[332]

[329] Hur kriterierna ska tolkas har enligt Alterkjær till viss del klarlagts i senare praxis, se Alterkjær, Interpretation of the Altmark Conditions, EStAL 2007, s. 73, som hänvisar till mål C-34/01, Enirisorse, mål T-157/01, Danske Busvognmænd mot kommissionen, mål T-274/01, Valmont Nederland BV, och mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl mot Giuseppe Calafiori.

[330] Jfr t.ex. Schnelle, Bidding Procedures in the EC Sate Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans, EStAL 2003, s. 413.

[331] Se Nicolaides, Distortive Effects of Compensatory Aid Measures: a note on the economics of the Ferring judgement, ECLR 2002, s. 315. Se också Draganic, State Aid or Compensation for Extra Costs: Turning the Test of Proportionality in the EC Competition Law, EStAL 2006, s. 683–694, som behandlar hur Altmarks tredje rekvisit, dvs. att den aktuella ersättningen måste vara nödvändig i förhållande till den aktuella tjansten, ska hanteras.

[332] Se t.ex. Travers, Public Service Obligations and State Aid: Is all really clear after Altmark? EStAL 2003, s. 392. Till skillnad från Travers tycks Schnelle vara av åsikten att det torde stå klart att inte endast priset får vara avgörande vid tilldelning av ett dylikt tjänste-

Altmark har också kritiserats för att inte fokusera på de ekonomiska effekterna av en eventuell kompensation, i och med att en sådan bedömning inte ryms inom ramen för de fyra kriterier som uppställdes av domstolen för att en åtgärd inte ska anses utgöra ett stöd.[333] Exempelvis skulle en kompensation för utförande av en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse kunna anses utgöra ett stöd om det sätt på vilket kompensationen beräknats inte motsvarar de krav som följer av Altmark, även om det aktuella företaget i realiteten inte gynnas.[334]

3.11.5 De minimis-förordningen

Ytterligare en möjlighet till undantag från, eller kanske snarare en icke-tillämpning av, statsstödsreglerna i samband med kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse följer av kommissionens förordning 360/2012/EU som inbegriper en på området tillämplig särskild de minimis-reglering.[335]

Enligt beaktandesats 6 i förordningen bör det stödmottagande företaget skriftligen ha fått i uppdrag att tillhandahålla den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilket stödet beviljas. Beslutet om tilldelning bör visserligen informera företaget om den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken stödet beviljats, men det måste inte nödvändigtvis innehålla alla de upplysningar som fastställs i kommissionens beslut 2012/21/EU av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Utgångspunkten enligt förordningen är att stöd som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte uppfyller samtliga rekvisit i artikel 107.1, främst på så sätt att sådana stöd inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna eller snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, under förutsättning att det totala stödbeloppet till det företag som tillhandahåller tjänsten ifråga inte är högre än 500 000 euro under en period av tre beskattningsår.

---

kontrakt, utan även ett anbud som visserligen inte har det lägsta priset men som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga får antas beroende på hur förfrågningsunderlaget utformats, i likhet med vad som gäller enligt upphandlingsdirektiven, se Schnelle, Bidding Procedures in the EC Sate Aid Surveillance over Public Services after Altmark Trans, EStAL 2003, s. 412 f.

[333] Se Iversen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, 2008, s. 433.

[334] Se mål C-280/00, Altmark, p. 91.

[335] Kommissionens förordning nr 360/2012/EU om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Stödtaket om 500 000 euro under en treårsperiod gäller oberoende av stödets form och oavsett om det stöd som medlemsstaten beviljar helt eller delvis finansieras med medel som härrör från unionen. Perioden ska fastställas på grundval av de beskattningsår som används av företaget i den berörda medlemsstaten. Stödtaket ska uttryckas i form av ett kontantbidrag. I händelse av att stöd beviljas i någon annan form än som bidrag ska stödbeloppet vara lika med stödets bruttobidragsekvivalent. Stöd som tilldelas i flera delutbetalningar ska diskonteras till värdet vid tidpunkten för beviljandet.

För att förordningens undantag ska aktualiseras krävs också att det i förväg är möjligt att exakt beräkna bruttobidragsekvivalenten utan att göra någon riskbedömning, varför stödet med andra ord ska vara genomsynligt. För att stöd i form av lån ska anses utgöra ett genomsynligt stöd krävs att bruttobidragsekvivalenten har beräknats på grundval av den referensränta som gällde när stödet beviljades. Stöd i form av kapitaltillskott ska inte anses vara genomsynligt stöd av mindre betydelse såvida inte det sammanlagda offentliga kapitaltillskottet ligger under taket för stöd av mindre betydelse. Ifråga om stöd i form av riskkapitalåtgärder ska sådant inte anses vara genomsynligt stöd av mindre betydelse, såvida inte stödet till vart och ett av målföretagen ligger under taket för stöd av mindre betydelse.

Individuellt stöd som ges inom ramen för en garantiordning till företag som inte är i svårigheter anses utgöra ett genomsynligt stöd av mindre betydelse om det garanterade lånebeloppet inte överskrider 3 750 000 euro per företag. Om det garanterade lånebeloppet endast utgör en viss andel av detta tak ska garantins bruttobidragsekvivalent anses utgöra en lika stor andel av taket om 500 000 euro som annars är tillämpligt. Garantin får emellertid inte omfatta mer än 80 procent av lånet.

Garantiordningar ska dessutom anses vara genomsynliga om:

- metoden för att beräkna garantiernas bruttobidragsekvivalent har godkänts före genomförandet efter anmälan till kommissionen enligt en förordning som kommissionen antagit inom området statligt stöd, och
- den godkända metoden uttryckligen avser den typ av garantier och den typ av transaktioner som det är fråga om i samband med tillämpningen av denna förordning

När det sammanlagda stödet som beviljas ett företag för att det ska tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse överskrider taket på 500 000 euro under en treårsperiod omfattas stödet inte av förordningen, inte ens den del av stödet som inte överskrider taket.

Ett stöd av mindre betydelse får enligt förordningen som utgångspunkt inte heller kumuleras med statligt stöd för samma stödberättigande kostnader om en sådan kumulering leder till en högre stödnivå än den som gäller i varje enskilt fall genom en gruppundantagsförordning eller ett beslut som antagits av kommissionen.

Även om förordningen som huvudregel är generellt tillämplig på stöd till företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse gäller förordningens möjlighet till undantag enligt dess artikel 1 dock inte:

- stöd till företag som är verksamma inom fiske- och vattenbrukssektorn, som omfattas av förordning 104/2000/EG,
- stöd till företag som är verksamma inom primärproduktion av jordbruksprodukter,
- stöd till företag som är verksamma inom bearbetning och saluföring av jordbruksprodukter i följande fall:
  - om stödbeloppet fastställs på grundval av priset på eller mängden sådana produkter som köps från primärproducenter eller släpps ut på marknaden av de berörda företagen, och
  - om en förutsättning för stödet är att det helt eller delvis överförs till primärproducenter
- stöd till exportverksamhet riktad mot tredjeländer eller medlemsstater, det vill säga stöd som är direkt knutet till exporterade volymer, till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter som har samband med exportverksamhet,
- stöd som gynnar användningen av inhemska varor på bekostnad av importerade varor,
- stöd till företag som är verksamma inom kolsektorn enligt definitionen i rådets beslut 2010/787/EU,
- stöd till företag som utför godstransporter på väg, och
- stöd till företag i svårigheter.

3.11.6 Artikel 106.2

I artikel 106.2 föreskrivs som nämnts att huvudregeln är att fördragets konkurrensregler ska tillämpas även på företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol.[336] Därefter medges undantag från denna huvudregel i

[336] Fiskala monopol behandlas inte inom ramen för denna framställning, det ska däremot nämnas att med fiskala monopol avses monopol på en viss typ av verksamhet med det primara syftet att vara inkomstbringande för det allmanna, se Sierra, Exclusive Rihts and

den mån en tillämpning av konkurrensreglerna, rättsligt eller i praktiken, skulle hindra att de särskilda uppgifter som tilldelats företaget ifråga utförs.

Bestämmelsen i artikel 106.2 syftar till att ge medlemsstaterna verktyg att bedriva en ekonomisk och social politik samtidigt som EU:s intresse av en väl fungerande konkurrens ska kunna beaktas.[337]

I likhet med övriga EU-rättsliga undantag ska även undantaget i artikel 106.2 tolkas restriktivt – samtidigt är det den medlemsstat eller det företag som vill göra undantaget gällande som har att bevisa att undantagsbestämmelsen är tillämplig.[338]

För att avgöra om undantaget är tillämpligt i en viss situation måste först och främst fastställas om det företag som en medlemsstat har för avsikt att stödja blivit anförtrott att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Därefter måste avgöras om en tillämpning av statsstödsreglerna skulle hindra företaget från att fullgöra de ålagda uppgifterna, i den meningen att företag inte skulle ha möjlighet att utföra de ålagda uppgifterna utan stöd från medlemsstaten.

Då både frågan av vad som ryms i begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och vad som avses med ett anförtroende behandlats ovan ska i det följande endast kort beröras vad som avses med att statsstödsreglerna ska hindra fullgörandet av de uppgifter som företaget blivit anförtrott.

För att en stödåtgärd ska kunna undantas från tillämpningen av statsstödsrätten med hänvisning till artikel 106.2 fordras som nämnts att den aktuella uppgiften inte kan utföras om medlemsstaten inte får möjlighet att kompensera företaget ifråga – den statliga åtgärden måste således vara nödvändig för att tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse ska bli utförd.

Även om en språklig analys av bestämmelsen indikerar att undantaget endast kan aktualiseras när fördragets regler omöjliggör för ett företag att fullgöra de aktuella uppgifterna,[339] har EU-domstolen inte givit bestämmel-

---

State Monopolies under EC Law, 1999, s. 286–288. Ett problem som uppmärksammats i doktrinen är att fiskala monopol nämns i fördragstexten samtidigt som sådana sällan eller aldrig kan undantas från tillämpningen av fördragets konkurrensregler i och med att det allmänna normalt kan genererar inkomster på mindre konkurrensbegränsande sätt än genom fiskala monopol, exempelvis genom ett ökat uttag av skatter eller avgifter. Fiskala monopol torde således i regel strida mot proportionalitetsprincipen såsom den kommer till uttryck i artikel 106.2 EUF-fördraget, se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 92.

[337] Mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, p. 12.

[338] Se mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, p. 51. Se också Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 93 f. och Christensen m.fl., Konkurrenceretten i EU, 2005, s. 819.

[339] Se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 94.

sen en så strikt tolkning i och med att den medgivit undantag från fördragets regler även då det inte varit omöjligt att utföra de aktuella uppgifterna.[340] Av EU-domstolens praxis framgår att undantag från fördragets konkurrensregler kan beviljas då ett konkurrensbegränsande förfaranden är:[341]

- nödvändigt för att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska kunna utföras, och
- då en sådan lösning kan ske på ekonomiskt acceptabla villkor, samtidigt som
- det aktuella företaget har möjlighet att utjämna ekonomiska skillnader mellan lönsam och olönsam verksamhet,
- konkurrensbegränsningen innebär att så kallad *cherry-picking*[342] förhindras, eller där konkurrensbegränsningarna är nödvändiga för att kunna följa nationell lagstiftning.

EU-domstolen konstaterade i mål C-320/91, Corbeau, att det avgörande förhållandet om ett företag hindras från att fullgöra sina åligganden – i det aktuella ärendet rörde det sig om befordran av post – är företagets ekonomiska situation.[343] I målet uttalade EU-domstolen att en prövning i vilken mån en begränsning av konkurrensen är nödvändig för att göra det möjligt för innehavaren av en exklusiv rättighet att fullgöra sina uppgifter av allmänt intresse och i synnerhet att åtnjuta ekonomiskt godtagbara villkor måste göras. Vid en sådan bedömning ska också hänsyn tas till att den som anförtrotts dessa uppgifter måste ges möjlighet till en utjämning mellan lönsamma och mindre lönsamma verksamhetsområden, vilket därför kan motivera en begränsning av konkurrensen från privata företags sida på de ekonomiskt lönsamma områdena.[344]

Av målet framgår också att artikel 106.2 inte tillåter en medlemsstat att upprätthålla lagstiftning som skyddar företag som beviljats exklusiva rättigheter från konkurrens ifråga om att erbjuda avskiljbara särskilda tjänster som

[340] Se Edwardsson, Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar, 2003, s. 140.
[341] Se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 94 f.
[342] Med *cherry-picking* avses det faktum att medan ett privilegierat företag ägnar sig åt olönsam verksamhet kan en konkurrent koncentrera sin verksamhet till lönsamma områden. Därigenom inskranks möjligheterna för det privilegierade företaget att balansera kostnaderna mellan lönsam och olönsam verksamhet i och med att de konkurrerande företagen inte behöver subventionera någon olönsam verksamhet och således kan hålla lägre priser än det privilegierade företaget.
[343] Mål C-320/91, Corbeau, p. 16.
[344] Mål C-320/91, Corbeau, p. 16–17.

tillgodoser speciella behov hos näringsidkare och som kräver vissa tilläggsprestationer som det privilegierade företaget inte erbjuder. Ovanstående gäller däremot endast under förutsättning att de särskilda tjänsterna inte äventyrar den ekonomiska jämvikten hos den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse som innehavaren av den exklusiva rättigheten har åtagit sig.[345]

Följaktligen kan ett privilegierat företag ges möjlighet att balansera den förlust företaget ifråga ådrar sig vid utförandet av den tjänst av allmänt intresse som anförtrotts det. En sådan utjämning kan ske både genom att det allmänna tillför medel, att företaget kompenseras av det offentliga på annat sätt eller genom att företaget själv täcker förlusten genom att det ges möjlighet att agera på en angränsande marknad som är kommersiellt attraktiv.

I mål C-393/92, Almelo, preciserades tillämpning av nödvändighetsrekvisitet så tillvida att inte endast de ekonomiska villkoren skulle beaktas, utan att man även skulle ta hänsyn till den effekt gällande lagstiftning hade på verksamheten.[346]

Rättsläget preciserades ytterligare avseende hur nödvändighetsbedömningen skulle göras i de så kallade el- och gasmonopol-målen.[347] I mål C-157/94, kommissonen mot Nederländerna, konstaterade EU-domstolen att syftet med möjligheterna till undantag från fördragets konkurrensregler enligt artikel 106.2 var att förena medlemsstaternas intresse av att föra en viss ekonomisk eller social politik med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas.[348] EU-domstolen anförde vidare att:

> "Med hänsyn till medlemsstaternas på detta sätt definierade intresse, kan de inte förbjudas att, vid definitionen av de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som anförtros vissa företag, beakta mål i sin nationella politik och att försöka förverkliga dem genom att föreskriva skyldigheter och krav för dessa företag."[349]

Nödvändighetskravet påverkar inte endast vilka förhållanden som kan legitimera undantag från konkurrensreglernas tillämpning, utan det måste även beaktas i samband med proportionalitetsprincipens tillämpning. Proportionalitetsprincipen består nämligen vid tillämpningen av artikel 106.2

[345] Mål C-320/91, Corbeau, p. 19.
[346] Mål C-393/92, Commune d'Almelo, p. 49.
[347] Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, mål C-158/94, kommissionen mot Italien, REG 1997 s. I-5789 och mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike, REG 1997 s. I-5815.
[348] Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, p. 39.
[349] Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna, p. 40.

enligt Steinicke av tre komponenter – en nödvändighetsbedömning, en lämplighetsbedömning och själva proportionalitetsbedömningen.[350] Nödvändighetskravet utgör således en del av proportionalitetsprincipen. Det faktum att nödvändighetskravet är uppfyllt innebär för den skull inte att även kravet på proportionalitet är tillfredsställt. Om däremot kravet på proportionalitet är uppfyllt får det till följd att även nödvändighetskravet är infriat.

Nödvändighetskravet anses vara uppfyllt då syftena med ett visst agerande inte kan åstadkommas genom en mindre ingripande åtgärd, medan lämplighetskravet tar sikte på att en viss åtgärd verkligen kan förväntas medföra att det aktuella syftet uppfylls. Proportionalitetsbedömningen innebär sedan en balansering av konkurrensbegränsningen i förhållande till syftena, vilket fordrar en detaljerad ekonomisk analys.[351]

Även om proportionalitetsprincipen genomsyrar hela artikel 106.2 torde den tydligast framgå av styckets sista mening: "Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse." Stadgandet utgör ett undantag från undantaget och innebär att artikel 106.2 inte kan användas som verktyg för att ett företags agerande ska kunna undantas från fördragets regler om den aktuella åtgärden orsakar en sådan påverkan på handeln som strider mot EU:s intresse. Det är däremot inte oproblematiskt att fastställa vilka EU:s intressen är – men dessa får i sammanhanget troligtvis ses som en motvikt till medlemsstatens intresse. EU:s intresse torde därför vara skyddet av marknadens funktionssätt, i och med att medlemsstatens intresse är att inte tillämpa konkurrensreglerna.[352]

3.11.7 Kommissionens beslut rörande ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 106.2 på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU) bygger, precis som dess rambestämmelser,[353] på den möjlighet till undantag från en tillämpning av EU:s konkurrensregler som följer av artikel 106.2. Beslutet innehåller bestämmelser som reglerar i vilka fall

[350] Se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 109 f.
[351] De förenade målen T-528, 542, 543 och 546/93, Metropole télévision SA m.fl. mot kommissionen, p 120.
[352] Se Steinicke, Privilegierade virksomheder og EU-retten, 2002, s. 112 f.
[353] Kommissionens meddelande: Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2012/C 8/03), Rambestämmelserna.

en stödåtgärd som tar sig formen av kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse anses vara förenlig med EU-rätten varför den inte heller behöver anmälas till kommissionen om beslutets villkor är uppfyllda. Till skillnad från Rambestämmelserna är beslutets bestämmelser något enklare för medlemsstaterna att tillämpa, vilket motiveras av att den administrativa bördan för både kommissionen och medlemsstaterna ska stå i rimlig proportion till hur sannolikt det är att en åtgärd ska påverka konkurrensen eller handeln mellan medlemsstater.

Av beslutet följer att stöd i form av kompensation till företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse kan undantas från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 om stödbeloppet som utgångspunkt understiger 15 miljoner euro per år. Vad gäller ersättning för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som tillhandahålls av sjukhus som levererar medicinsk vård samt, i förekommande fall, akuttjänster, och för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som uppfyller sociala behov när det gäller sjuk- och långtidsvård, barnomsorg, tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden, socialt subventionerade bostäder och vård och social integrering av sårbara grupper saknas en sådan beloppsgräns som annars måste iakttas.

Att ersättning till exempelvis sjukhus och företag som anförtrotts att tillhandahålla socialt subventionerade bostäder inte omfattas av någon beloppsgräns motiveras att sådana typer av tjänster har speciella karaktärsdrag som medför att risken för att konkurrensen eller handeln mellan medlemsstater ska påverkas inte står i proportion till de ersättningar som kan komma ifråga.

Ifråga om ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse vad gäller luft- eller sjöförbindelser till öar har det ansetts olämpligt att utgå ifrån storleken på ersättningen för att avgöra om undantag ska kunna medges, istället utgår man ifrån passargerarantalet. Om det genomsnittliga antalet passagerare per år under de två räkenskapsår som föregick det år då tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse tilldelades inte översteg 300 000 kan undantag från anmälningsskyldigheten i artikel 108.3 frångås enligt kommissionens beslut.

Vad gäller ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse till flygplatser och hamnar gäller istället att sådan kan utgå utan föregående anmälan till kommissionen om det genomsnittliga antalet passagerare per år under de två räkenskapsår som föregick det år då tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse tilldelades inte översteg 200 000 i fråga om flygplatser och 300 000 i fråga om hamnar.

En grundläggande förutsättning för att beslutet ska gälla, så tillvida att undantag kan medges, är enligt artikel 2.2 att den period för vilken företaget har anförtrotts att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse inte överstiger tio år. För att beslutet ska kunna tillämpas även om företaget ifråga anförtrotts att tillhandahålla den aktuella tjänsten under en längre tidsperiod krävs att tjänsteleverantören behöver göra en betydande investering som måste skrivas av över hela den period som tjänsten tillhandahålls i enlighet med allmänt vedertagna redovisningsprinciper.

Ytterliggare ett krav för att ersättning ska få utgå utan föregående anmälan är enligt artikel 4 att stödmottagaren blivit anförtrodd att tillhandahålla den aktuella tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse genom en eller flera officiella handlingar som varje medlemsstat själv får fastställa formen för. Av handlingen eller handlingarna ska följande framgå:

- Innebörden av skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och skyldigheternas varaktighet.
- Företaget och, i förekommande fall, det territorium som berörs.
- Innebörden av exklusiva eller särskilda rättigheter som beviljats företaget av den beviljande myndigheten.
- En beskrivning av ersättningsmekanismen och parametrarna för att beräkna, kontrollera och se över ersättningen.
- Åtgärder för att undvika och återkräva eventuell överkompensation.
- En hänvisning till kommissionens beslut.

Ifråga om storleken på den ersättning som lämnas till företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ska nämnas att den inte får överstiga vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, inklusive en rimlig vinst. Nettokostnaden kan beräknas som skillnaden mellan kostnader för att tillhandahålla tjänsten ifråga och de intäkter som kan följa av tjänsten. Alternativt kan den beräknas som skillnaden mellan nettokostnaden för tjänsteleverantören för att fullgöra skyldigheten och nettokostnaden eller vinsten för samma tjänsteleverantör utan denna skyldighet.

De kostnader som ska beaktas ska omfatta alla kostnader för tillhandahållandet av tjänsten ifråga. Kostnaderna ska beräknas på grundval av allmänt erkända redovisningsprinciper enligt följande:

- Om det berörda företagets verksamhet begränsar sig till tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse kan alla företagets kostnader beaktas.

- Om företaget också bedriver verksamhet som faller utanför tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, ska endast de kostnader som har ett samband med den tjänsten beaktas.
- Kostnaderna för tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse kan omfatta alla direkta kostnader för tillhandahållandet av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse samt ett lämpligt bidrag till kostnader som är gemensamma för tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse och annan verksamhet
- Kostnader för investeringar, framför allt i infrastruktur, kan beaktas om de är nödvändiga för att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse.

Vad gäller de intäkter som ska beaktas så ska de åtminstone omfatta alla intäkter som influtit i samband med tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse, oberoende av om de anses utgöra stöd i den mening som avses i artikel 107 EUF-fördraget. Om företaget i fråga har särskilda eller exklusiva rättigheter som är kopplade till annan verksamhet än den tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för vilken ersättningen utgår, och sådan verksamhet genererar vinster som går utöver den rimliga vinsten eller omfattas av andra förmåner som beviljats av staten, ska dessa inkluderas i företagets intäkter, oberoende av hur de klassificeras för tillämpningen av artikel 107 i EUF-fördraget. Den berörda medlemsstaten kan besluta att den vinst som härrör från annan verksamhet utanför den berörda tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse helt eller delvis ska anslås till finansieringen av tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse.

Med rimlig vinst avses den kapitalavkastning som skulle krävas av ett typiskt företag som överväger om det ska tillhandahålla den aktuella tjänsten under hela den period som den officiella handlingen om tilldelning gäller, med hänsyn tagen till graden av risk.

I samband med avgörandet vad som utgör en rimlig vinst är utgångspunkten att en kapitalavkastning som inte överstiger den tillämpliga swapräntan plus en premie på 100 räntepunkter alltid kan accepteras. Den tillämpliga swap-räntan är den swap-ränta vars löptid och valutasammansättning motsvarar varaktigheten och valutan i den officiella handlingen om tilldelning. Om tillhandahållandet av den aktuella tjänsten inte är förknippat med en betydande kommersiell eller avtalsrelaterad risk, särskilt om nettokostnaden för att tillhandahålla tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse i allt väsentligt kompenseras fullt ut i efterhand, får den rimliga

vinsten dock inte överskrida den tillämpliga swap-räntan plus ett riskpremietillägg på 100 räntepunkter

För att fastställa vad som utgör en rimlig vinst kan medlemsstaterna införa incitamentskriterier som framför allt är relaterade till kvaliteten på den tjänst som tillhandahålls och vinster som avser effektivitet i produktionen. Effektivitetsvinster får dock inte försämra kvaliteten på den tjänst som tillhandahålls. Belöningar som hänger samman med effektivitetsvinster i produktionen ska fastställas på en sådan nivå att de möjliggör en jämn fördelning av vinsten mellan företaget och medlemsstaten och/eller användarna.

Av beslutet följer också att om det föreligger särskilda omständigheter som gör att det inte är lämpligt att använda kapitalavkastningen kan medlemsstaterna förlita sig på andra vinstnivåindikatorer för att bestämma vilken den rimliga vinsten bör vara, såsom genomsnittlig avkastning på eget kapital, avkastning på sysselsatt kapital, avkastning på tillgångar eller avkastning på försäljning. Vad som avses med avkastning reglers också i beslutet, se artikel 5.8.

I händelse av att ett företag bedriver verksamhet både i form av en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse och i form av annan verksamhet ska det klart framgå av den interna redovisningen vilka kostnader och intäkter som hänger samman med respektive tjänst samt parametrarna för fördelning av kostnaderna och intäkterna.

Kostnaderna för eventuell verksamhet vid sidan om tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse ska täcka alla direkta kostnader, ett lämpligt bidrag till de gemensamma kostnaderna och en rimlig avkastning på eget kapital. Ingen ersättning ska beviljas för sådana kostnader.

För ersättning över 15 miljoner euro som beviljats ett företag som utöver tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse bedriver annan verksamhet ska medlemsstaten ifråga på internet eller på annat lämpligt sätt offentliggöra:

- Den officiella handlingen om tilldelning eller en sammanfattning av denna
- De stödbelopp som beviljats företaget på årsbasis

3.11.8 Kommissionens rambestämmelser

I händelse av att en stödåtgärd i form av kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inte faller under något av de ovan angivna undantagen innebär inte det per automatik att med-

lemsstaten ifråga inte kan lämna det aktuella stödet. Efter att åtgärden anmälts till kommissionen kan denna med hänvisning till artikel 106.2 EUF-fördraget bevilja undantag från det generella förbudet i artikel 107.1. I syfte att klargöra under vilka villkor undantag från det generella förbudet kan medges efter en anmälan till kommissionen har den senare utfärdat ett meddelande med rambestämmelser i vilket kommissionen redogör för de principer som är vägledande i deras bedömning.[354]

Rambestämmelserna är således tillämpliga på sådan ersättning som inte omfattas av kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 106.2 EUF-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU). Rambestämmelserna är vare sig tillämpliga på stöd till företag verksamma inom sektorn för landtransporter eller för stöd till radio och TV i allmänhetens tjänst som omfattas av kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på radio och TV i allmänhetens tjänst.[355] Rambestämmelserna är dock tillämpliga på ersättning till allmännyttiga tjänster inom luft- och sjötransport, under förutsättning att det inte påverkar tillämpningen av striktare särskilda bestämmelser i sektorsspecifik unionslagstiftning.

I händelse av ett en leverantör av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är i svårigheter ska ett eventuellt stöd till företaget ifråga inte bedömas enligt rambestämmelserna, utan det ska istället bedömas enligt gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter.[356]

I Rambestämmelserna anges inledningsvis att undantag endast kan medges om ersättningen utgår till ett företag som genom en eller flera officiella handlingar har fått i uppgift att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse. Dessutom ska uppdragets varaktighet vara motiverat utifrån objektiva kriterier, såsom behovet av att skriva av fasta tillgångar.

För att ett stöd ska anses vara förenligt med den inre marknaden krävs också att det företag som anförtrotts att tillhandahålla den aktuella tjänsten agerar i enlighet med de krav som följer av det så kallade

[354] Kommissionens meddelande: Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2012/C 8/03), Rambestämmelserna.

[355] Se kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på radio och TV i allmänhetens tjänst, EUT C 297, 29.11.2005, s. 4.

[356] Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, EUT C 244, 1.10.2004, s. 2.

transparensdirektivet,[357] i de fall direktivet är tillämpligt. Dessutom anser kommissionen att ett stöd i form av kompensation för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse endast kan accepteras under förutsättning att den myndighet som anförtror uppgiften ifråga till ett företag agerar enligt med vad som följer av unionens upphandlingsbestämmelser.

Av Rambestämmelserna följer också att den ersättning som lämnas lämpligen ska beräknas på samma grundvalar och enligt samma metod om uppgiften att tillhandahålla den aktuella tjänsten anförtrotts flera företag. Att någon diskriminering, i den meningen att olika företag kan få sin ersättning beräknad utifrån olika parametrar, inte accepteras enligt Rambestämmelserna motiveras av att delar av den ersättning som lämnas till det företag som gynnas inte är nödvändigt, i och med att ett annat företag skulle kunna tillhandahålla den aktuella tjänsten på för medlemsstaten bättre villkor.

Vad gäller beräkningen av storleken på den ersättning som en medlemsstat kan lämna till ett företag som anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse återfinns det i Rambestämmelserna tämligen detaljerade regler vilka till stor del liknar de bestämmelser som återfinns i kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 106.2 på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/21/EU), se ovan avsnitt 3.11.7.

Utan att i sammanhanget i detalj beröra vad som i Rambestämmelserna anges ifråga om ersättningens storlek så ska nämnas att ersättningen inte får vara större än vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, inklusive en rimlig vinst – vilket också ligger helt i linje med det nödvändighetskrav som följer av artikel 106.1.[358] Ersättningen kan fastställas antingen på grundval av de förväntade kostnaderna och intäkterna, eller de kostnader och intäkter som faktiskt har uppkommit eller en kombination av båda, beroende på hur effektiva incitament medlemsstaten vill ställa till förfogande.

Om det stödmottagande företaget också bedriver verksamhet som faller utanför tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse får de kostnader som ska beaktas omfatta alla de direkta kostnader som krävs för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och ett lämpligt bidrag till de indirekta kostnader

[357] Kommissionens direktiv 2006/111/EG.
[358] Se ovan avsnitt 3.11.6.

som är gemensamma för både tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse och annan verksamhet. De kostnader som hänför sig till eventuell verksamhet vid sidan om tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse ska omfatta alla direkta kostnader och ett lämpligt bidrag till de gemensamma kostnaderna.

Enligt rambestämmelserna måste medlemsstaterna vid utformningen av metoden för ersättning införa incitament för ett effektivt tillhandahållande av tjänsterna av allmänt ekonomiskt intresse av hög standard, under förutsättning att medlemsstaten ifråga inte kan motivera en sådan underlåtenhet med att det inte är möjligt eller lämpligt att göra detta.

Ett sätt att uppfylla detta krav är att på förhand fastställa en fast ersättningsnivå som förutser och inkluderar de effektivitetsvinster som företaget kan förväntas göra under den tid som beslutet om tilldelning avser. Medlemsstaterna kan exempelvis ange produktivitetsmål i beslutet om tilldelning, vilket innebär att ersättningsnivån är beroende av i vilken utsträckning målen har nåtts. Om företaget inte uppfyller målen ska ersättningen reduceras enligt en beräkningsmetod som anges i beslutet om tilldelning. Om företaget däremot överskrider målen ska ersättningen ökas enligt en metod som anges i beslutet om tilldelning. Belöningar som är kopplade till produktivitetsvinster ska fastställas på en sådan nivå att de möjliggör en jämn fördelning av dessa vinster mellan företaget och medlemsstaten och/eller användarna. En sådan mekanism för att skapa incitament till effektivitetsförbättringar måste emellertid grundas på objektiva och mätbara kriterier som anges i beslutet om tilldelning och som är föremål för öppna efterhandsbedömningar som utförs av ett företag som är oberoende i förhållande till det företag som tillhandahåller den aktuella tjänsten av allmänt ekonomiskt intresse.

3.12 Sammanfattning och preliminära konklusioner

Som tidigare nämnts är den EU-rättsliga huvudregeln att alla stöd som uppfyller rekvisiten i artikel 107.1 är förbjudna då de principiellt anses vara oförenliga med den inre marknaden. Som en följd av att artikel 107.1 ska ges en vid tolkning har det dock ansetts finnas ett behov av undantag från det generella förbudet i artikel 107.1, vilka regleras bland annat i artikel 107.2, artikel 107.3 och artikel 106.2.

De möjligheter till undantag som följer av artikel 107 är uppdelade på så sätt att undantagsmöjligheterna enligt artikel 107.2 är obligatoriska i

den mening att kommissionen ska meddela undantag om de förutsättningar som följer av bestämmelserna är uppfyllda, medan undantagsmöjligheterna enligt artikel 107.3 lämnar ett långt större spelrum till kommissionen – i artikel 107.3 återfinns nämligen en uppräkning av i vilka fall kommissionen *får* bevilja undantag från förbudet i artikel 107.1.

Även om kommissionen som utgångspunkt har ett relativt stort handlingsutrymme ifråga om att bedöma huruvida en stödåtgärd kvalificerar sig för undantag enligt artikel 107.3 så har den bundit upp sig själv genom att anta en gruppundantagsförordning vilken reglerar möjligheten till undantag ifråga om många olika typer av stöd, den så kallades allmänna gruppundantagsförordningen.

Till skillnad från de tidigare gällande gruppundantagsförordningarna reglerar den nuvarande förordningen inte endast stöd till små- och medelstora företag, forskning och utveckling, miljö samt utbildning av arbetstagare, utan även stöd som utgår för att främja kvinnligt företagande, riskkapital och missgynnade arbetstagare. Förordningen är i enlighet med artikel 288 direkt tillämplig varför medlemsstater och dess myndigheter själv kan använda förordningen för att avgöra om stöd ska lämnas i en viss situation.

Den allmänna gruppundantagsförordningen innebär i korthet att några olika typer stödåtgärder inte behöver anmälas till kommissionen innan de verkställs; under förutsättning att de i förordningen uppställda villkoren är uppfyllda.

I händelse av att en viss typ av stödåtgärd inte omfattas av gruppundantagsförordningen har kommissionen antagit en mängd riktlinjer som den tillämpar för att avgöra om undantag ska kunna beviljas efter att en medlemsstat anmält en viss åtgärd till kommissionen i enlighet med artikel 108.3. Det finns riktlinjer som avser exempelvis miljöstöd, räddnings- och omstruktureringsstöd, stöd till forskning och utveckling, stöd i form av riskkapital och regionalstöd. En direkt tillämpning av artikel 107.3 aktualiseras i praktiken först då en viss stödåtgärd vare sig regleras i gruppundantagsförordningen eller i någon av kommissionens riktlinjer.

En annan möjlighet till undantag från det statsstödsrättsliga förbudet följer som nämnts av artikel 106.2 – under vissa villkor kan en medlemsstat gynna ett företag som anförtrotts att tillhandahålla en tjänst av ett allmänt ekonomiskt intresse trots att åtgärden uppfyller rekvisiten i artikel 107.1.

Ytterligare undantag från det generella förbudet mot statliga stöd återfinns på vissa särskilda områden, såsom ifråga om viss jordbruksproduktion eller stöd till fiskeri- och vattenbrukssektorn.

I likhet med övriga EU-rättsliga undantag ska också de statsstödsrättsliga undantagsmöjligheterna tolkas restriktivt.[359] Utgångspunkten ifråga om undantagens tillämpning är dessutom att det är den som vill dra nytta av någon av grunderna för undantag som har att bevisa att de aktuella villkoren för undantag är uppfyllda.[360]

[359] Se t.ex. T-106/95, FFSA, p. 172.

[360] För hänvisningar se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 106. Ifråga om bevisbördans placering vad gäller förekomsten av stöd kan också Kammarrättens i Stockholm dom 2009-02-16, mål nr 4514-07, nämnas.

4 Medlemsstaternas anmälningsskyldighet och kommissionens kontroll m.m.

4.1 Introduktion

I syfte att åstadkomma en effektiv kontroll på statsstödsområdet har medlemsstaterna som nämnts ålagts att anmäla nya planerade stödåtgärder till kommissionen. Dessutom undersöker kommissionen löpande existerande stödåtgärders förenlighet med den gemensamma marknaden. Dessa åtgärder regleras primärt i artikel 108 vilken stadgar:

1. Kommissionen ska i samarbete med medlemsstaterna fortlöpande granska alla stödprogram som förekommer i dessa stater. Den ska till medlemsstaterna lämna förslag till lämpliga åtgärder som krävs med hänsyn till den pågående utvecklingen eller den inre marknadens funktion.

2. Om kommissionen, efter att ha gett berörda parter tillfälle att yttra sig, finner att stöd som lämnas av en stat eller med statliga medel inte är förenligt med den inre marknaden enligt artikel 107, eller att sådant stöd missbrukas, ska den besluta om att staten i fråga ska upphäva eller ändra dessa stödåtgärder inom den tidsfrist som kommissionen fastställer.

Om staten i fråga inte rättar sig efter detta beslut inom föreskriven tid får kommissionen eller andra berörda stater, med avvikelse från artiklarna 258 och 259, hänskjuta ärendet direkt till Europeiska unionens domstol.

3. Kommissionen ska underrättas i så god tid att den kan yttra sig om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Om den anser att någon sådan plan inte är förenlig med den inre marknaden enligt artikel 107, ska den utan dröjsmål inleda det förfarande som anges i punkt 2. Medlemsstaten i fråga får inte genomföra åtgärden förrän detta förfarande lett till ett slutgiltigt beslut.

4. Kommissionen får anta förordningar avseende de kategorier av statligt stöd som rådet i enlighet med artikel 109 har fastställt som möjliga att undanta från förfarandet i punkt 3 i den här artikeln.

Rådet har också med stöd av artikel 109 antagit den så kallade procedurförordningen, förordning 659/1999/EG, i vilken den praxis EU-domstolen utvecklat ifråga om tillämpningen av artikel 108 i stor utsträckning kodifierats.[361] I procedurförordningen återfinns därför detaljerade bestämmelser rörande bland annat anmälningar av stöd, årliga rapporter till kommissionen och tidsfrister. Med anledning av EU:s utvidgning 2004 och senare Bulgariens och Rumäniens anslutning till EU har procedurförordningen också kompletterats med två tillägg, förordning 794/2004/EG och förordning 271/2008/EU. Procedurförordningen reglerar även kommissionens kontroll- och reaktionsmöjligheter i händelse av att en medlemsstat inte anmäler ett eventuellt statligt stöd till kommissionen.

Kommissionen har i det närmaste exklusiv kompetens att avgöra om ett stöd är förenligt med den inre marknaden, det vill säga att göra bedömningen om en åtgärd som visserligen uppfyller alla rekvisit i artikel 107.1 ändå ska kunna undantas från förbudet med hänvisning till artikel 107.2 och 107.3 eller möjligtvis artikel 106.2.[362] I vissa mycket speciella fall kan dock rådet fatta beslut om undantag enligt artikel 108.2. Därtill är givetvis också EU-domstolen och Tribunalen kompetenta att avgöra huruvida en stödåtgärd är förenlig med den inre marknaden. Någon möjlighet för nationella myndigheter eller domstolar att göra sådana bedömningar finns som huvudregel dock inte. En nationell domstol är endast behörig att ta ställning till om en viss åtgärd uppfyller rekvisiten i artikel 107.1, och att verka för de krav som följer av artikel 108.3 iakttas, vilket inkluderar att verka för ett återkrav om en medlemsstat verkställt ett otillåtet stöd.[363] I sammanhanget ska emellertid nämnas att kommissionen med stöd av 108.4 också antagit förordningar av vilka de följer att medlemsstaterna inte behöver anmäla stödåtgärder som visserligen uppfyller villkoren i artikel 107.1 men där kommissionen gör bedömningen att åtgärderna är förenliga med regleringen i artikel 107.3 under förutsättning att de krav som följer av förordningarna är uppfyllda. Med beaktande av att förordningar är direkt tillämpliga kan därför nationella myndigheter och domstolar

[361] Rådets förordning 659/1999/EG (procedurförordningen).
[362] Se t.ex. mål C-354/90, FNCEPA, p. 14, mål C-39/94, La Poste, p. 42 och mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 29.
[363] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 444.

mycket väl komma att pröva om undantag från det generella förbudet i artikel 107.1 kan medges, men med hänvisning till någon av de undantagsförordingar som kommissionen antagit.

Inom kommissionen är det Generaldirektoratet för konkurrens (GD Konkurrens) som ansvarar för efterlevnaden av statsstödsreglerna på de flesta områden. Det finns däremot några områden där uppgiften att kontrollera statsstöd i första hand åligger andra avdelningar inom kommissionen. Stöd inom transport- och kolsektorn hanteras av Generaldirektoratet för transport och rörlighet, medan stöd inom jordbruksområdet och till landsbygdsutveckling hanteras av Generaldirektoratet för jordbruk och landsbygdsutveckling. Det ankommer på Generaldirektoratet för havsfrågor och fiske att svara för kontrollen av stöd inom de områdena.

På Generaldirektoratet för konkurrens hemsida återfinns också en stor del av de dokument som kan vara av intresse i samband med statsstödsfrågor; bland annat finner man ett register på hemsidan som innehåller alla de statsstödsärenden som kommissionen hanterat efter den 1 januari 2000. Det går också att söka i registret.

4.2 Klassificeringen av stöd

Det regelverk som reglerar proceduren kring statligt stöd skiljer sig något beroende på hur det aktuella stödet klassificeras. Det förekommer fyra olika typer av stöd: nytt stöd, olagligt stöd, missbrukat stöd och befintligt stöd.

Befintligt stöd

Befintliga stöd är underställda löpande kontroll av kommissionen i samarbete med medlemsstaterna enligt artikel 108.1. Begreppet befintligt stöd definieras i artikel 1 i procedurförordningen som varje stödåtgärd som existerade innan respektive land anslöt sig till den europeiska gemenskapen. Både individuella och generella stödåtgärder som fortfarande är i kraft inbegrips därför i begreppet. Dessutom inrymmer begreppet stödåtgärder som är godkända av kommissionen eller rådet i enlighet med artikel 108.2 och 108.3. Vidare utgör stödåtgärder som anses vara godkända i förhållande till artikel 4.6 i procedurförordningen eller i enlighet med den procedur som var gällande före procedurförordningens ikraftträdande befintligt stöd.

Befintliga stöd behöver inte anmälas till kommissionen – men om kommissionen anser att ett befintligt stöd inte är förenligt med den inre mark-

naden kan den föreslå alternativa lösningar för medlemsstaten. Om medlemsstaten inte följer de råd och uppmaningar som kommissionen lämnar kan den senare inleda ett formellt granskningsförfarande (se nedan).

Det finns också en viss möjlighet för medlemsstaterna att göra ändringar i befintliga stöd utan att de ändrar karaktär och istället ska ses som nya stöd. Således kan en medlemsstat enligt artikel 4 i förordning 794/2004/EG, den så kallade implementeringsförordningen, exempelvis utöka budgeten för en befintlig stödordning med upp till 20 procent utan att det rör sig om ett nytt stöd som först måste anmälas till kommissionen.

Om kommissionen inte informeras om en ändring av en befintlig stödordning som kommissionen tidigare godkänt kan frågan uppkomma om ändringen påverkar hela stödordningen på så sätt att den ändrar karaktär från ett befintligt stöd till ett nytt stöd, eller om det endast är själva ändringen som ska klassificeras som ett nytt stöd. Någon ledning ges inte procedurförordningen men EU-domstolen har uttalat att det endast är när ändringen påverkar det materiella innehållet i de ursprungliga bestämmelserna som dessa ska anses omvandlas till nytt stöd. I händelse av att det som utgör det nya klart kan särskiljas från de ursprungliga bestämmelserna ska en sådan ändring däremot inte anses föreligga, varför det då endast är ändringen som är att bedöma som ett nytt stöd.[364]

Även stöd som vid införandet av procedurförordningen inte var att betrakta som statligt stöd enligt artikel 107.1 – men där den gemensamma marknadens utveckling utan att medlemsstaten ändrat stödet – medfört att detta kommit att utgöra ett statligt stöd enligt unionsrätten ska ses som ett befintligt stöd. Åtgärder som karaktäriserats som statligt stöd till följd av EU:s liberalisering av en viss aktivitet ska emellertid inte anses utgöra ett befintligt stöd efter det datum då liberaliseringen träder i kraft – utan ett sådant stöd ska istället ses som ett nytt stöd.[365]

Nytt stöd

Nya stöd, det vill säga stöd som inte faller inom kategorin befintliga stöd,[366] måste om det inte omfattas av något av undantagen från anmälningsskyldigheten, anmälas till kommissionen innan de verkställs. Stödet får då inte heller verkställas innan kommissionen har godkänt det. I sådana

[364] Se t.ex. de förenade målen T-195 och 207/01, Gibraltar mot kommissionen, p. 111. Se också de förenade målen T-231 och 237/06, Nederländerna och Nederlandse Omroep Stichting mot kommissionen, p. 177.
[365] Artikel 1 b i procedurförordningen.
[366] Artikel 1 c i procedurförordningen.

ärenden kan kommissionen redan efter en preliminär granskning besluta att åtgärden antingen inte utgör ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1, eller att stödet, om det nu omfattas av artikel 107.1, är förenligt med den inre marknaden. Om det föreligger tveksamheter rörande stödets förenlighet med statsstödsrätten kan kommissionen också välja att inleda ett formellt förfarande.

Olagligt och missbrukat stöd

En stödåtgärd, det vill säga en åtgärd som omfattas av definitionen i artikel 107.1, är som utgångspunkt att definiera som ett olagligt stöd om åtgärden vidtas utan föregående anmälan till kommissionen eller om medlemsstaten verkställer åtgärden innan det godkänts av kommissionen, vilket följer av artikel 1 f i procedurförordningen. Men en medlemsstat kan också bryta mot EU:s statsstödsregler på andra sätt – nämligen genom att missbruka ett stöd som tidigare godkänts såtillvida att man använder stödet på ett sätt som inte står i överensstämmelse med kommissionens godkännande.[367]

Ifråga om olagliga stöd, det vill säga stöd som verkställts utan att kommissionen godkänt det, och ifråga om stöd som missbrukats, kan nämnas att kommissionen kan fatta beslut om att en medlemsstat ska upphöra med en sådan åtgärd och att medlemsstaten också ska återkräva eventuella stöd som redan betalats ut.

4.3 Anmälningsskyldigheten och genomförandeförbudet

Den anmälningsplikt som gäller för nya stöd innebär att en medlemsstat ska underrätta kommissionen inför varje planerad ny stödåtgärd eller ändring av sådan. Kommissionen ska således få möjlighet att lämna sina synpunkter på stödets förenlighet med den inre marknaden innan det verkställs, vilket är ett uttryck för det så kallade genomförandeförbudet. Det faktum att en medlemsstat själv gör bedömningen att en åtgärd omfattas av något av undantagen från det generella förbudet medför inte heller att åtgärden kan undantas från anmälningsskyldigheten. Anmälningsskyldigheten är dock inte absolut, utan undantag från den kan medges under förutsättning att något av de undantag som följer av EU-rätten kan aktualiseras, främst undantagen enligt den allmänna gruppundantagsförordningen.

[367] Se artikel 1 g i procedurförordningen.

I sammanhanget ska det emellertid poängteras att anmälningsskyldigheten och genomförandeförbudet endast gäller under förutsättning att samtliga rekvisit i artikel 107.1 är uppfyllda. En åtgärd som inte uppfyller samtliga rekvisit i artikel 107.1 måste således inte anmälas till kommissionen innan en medlemsstat väljer att verkställa den.

Det ska också observeras att det åligger medlemsstaten att anmäla den aktuella åtgärden varför en anmälan från exempelvis stödmottagaren inte är tillräcklig för att medlemsstaten ska anses ha uppfyllt sin anmälningsskyldighet. Även om kommissionen inlett en granskning av en stödåtgärd som tredje part informerat kommissionen om så måste medlemsstaten ifråga ändå genomföra en formellt korrekt anmälan för att kunna anses leva upp till de krav som följer av EU-rätten.[368]

I många situationer föregås en anmälan från en medlemsstat av informella kontakter mellan medlemsstaten och kommissionen. Sådana kontakter kan exempelvis syfta till att utröna om den aktuella åtgärden överhuvudtaget omfattas av statsstödsreglerna. Om medlemsstaten väljer att gå vidare med den aktuella åtgärden, och kontakterna med kommissionen indikerar att det rör sig om ett stöd i den mening som avses i artikel 107.1, måste anmälan ändå inkomma till kommissionen i god tid enligt artikel 108.3. Informella kontakter med kommissionen leder således inte till att medlemsstaten nödvändigtvis kan förvänta sig en snabbare handläggning då man väl gör en formell anmälan.

Ifråga om själva anmälan ska nämnas att proceduren görs med hjälp av elektronisk kommunikation. Anmälan ska göras i enlighet med vad som följer av det standardformulär som återfinns i bilaga 1 till förordning 794/2004/EG. Ett undantag då formuläret inte ska användas är ifråga om anmälan av stöd inom kolindustrin, i enlighet med vad som anges i kommissionens beslut 2002/871/EG.

Av artikel 2 i procedurförordningen följer att medlemsstaterna ska tillhandahålla alla nödvändiga uppgifter som behövs för att kommissionen ska kunna utreda ärendet och fatta ett beslut. Genom att använda kommissionens standardformulär minskar också risken för kommissionen inte ska få den information som krävs. En medlemsstat kan också dra tillbaka en anmälan innan kommissionen fattat ett beslut i ärendet.

[368] Se t.ex. de förenade målen T-116 och 118/01, P&O European Ferries, p. 64.

4.4 Kommissionens granskning

Den granskning av anmälda stöd som kommissionens gör kan sorteras i två avdelningar. Först genomförs en preliminär granskning som syftar till att kommissionen ska kunna bilda sig en inledande uppfattning om den anmälda stödåtgärden är förenlig med den inre marknaden. Om kommissionen efter den preliminära granskningen anser att åtgärden strider mot EU:s statsstödsregler, eller om det är oklart huruvida så är fallet, fattar kommissionen beslut om att inleda en formell granskning.

4.4.1 Den preliminära granskningen

Anmälningar som görs till kommissionen ska granskas så fort som möjligt. I de fall en utomstående, vanligtvis en konkurrent till stödmottagaren, anmäler ett eventuellt stöd till kommissionen ska inte kommissionen inleda sin granskning innan den informerat medlemsstaten ifråga.[369] Vid den preliminära granskningen har kommissionen två månader på sig för att få en inledande uppfattning om den anmälda stödåtgärden är förenlig med den inre marknaden. Om kommissionen överskrider sin tidsgräns betraktas det som ett godkännande. Innan stödåtgärden verkställs ska dock medlemsstaten informera kommissionen om den tilltänkta åtgärden. Kommissionen har då att inom 15 arbetsdagar fatta beslut enligt artikel 4 i procedurförordningen.

Med anledning av den preliminära granskningen har tredje part, främst konkurrenter till stödmottagaren, inte samma rättigheter som den aktuella medlemsstaten. Exempelvis har inte kommissionen någon skyldighet att ge tredje part möjlighet att föra fram sina synpunkter i det inledande skedet av ärendet. Däremot finns det inget som hindrar kommissionen att som ett led i sin undersökning låter tredje part yttra sig för att kommissionen ska kunna utreda ärendet.

Om kommissionen anser att en medlemsstat inte lämnat all relevant information kan den vända sig till medlemsstaten och kräva ytterligare information. Om medlemsstaten inte följer kommissionens uppmaning i tid så ska den senare lämna en påminnelse till medlemsstaten i vilken en lämplig ytterligare tidsfrist inom vilken upplysningarna ska lämnas anges.[370] Skulle medlemsstaten trots påminnelsen inte lämna de efterfrågade upp-

[369] Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 454 f.
[370] Bacon European Community Law of State Aid, 2009, s. 456.

lysningarna till kommissionen så är utgångspunkten att anmälan ska anses vara återkallad, dock inte om den berörda medlemsstaten i en motiverad förklaring underrättar kommissionen om att den betraktar anmälan som fullständig därför att de ytterligare upplysningar som begärts inte finns tillgängliga eller redan har lämnats, artikel 5 i procedurförordningen.

Kommissionen måste avsluta den preliminära granskningen med något av följande beslut:

1. Att den anmälda åtgärden godkänns med hänvisning till att den inte utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1.
2. Att åtgärden godkänns med hänvisning till att det inte råder någon tvekan om att åtgärden, visserligen utgör ett stöd, men att den är förenlig med den inre marknaden (det vill säga att den omfattas av något av undantagen).
3. Att det är tveksamt om åtgärden är förenlig med den inre marknaden varvid man fattar beslut om att inleda den formella granskningen.

I sammanhanget ska också nämnas att det mellan år 2000 och 2006 endast var fem procent av anmälningarna som gick vidare från den preliminära granskningen.

4.4.2 Den formella granskningen

Om kommissionen beslutar att inleda den formella granskningsprocessen ska beslutet innehålla en sammanfattning av kommissionens bedömning så långt, varvid kommissionens beslut också ska publiceras i EUT i syfte att både andra medlemsstater och andra berörda ska få möjlighet att lämna sina synpunkter i det aktuella ärendet. Synpunkterna ska vanligtvis lämnas inom en månad från det att beslutet publicerades i EUT.

Syftet med den formella granskningen är att kommissionen ska kunna bli fullt informerad om alla fakta i det aktuella ärendet. Den formella granskningen ska också leda till att tredje part i form av andra intressenter ska kunna få sina rättigheter skyddade. De intressenter som avses är andra medlemsstater, alla personer, företag och organisationer som kan påverkas av den aktuella åtgärden, särskilt avses stödmottagaren, konkurrerande företag och olika branschorganisationer. Kommissionen är också skyldig att granska alla fakta på ett opartiskt sätt och att reda ut eventuella motsägelser innan den fattar ett beslut.

Tredje part är som nämnts berättigade att lämna synpunkter i ett ärende, men det finns ingen skyldighet för kommissionen att underrätta tredje

part om eller att lämna ut handlingar till dem; vilket också gäller ifråga om stödmottagaren.[371]

I och med att medlemsstaten är part i ärendet har den dock längre gående rättigheter än andra intressenter, vilket exempelvis innebär att kommentarer från andra intressenter ska delges den aktuella medlemsstaten. I övrigt ska nämnas att det ankommer på den aktuella medlemsstaten och stödmottagaren att tillhandahålla all information som kommissionen behöver, såsom på vilka grunder undantag borde beviljas enligt artikel 107.2 eller 107.3.

Efter en formell granskning kan kommissionen besluta att den anmälda åtgärden inte utgör ett stöd eller att åtgärden visserligen utgör ett stöd men att den inte är oförenlig med den inre marknaden. Ett beslut om godkännande av ett stöd kan också villkoras på så sätt att stödet endast anses tillåtet om medlemsstaten vidtar särskilt angivna åtgärder. Ett sådant villkor följer av den så kallade Deggendorf-principen, vilken innebär att en medlemsstat inte får verkställa ett stöd innan den genomfört ett återkrav av ett stöd som tidigare betalats ut till företaget i strid med statsstödsreglerna.[372] Kommissionen kan även fatta ett negativt beslut, det vill säga besluta att det anmälda stödet inte är förenligt med den inre marknaden och att det således inte heller är tillåtet.

Enligt artikel 6.5 i procedurförordningen åligger det kommissionen att besluta i det aktuella ärendet så fort det inte längre är tveksamt om ifrågavarande stödåtgärd kan anses vara förenlig med EU-rätten eller inte. Kommissionen ska i möjligaste mån sträva efter att fatta ett beslut inom 18 månader efter det att förfarandet har inletts. Tidsfristen kan förlängas i samförstånd mellan kommissionen och den berörda medlemsstaten.

Om kommissionen fattar ett beslut med innebörd att den aktuella åtgärden inte utgör ett stöd, att åtgärden omfattas av något av undantagen eller att stödet kan accepteras under särskilda villkor, men att det visar sig att kommissionen fattat beslutet på felaktiga grunder så ska kommissionen enligt artikel 9 i procedurförordningen öppna det formella granskningsförfarandet igen, varvid man också ska ge medlemsstaten möjlighet att yttra sig över de aktuella omständigheterna.

[371] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 464 f.
[372] Se t.ex. Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 468.

4.4.3 Granskningen av otillåtna och missbrukade stöd

En stödåtgärd, det vill säga en åtgärd som omfattas av definitionen i artikel 107.1, är enligt huvudregeln som nämnts ovan olaglig om den vidtas utan föregående anmälan till kommissionen eller om medlemsstaten verkställer åtgärden innan det godkänts av kommissionen.

Om kommissionen blir informerad om att en medlemsstat lämnat ett olagligt stöd till ett företag, vanligtvis genom att en konkurrent till stödmottagaren gör en anmälan, ska kommissionen enligt artikel 11 i procedurförordningen genomföra en undersökning mot bakgrund av den information kommissionen fått del av oavsett var informationen kommer ifrån. Kommissionens granskning ska leda fram till om det finns fog för det aktuella påståendena och kommissionen kan också kräva information av den aktuella medlemsstaten. Om medlemsstaten inte lämnar den information kommissionen efterfrågar kan kommissionen fatta ett beslut om att få de aktuella uppgifterna enligt artikel 10.3 i procedurförordningen.

Efter en preliminär granskning kan kommissionen även i dessa fall gå vidare med en formell undersökning. Således skiljer sig proceduren vid granskning av oanmälda stöd inte nämnvärt från den procedur som iakttas vid en granskning av anmälda stöd. En skillnad mellan förfarandena är däremot att kommissionen, då den undersöker ett oanmält stöd, inte är bunden av de tidsfrister som gäller ifråga om anmälda stöd. Det faktum att det inte finns några explicita tidsfrister som kommissionen måste iaktta innebär däremot inte att kommissionen kan vänta med att utreda påstådda överträdelser av regelverket i och med att den alltid ska agera utan dröjsmål.

Kommissionen har under särskilda omständigheter också givits befogenheter att utnyttja tillfälliga rättsmedel ifråga om både otillåtna stöd och stöd som en medlemsstat missbrukar. Enligt artikel 11.1 i procedurförordningen kan därför kommissionen utfärda ett föreläggande om att utbetalning av stöd ska avbrytas. Dessutom kan kommissionen med stöd av artikel 11.2 i procedurförordningen tillfälligt besluta om återkrav av redan utbetalt stöd. Dessa två tillfälliga rättsmedel kan också användas i förening med varandra. De tillfälliga rättsmedlen är gällande fram tills dess att kommissionen fattar ett beslut med innebörd att den aktuella stödåtgärden är förenlig med den inre marknaden. Ifråga om sådana tillfälliga återkrav gäller i stor utsträckning samma principer som om kommissionen istället fattat beslut om återkrav i samband med ett slutligt negativt beslut. Det är däremot tämligen ovanligt att kommissionen utnyttjar de möjlig-

heter att använda sig av tillfälliga rättsmedel som står till dess förfogande enligt procedurförordningen.

När kommissionen granskat en påstådd stödåtgärd som inte anmälts till den av den aktuella medlemsstaten, utan vanligtvis av en konkurrent till stödmottagaren, har kommissionen att fatta samma typ av beslut som om det hade rört en granskning av ett stöd som anmälts av medlemsstaten ifråga. Kommissionen kan således komma till slutsatsen att det inte rör sig om ett statligt stöd enligt artikel 107.1, att det visserligen rör sig om ett stöd men att det är förenligt med den inre marknaden, det vill säga att stödet omfattas av något av undantagen, att stödet kan godkännas under vissa villkor eller att stödet inte kan tillåtas, varvid kommissionens negativa beslut kompletteras med ett beslut om återkrav.

Men en medlemsstat kan också bryta mot EU:s statsstödsregler på andra sätt – nämligen genom att missbruka ett stöd som tidigare godkänts såtillvida att man använder stödet på ett sätt som inte står i överensstämmelse med kommissionens godkännande. I händelse av att kommissionen får vetskap om att ett statligt stöd missbrukas får den inleda ett formellt granskningsförfarande, vilket följer av artikel 16 i procedurförordningen. Den granskning som kommissionen då genomför styrs i huvudsak av samma bestämmelser som annars hade varit tillämpliga.[373]

4.5 Återkrav av olagliga stöd

EU-domstolen slog i mål 70/72, Kohlengesetz, fast att kommissionen måste anses vara kompetent att besluta om återkrav av olagligt utbetalt stöd enligt artikel 108.2 för att kommissionens beslut om upphävande av, eller ändringar i, pågående stödåtgärder skulle få praktiska verkningar. Den praxis som domstolen utarbetat på området har sedermera kodifierats i procedurförordningens artikel 14.

I händelse av att kommissionen efter en anmälan fattar ett negativt beslut kan kommissionen följaktligen besluta om att redan utbetalt stöd ska betalas tillbaka, det vill säga fatta beslut om ett så kallat återkrav. Rekvisiten som måste vara uppfyllda enligt procedurförordningens artikel 14 för att kommissionen ska kunna fatta ett beslut om återkrav är att det ska föreligga ett nytt stöd; stödet ska vara olagligt och således inte heller förenligt med den inre marknaden; stödet ska ha betalats ut; preskriptionstiden får

[373] Se artikel 16 i procedurförordningen.

inte ha löpt ut; samt att kravet på återbetalning inte får strida mot någon generell EU-rättslig princip.[374]

För att ett återkrav ska kunna aktualiseras krävs det att kommissionen kan bevisa att stödet verkligen har betalats ut till stödmottagaren, varför kommissionen inte endast på ett antagande om att ett visst stöd utgått kan fatta beslut om ett återkrav.[375]

Enligt artikel 15 i procedurförordningen har kommissionen inte befogenhet att återkräva ett stöd om preskriptionstiden, som är tio år, löpt ut. Preskriptionstiden börjar gälla den dag då det olagliga stödet beviljas mottagaren antingen som individuellt stöd eller på grundval av en stödordning. Preskriptionstiden avbryts dock av varje åtgärd avseende det olagliga stödet som vidtas av kommissionen eller av en medlemsstat som agerar på kommissionens begäran. Dessutom avbryts preskriptionstiden under den tid då kommissionens beslut är föremål för ett förfaranden vid EU-domstolen. Vid ett preskriptionsavbrott börjar tiden räknas på nytt. I samband med att preskriptionstiden löper ut ändrar det aktuella stödet karaktär från att ha ansetts vara ett nytt stöd till att bli ett befintligt stöd.

I teorin behöver inte alltid ett olagligt stöd återkrävas, under förutsättning att stödets negativa effekter på annat sätt kan neutraliseras. Således kan en medlemsstat istället för att verkställa ett återkrav exempelvis ändra den aktuella stödordningen så att selektivitetskriteriet inte längre är uppfyllt, varför något olagligt stöd inte heller kan anses föreligga.[376]

Det är medlemsstaten som sådan som är adressat för kommissionens beslut om återkrav – beslutet är således endast bindande för medlemsstaten. EU-rätten reglerar däremot inte hur själva återkravet ska ske, utan det är en uppgift som överlåtits till medlemsstaterna själva att reglera i de nationella rättsordningarna. De nationella reglerna får emellertid inte göra genomförandet av ett återkrav praktiskt omöjligt.[377] Ytterligare ett krav är att "... medlemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva stödet från mottagaren".[378] Då kommissionen fattat ett beslut om återkrav

[374] Se också mål 310/85, Deufil, och mål C-142/87, Tubemeuse, vilka båda rör proportionalitetsprincipens tillämpning, samt mål C-24/95, Alcan, p. 24, mål 94/87, kommissionen mot Tyskland, p. 12 och mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 12, vilka rör principen om berättigade förväntningar.

[375] Se mål T-196/02, MTU Friedrichshafen mot kommissionen, p. 46.

[376] Se generaladvokatens yttrande i mål C-368/04, Transalpine Ölleitung, p. 66–88.

[377] Se t.ex. mål C-142/87, Tubemeuse, p. 61, C-24/95, Alcan, p. 24, och C-404/97, EPAC, p. 55.

[378] Artikel 14.1 procedurförordningen.

är det således upp till medlemsstaten att göra allt för att beslutet ska verkställas. Stödet ska då betalas tillbaka omgående, men enligt den procedur som föreskrivs i den nationella rättsordningen.[379]

Att en medlemsstat stöter på oväntade problem vid verkställandet av kommissionens beslut om återkrav utgör i sig ingen grund för att underlåta att genomföra åtgärden. Inte heller administrativa svårigheter är en grund som berättigar att ett återkravsbeslut inte verkställs.[380] Om det däremot uppstår problem vid verkställandet av återkravet kan medlemsstaten underrätta kommissionen för att åstadkomma ett samarbete mellan kommissionen och medlemsstaten, i syfte att lösa problemen.[381]

Kommissionen ska ålägga den aktuella medlemsstaten att återkräva ett belopp motsvarande värdet av det aktuella gynnandet. Oavsett hur hårt ett återkrav drabbar ett företag kan inte kommissionen i sitt beslut slå fast att medlemsstaten ifråga ska kräva tillbaka ett lägre belopp, och på motsvarande sätt kan man inte heller kräva att ett företag ska återbetala ett belopp som överstiger värdet av stödet ifråga, oberoende av hur självsvåldigt medlemsstaten eller stödmottagaren agerat.[382]

Ett olagligt statsstöd ska återkrävas från det eller de företag som verkligen gynnats av den aktuella stödåtgärden och vanligtvis framgår det också av kommissionens beslut om återkrav vilket eller vilka företag som gynnats varvid medlemsstaten ifråga är skyldig att återkräva stödet från dessa.

I vissa situationer kan det emellertid vara problematiskt att avgöra vem återkravet ska riktas mot, exempelvis i händelse av att det företag som erhållit stödet sålts. Men då ett återkrav inte ska ses som ett straff, utan endast ett sätt att återställa förhållandena på marknaden, finns det inget som hindrar att kravet på återbetalning överförs från den ursprungliga stödmottagaren.[383] Om försäljingen av en stödmottagare skett på marknadsmässiga villkor är dock utgångspunkten att stödet inte ska återkrävas från förvärvaren då denne inte anses ha erhållit en fördel jämfört med andra aktörer på marknaden,[384] utan i sådana fall ska återkravet istället

[379] I mål 120/73, Lorenz, p. 9, slog EU-domstolen fast att det åligger varje medlemsstat att inom ramen för sin rättsordning bestamma vilket förfarande som ska vara tillämpligt för att garantera den direkta effekten av artikel 108.3.
[380] Se t.ex. mål C-304/09, Kommissionen mot Italien.
[381] Se t.ex. mål C-261/99, kommissionen mot Frankrike, p. 24.
[382] Se mål T-366/00 Scott mot kommissionen, p. 95.
[383] Se generaladvokatens yttrande, p. 22 i mål C-305/89, Alfa Romeo.
[384] Se t.ex. mål C-390/98, Banks, p. 77 och mål C-277/00, Tyskland mot kommissionen, p. 80.

rikta sig mot säljaren av företaget, eller om det stödmottagande företaget behållit sin ställning som juridisk person och fortsatt att för egen räkning driva den verksamhet som gynnats, från det senare.[385]

Frågan om hur man ska hantera ett återkrav kan också uppkomma i en situation då stödmottagaren är på obestånd. Det faktum att stödmottagaren är på obestånd innebär däremot inte att medlemsstaten per automatik kan underlåta att försöka verkställa kommissionens beslut om återkrav. För att situationen på marknaden ska kunna återställas krävs det enligt praxis att medlemsstaten verkar för att dennes fordran om återbetalning tas upp som en skuld i konkursboet.[386] Kommissionens uppfattning är dessutom att medlemsstaterna ska motsätta sig alla beslut som innebär att stödmottagaren får fortsätta bedriva sin verksamhet även om stödet inte har återbetalats i sin helhet.[387]

Också då den verkliga stödmottagaren är ett annat företag än det som direkt gynnats åligger det medlemsstaten att återkräva stödet från det förra företaget, vilket EU-domstolen slagit fast i mål C-457/00, Verlipack.[388]

Om en medlemsstat inte följer ett av kommissionen fattat beslut om återkrav kan frågan bli föremål för en fördragsbrottstalan efter att kommissionen eller en annan medlemsstat anhängiggjort en sådan talan hos EU-domstolen enligt artikel 108.2.[389] En medlemsstat som inte följer ett beslut från kommissionen, på så vis att man inte genomför ett återkrav inom de tidsramar som kommissionen ställt upp, kan därför komma att åläggas att betala böter till EU.[390]

För att en medlemsstat ska kunna undgå en fällande dom i EU-domstolen fordras enligt domstolens praxis att medlemsstaten konkret kan bevisa att det varit omöjligt att verkställa återkravet. EU-domstolen intar dock en restriktiv hållning avseende vad som kan anses vara omöjligt i sammanhanget – exempelvis utgör inte det faktum att en stödmottagare går i konkurs om denne tvingas återbetala ett stöd en giltig grund för att ett återkrav inte ska verkställas.[391]

[385] Se mål C-277/00, Tyskland mot kommissionen, p. 81.
[386] Se t.ex. mål C-142/87, Tubemeuse, p. 60–62 och mål C-277/00, Tyskland mot kommissionen, p. 85.
[387] Kommissionens tillkännagivande Effektivare verkställande av kommissionsbeslut som ålägger medlemsstater att återkräva olagligt och oförenligt statligt stöd (2007/C 272/05).
[388] Mål C-457/00, Verlipack, p. 55.
[389] Mål 70/72, Kohlengesetz, p. 13.
[390] Se t.ex. D'sa & Drake, Financial Penalties for Failure to Recover State Aid and Their Relevance to State Liability for Breach of Union Law, EStAL 2010 s. 33 ff.
[391] Jfr mål C-261/99, kommissionen mot Frankrike, p. 15.

4.5.1 Omöjlighet och lagakraftvunna avgöranden

Lucchini

Ett mål i vilket EU-domstolen hade bedöma förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätten rörande möjligheten att genomföra ett återkrav var C-119/05, Lucchini. Inom ramen för ett förhandsavgörande hade EU-domstolen att ta ställning till om EU-rätten utgör ett hinder för att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, om tillämpningen av bestämmelsen utgör ett hinder för att återvinna ett statligt stöd som har beviljats i strid med EU-rätten och vars oförenlighet med den inre marknaden har slagits fast i ett kommissionsbeslut som har vunnit laga kraft.

I det aktuella ärendet hade det italienska företaget Lucchini ansökt om stöd hos en italiensk myndighet i enlighet med en särskild bestämmelse i italiensk lagstiftning redan 1985. I april 1988 anmäldes dock den tänkta stödåtgärden till kommissionen, vilken i juni 1988 begärde ytterligare upplysningar av de italienska myndigheterna. Kommissionens skrivelse besvarades dock aldrig.[392] I november 1988 beviljade den italienska myndigheten en del av det stöd som Lucchini hade ansökt om, och i januari 1989 inledde kommissionen ett formellt granskningsförfarande rörande den aktuella stödåtgärden.

Då den italienska myndigheten i april 1989 ännu inte hade betalat ut det stöd som Lucchini hade rätt till enligt den italienska lagen så väckte Lucchini en talan mot den italienska myndigheten vid nationell domstol.

I augusti 1989 lämnade Italien ytterligare upplysningar till kommissionen vilken i ett beslut i juni 1990 slog fast att stödet till Lucchini inte var förenligt med EU:s statsstödsrätt. Beslutet överlagades vare sig av Italien eller av Lucchini.[393]

Den nationella domstolen, till vilken Lucchini hade vänt sig för att få hela stödet utbetalt fann i juli 1991, det vill säga efter det att kommissionen fattat sitt negativa beslut, att Lucchini enligt nationell lagstiftning hade rätt till det berörda stödet och att den italienska myndigheten skulle betala ut det yrkade beloppet. Domen grundades på den italienska lagstiftningen och kommissionens beslut nämndes aldrig; vare sig av parterna eller av domstolen. Den italienska myndigheten överklagade domen till den överordnade domstolen, vilken i maj 1994 fastställda den underord-

[392] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 17–19.
[393] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 20–22.

nade domstolens avgörande. Den senare domen överklagades inte av den italienska myndigheten varför den vann laga kraft i februari 1995.[394]

Då den italienska myndigheten i november 1995 ännu inte hade betalat ut det aktuella stödet till Lucchini väckte denne återigen talan i italiensk domstol. Ordföranden i den aktuella domstolen förelade den 20 november 1995 den italienska myndigheten att betala ut de förfallna beloppen till Lucchini, och i februari 1996 erhöll Lucchini utmätning av myndighetens egendom, bland annat i form av tjänstebilar, då myndigheten ännu inte hade efterkommit föreläggandet.

Med anledning av de italienska domstolarnas utslag fattade generaldirektören för den aktuella myndigheten i mars 1996 beslut om att verkställa den dom som hade förelagt myndigheten att betala ut stödet till Lucchini. Beslutet kompletterades med ett förbehåll om att stödet helt eller delvis skulle dras in bland annat om det i ett "gemenskapsbeslut fastställts att beviljandet eller utbetalningen av stödet var ogiltigt".[395]

Kommissionen uttalade i en skrivelse i september 1996 att den italienska myndigheten hade åsidosatt de krav som följde av EU-rätten i och med att den betalat ut det aktuella stödet till Lucchini trots att kommissionen i ett beslut redan hade förklarat att den aktuella åtgärden inte var förenlig med EU:s statsstödsrätt. I kommissionens skrivelse förelades också Italien att inom 15 arbetsdagar återkräva stödet ifråga.

Genom ett dekret den 20 september 1996 återkallade den italienska myndigheten det beslut som legat till grund för utbetalningen av det ifrågasatta stödet, varvid Lucchini återigen vände sig till nationell domstol, denna gång för att väcka talan mot myndighetens senaste dekret. Den aktuella domstolen biföll också Lucchinis talan då den fann att:

> "[...] de befogenheter som möjliggör för den offentliga förvaltningen att återkalla egna ogiltiga rättsakter på grund av rättsstridighet eller materiella brister i detta fall begränsades av att det fastslagits i en lagakraftvunnen dom från Corte d'appello di Roma att Lucchini hade rätt till stödet."[396]

Den italienska statsadvokaten överklagade domen till högre instans och åberopade bland annat att kommissionens beslut från 1990 var omedelbart tillämpligt, varför det skulle ges företräde framför en dom från en nationell domstol, även om den senare vunnit laga kraft.

[394] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 26–28.
[395] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 31.
[396] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 36.

Domstolen vilandeförklarade målet och begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen varvid man ville få besvarat frågan om hur man skulle bedöma det faktum att en dom från en nationell domstol vunnit laga kraft stod i strid med ett beslut från kommissionen, som också vunnit laga kraft.

Med hänvisning till bland annat kompetensfördelningen mellan nationella domstolar och kommissionen ifråga om att tillämpa EU:s statsstödsregler och att de nationella domstolarnas bristande kompetens rörande att ogiltigförklara en gemenskapsrättsakt kom EU-domstolen till slutsatsen att EU-rätten utgör ett hinder för att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, såsom det gjort i den i målet aktuella italienska bestämmelsen, om tillämpningen utgör ett hinder för att återvinna ett statligt stöd som har beviljats i strid med EU-rätten och vars oförenlighet med den inre marknaden har slagits fast i ett kommissionsbeslut som har vunnit laga kraft.[397]

Frucona

Även om det följer av EU-rätten att en medlemsstat endast kan underlåta att genomföra ett återkrav om det är omöjligt att verkställa det,[398] är frågan vad som egentligen avses med det och vilka krav som kan ställas på en medlemsstat i det avseendet. Ett ärende av vilket man kan få en tämligen nyanserad bild av vilka krav som egentligen följer av EU-rätten är mål C-507/08, Frucona Košice.

I det aktuella målet hade kommissionen väckt en talan mot Slovakien för att Slovakien inte hade verkställt ett av kommissionen fattat beslut om återkrav med anledning av att Slovakien ingått i en ackordsuppgörelse som medförde att företaget Frucona fick sina skatteskulder nedskriva till 35 procent.[399]

Efter en granskning av den aktuella åtgärden kom kommissionen till slutsatsen att Slovakien, genom att delta i den aktuella uppgörelsen, lämnat ett otillåtet stöd till Frucona uppgående till ca 11 miljoner euro. Således fattade kommissionen ett negativt beslut vari man dels slog fast att Slovakien brutit mot statsstödsreglerna genom att gynna Frucona, dels att stödet skulle återkrävas:

> "1. Slovakien skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1.

[397] Se mål C-119/05, Lucchini, p. 63.
[398] Se t.ex. Heidenhain, European State Aid Law, 2010, s. 646 f.
[399] För en kort beskrivning av bakgrunden till målet se ovan avsnitt 2.2.3.

2. Återkravet skall ske utan dröjsmål och i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning, förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa detta beslut."

Frucona överklagade beslutet till Förstainstansrätten (numera Tribunalen) för att få beslutet ogiltigförklarat, men Frucona ansökte inte om några interimistiska åtgärder. Tribunalen har sedermera ogillat Fruconas talan.[400]

Som ett första led i att verkställa kommissionen beslut ålade skattekontoret den 4 juli 2006 Frucona att inom åtta dagar återbetala det olagliga stödet. Då Frucona inte efterkom åläggandet väckte skattekontoret den 21 juli 2006 en återkravstalan vid distriktsdomstolen Košice II. Domstolen ogillade dock talan och förklarade att Frucona inte var skyldigt att återbetala det aktuella stödet. Regionaldomstolen i Košice fastställde avgörandet bland annat med hänvisning till att det inte var möjligt att ändra den uppgörelse som gjorts med borgenärerna då den stadsfästs genom en dom som redan hade vunnit laga kraft. Skattekontoret ansökte därefter hos Slovakiens justitiekansler om användning av särskilda rättsmedel.

Kommissionen å sin sida insisterade på att Slovakien skulle verkställa återkravsbeslutet och kritiserade Slovakien för att den inte hade efterlevt kommissionen beslut direkt utan sett sig nödgad att initiera en återkravsprocess i nationell domstol. Kommissionen hävdade också, med stöd av EU-domstolens avgörande i C-119/05, Lucchini, att det inte fanns något som hindrade en medlemsstat från att verkställa ett återkrav bara på den grund att ett visst beslut vunnit laga kraft.

Slovakien å sin sida hävdade att det enligt den slovakiska lagstiftningen inte var möjligt att genomföra det aktuella återkravet utan att initiera en domstolsprocess i och med att det enligt den slovakiska skattelagstiftningen inte fanns något stöd för att kräva in en skattefordran som avskrivits som en följd av en ackordsuppgörelse som stadfäst genom en lagakraftvunnen dom. Skattekontoret kunde således inte med hjälp av ett myndighetsbeslut upphäva den tidigare domen.

Dessutom hävdade Slovakien att kommissionen beslut inte var direkt bindande för Frucona, utan att det endast ålade Slovakien att vidta de åtgärder som krävdes för att återkräva det otillåtna stödet – vilket enligt Slovakiens mening inte kunde uppfattas på så sätt att man var tvungen att åstadkomma ett visst resultat:

[400] Se mål T-11/07, Frucona Košice.

> "Slovakien har som svar på kommissionens talan anfört att en bokstavstolkning av artikel 2.1 och 2.2 i [kommissionens beslut], närmare bestämt användningen av uttrycket "vymáhanie" på slovakiska (återkrav) i stället för "vymoženie" (återvinning), till skillnad från vad kommissionen gjort gällande, ger vid handen att man inte kan dra slutsatsen att [...] Slovakien var skyldig att återkräva stödet på ett effektivt sätt inom den angivna fristen, utan bara att inom fristen vidta alla de åtgärder som var nödvändiga för att återkräva det."[401]

EU-domstolen gjorde däremot bedömningen att det borde varit uppenbart för Slovakien att man inte kunde tolka kommissionens beslut på ett sådant sätt som Slovakien anfört – inte minst beroende på att en sådan tolkning skulle strida mot beslutets egentliga innebörd – syftet med beslutet var ju att återupprätta en effektiv konkurrens och det är ett mål som endast kan uppnås i och med att återkravet verkställs.

Ifråga om nödvändigheten av att Slovakien initierade en domstolsprocess uttalade EU-domstolen inledningsvis att man inte kunde kritisera Slovakien för att ha gjort så; i och med att en medlemsstat själv är fri att avgöra hur ett beslut om återkrav ska verkställas.

Kärnfrågan enligt EU-domstolen var däremot om det faktum att det domstolsavgörande som stadsfäste den ifrågasatta ackordsuppgörelsen vunnit laga kraft kunde anses utgöra ett hinder för att återkräva det aktuella stödet.[402]

Till skillnad från kommissionen ansåg dock EU-domstolen inte att dess avgörande i Lucchini – i vilket EU-domstolen slog fast att unionsrätten utgör ett hinder för att tillämpa en sådan bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs, om tillämpningen utgör ett hinder för att återkräva ett statligt stöd vars oförenlighet med EU-rätten slagits fast i ett kommissionsbeslut som har vunnit laga kraft – var direkt relevant då det i det aktuella ärendet ifrågasatta avgörandet vunnit laga kraft innan dess att kommissionen fattat det negativa beslutet vilket inte var fallet i Lucchini.

EU-domstolen poängterade också hur viktig principen om att beslut som vunnit laga kraft inte kan ändras är både för unionsrätten och för de nationella rättsordningarna varvid man dessutom uttalade att:

> "En nationell domstol är följaktligen inte enligt unionsrätten alltid skyldig att underlåta att tillämpa nationella processregler som leder till att domstolsavgö-

[401] Mål C-507/08, Frucona, p. 24.
[402] Mål C-507/08, Frucona, p. 55.

randen vinner laga kraft, även om detta skulle kunna bringa ett åsidosättande av unionsrätten att upphöra[...]".[403]

EU-domstolen uttalade däremot att det fanns indikationer på att Slovakien i ett tidigare skeda hade kunnat verkställa kommissionens beslut och domstolen slog därför fast att Slovakien inte uppfyllt sina skyldigheter enligt kommissionens beslut genom att underlåta att återkräva det otillåtna stödet inom de tidsfrister som angavs i beslutet.[404]

4.5.2 Återkrav och principen om berättigade förväntningar

Som nämnts ovan är ett av rekvisiten för att kommissionen enligt artikel 14 i procedurförordningen ska få fatta beslut om ett återkrav att ett sådant inte strider mot någon allmän EU-rättslig princip. Den i sammahanget viktigaste av de principer som avses i artikel 14 i procedurförordningen ifråga om vilka krav som ställs på kommissionen för att den ska kunna fatta beslut om ett återkrav är den så kallade principen om berättigade förväntningar.[405]

Principens existens har motiverats med att:

"there is a degree of legal certainty without which any forward planning of economic activity by traders or producers will be rendered excessively difficult. In other words, there is appoint at which the potential shifting of regulatory goalposts discourages participation in the market to the ultimate detriment of society".[406]

Principen syftar därför till att skydda ekonomiska aktörer från de verkningar som kan följa av orimliga och oförutsedda ändringar av olika regleringar som det allmänna i form av både nationella myndigheter och olika instanser inom EU kan vidta inom ramarna för deras fria skön. Ett typiskt område för principens tillämpning är i samband med antagande av lagstiftning som har retroaktiv verkan.[407]

I mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, hävdade Tyskland att det var omöjligt att verkställa kommissionens beslut om återkrav av ett stöd då det skulle innebära att principen om berättigade förväntningar som fanns

[403] Mål C-507/08, Frucona, p. 60.
[404] Mål C-507/08, Frucona, p. 61 och p. 64.
[405] Principens tillämpning på statsstödsområdet behandlas utförligt i Diraud, A study of the notion of legitimate expectations in the state aid recovery proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here"?, C.M.L.R. 2008, s. 1399–1431.
[406] Se Barnett, Protecting legitimate expectation in European Community Law and in domestic Irish law, 20 Yearbook of European Law, 2001, s. 191.
[407] Se t.ex. Daniel m.fl., Grundlæggande EU-ret, 2011, s. 251.

uttryckt i delstatens förvaltningslag skulle åsidosättas. För att ett utbetalt stöd skulle kunna återkrävas fordrades enligt delstatens förvaltningslag en intresseavvägning – i det aktuella fallet mellan mottagarens och gemenskapens intressen. Lagen stipulerade också en preskriptionstid på ett år, vilken var överskriden i det aktuella fallet. EU-domstolen uttalade dock att en medlemsstat som betalat ut stöd i strid med procedurreglerna i artikel 108 inte kunde undandra sig förpliktelsen att återkräva stödet med hänvisning till mottagarens berättigade förväntningar. Om EU-domstolen godkänt en sådan möjlighet hade den berövat artikel 107 och 108 sina verkningar, då de nationella myndigheterna som beslutar om olagliga stöd därigenom skulle kunna hindra kommissionens beslut på statsstödsområdet.[408] Någon möjlighet för en medlemsstat att åberopa bestämmelser eller praxis i den egna rättsordning som grund för att inte uppfylla de förpliktelser EU-rätten ålägger dem finns därför inte.[409]

I samma mål tog EU-domstolen också ställning till i vilken utsträckning en stödmottagare med framgång kunde åberopa principen om berättigade förväntningar. EU-domstolen slog fast att en stödmottagare principiellt inte kunde ha en berättigad förväntan om ett stöd utbetalats i strid med EU-rätten – en näringsidkare borde normalt sätt förvissa sig om att EU-rättens procedurregler efterlevs. En viss möjlighet att med stöd av principen kunna undvika ett återkrav föreligger däremot sannolikt om stödmottagaren kan hänvisa till extraordinära omständigheter. Ett exempel på när sådana extraordinära omständigheter skulle kunna leda till att mottagaren inte behöver betala tillbaka ett olagligt stöd är om lång tid passerat innan kommissionen fattat beslut angående den aktuella stödåtgärden. Av utgången i målet följer således att möjligheterna att underlåta att verkställa ett återkrav enligt EU-rätten är mycket begränsade.

Det ska i sammanhanget också nämnas att ett beslut om återkrav inte utgör en form av repressalie, utan ett sådant beslut ska istället ses som en åtgärd ämnad att återskapa tidigare gällande förhållande på marknaden. Av den anledningen uppfattar EU-domstolen normalt inte ett beslut om återkrav som oproportionerligt betungande i förhållande till EUF-fördragets bestämmelser, vilket medför att kommissionens beslut om återkrav som huvudregel är förenliga med proportionalitetsprincipen.[410]

[408] Mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 17.
[409] Mål C-5/89, kommissionen mot Tyskland, p. 18.
[410] Mål C-142/87, kommissionen mot Belgien, p. 66.

4.5.3 Återkrav och nationella domstolars kompetens

Kommissionen är som nämnts i princip, tillsammans med EU-domstolen och Tribunalen, ensam behörig att bedöma huruvida ett stöd är förenligt med den inre marknaden, det vill säga om en åtgärd som omfattas av artikel 107.1 ska kunna undantas från det generella förbudet. Det faktum att nationella myndigheter och domstolar vanligtvis är förhindrade att avgöra om en åtgärd är förenlig med den inre marknaden innebär däremot inte att de skulle vara förhindrade att bedöma om en åtgärd utgör ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1.[411] I mål 77/72, Capolongo, slog EU-domstolen fast att artikel 107 kunde åberopas i en nationell domstol såvida bestämmelsen blivit konkretiserad genom en rättsakt som utfärdats med stöd av artikel 109 eller till följd av ett beslut som utfärdats med stöd av artikel 108.2.[412] Dessutom har EU-domstolen uttalat att genomförandeförbudet i artikel 108.3 är direkt tillämpligt såtillvida att de rättigheter kravet skapar ska beskyddas av medlemsstaternas nationella domstolar.[413] De direkta verkningarna av genomförandeförbudet gäller både anmälda och oanmälda stödåtgärder. En nationell domstol kan därför efter anmälan av en intresserad part bli tvungen att ta ställning till om ett lämnat stöd är utbetalat i strid med genomförandeförbudet. Således kan domstolen som indikerats ovan i vissa fall även vara tvungen att värdera om en åtgärd ska klassas som ett stöd enligt artikel 107.1.[414] I tveksamma fall kan också den nationella domstolen rådfråga kommissionen,[415] eller begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Det kan däremot aldrig bli en nationell domstols uppgift att avgöra om ett stöd är förenligt med den inre marknaden under förutsättning att bedömningen inte rör tillämpningen av den allmänna gruppundantagsförordningen.

[411] Nationella domstolars tillämpning av statsstödsreglerna behandlas i bl.a. Lahnborg, Statligt stöd ur den nationella domstolens synvinkel, JT 1996–97, s. 633– 648. Se också Aldestam, Nationella domstolars roll i EG:s statsstödssystem, ERT 2005, s. 215-235.

[412] Mål 77/72, Capolongo, p. 6.

[413] Se mål 120/73, Lorenz, p. 8. I mål C-174/02, Streekgewest, p. 17, uttalade också EU-domstolen att "[d]et ankommer på de nationella domstolarna att säkerställa de enskildas rättigheter om de nationella myndigheterna har överträtt förbudet mot genomförande av stöd. När ett sådant åsidosättande åberopas av enskilda som kan göra detta gällande och fastställs av nationella domstolar, skall de nämnda domstolarna dra alla konsekvenserna av detta i enlighet med nationell rätt."

[414] Mål C-39/94, La Poste, p. 49 och mål C-143/99, Adria-Wien Pipeline, p. 29.

[415] Se t.ex. mål C-39/94, La poste, p. 50, i vilket EU-domstolen uttalar att det åligger kommissionen att bistå de nationella domstolarna med tolkningshjälp vid behov. Se också kommissionens Tillkännagivande om samarbete mellan nationella domstolar och kommissionen på området statligt stöd, EGT 1995/C 312/8.

Då genomförandeförbudet i artikel 108.3 är direkt tillämpligt innebär det att en nationell domstol också kan bli tvungen att vidta åtgärder för att stoppa en förestående utbetalning av ett stöd som omfattas av artikel 107.1 om exempelvis en konkurrent till den förmodade stödmottagaren väcker en sådan talan i behörig domstol.

Ett ärende som rör just i vilken utsträckning en sådan talan kan föras i svensk domstol är Högsta domstolens beslut i mål nr Ö 1261-08, Nya Destination Stockholm, i vilket frågan var om en svensk allmän domstol är behörig att stoppa en utbetalning av ett misstänkt statligt stöd fram tills dess att stödet godkänts av behörigt organ inom EU.

Med anledning av att företaget Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket, NDSHT, ansåg att Stockholm stad bröt mot EU:s statsstödsregler genom att ekonomiskt gynna det helägda kommunala företaget Stockholms Visitors Board, vilket bedrev likande verksamhet som NDSHT, vände man sig till Stockholms tingsrätt och yrkade att kommunen vid vite skulle förbjudas att betala ut mer stöd till det kommunala företaget.

Enligt klaganden hade kommunen mellan den 1 januari 2002 och den 31 december 2005 beslutat att anslå ca 220 miljoner kronor det kommunala bolaget. Syftet med det kommunala bolaget var enligt dess bolagsordning att öka antalet besökare i Stockholmsregionen, att utveckla Stockholmsregionen som besöksort och att förbättra besöksservicen, bland annat genom att informera om området som turistmål, både inrikes och utrikes. Dessutom tillhandahöll det kommunala företaget en service i form av hotellbokning och en typ av rabattkort som gav dess innehavare tillgång till fler än 75 museer och attraktioner, samt vissa reser och andra rabatter.

I sammanhanget ska nämnas att klagande inte endast väckte talan i allmän domstol, utan klagande anmälde dessutom det påstådda stödet till kommissionen. Efter viss utredning och inhämtning av information meddelade kommissionen däremot klaganden om att man inte hade erhållit sådan information som skulle kunna leda fram till att kommissionen hade kunnat fatta ett negativt beslut i ärendet. Klaganden ansåg emellertid att kommissionens bedömning var felaktig, varför dess beslut överklagades till Tribunalen, vilken dock avvisade klagandes talan i sin helhet.[416] Det ska också nämnas att Tribunalens avgörande tillkännagavs först den 9 juni 2009, det vill säga efter det att Stockholms tingsrätt, och senare Svea Hovrätt, skiljt sig från det aktuella ärendet.

[416] Se mål T-152/06, Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket AB.

I samband med prövningen i Stockholms tingsrätt invände Stockholms kommun att allmän domstol inte var behörig att pröva den aktuella typen av ärende, bland annat med hänvisning till att ärendet avsåg en tillämpning av EU:s statsstödsregler, varför kommissionen enligt kommunen var ensam behörig. Stockholms tingsrätt ansåg sig dock vara behörig, vilket senare bekräftades av både Svea Hovrätt och Högsta domstolen.[417]

Högsta domstolen konstaterade att allmän domstol vanligtvis är behörig att pröva tvister som rör skadestånd eller som förs för att man ska kunna förhindra ytterligare skada. Då NDSHT syfte med den aktuella talan var att förhindra ytterligare skada genom att kommunen skulle förbjudas att betala ut ett i strid med artikel 108.3, och då det inte fanns någon lag eller annan författning som utpekade någon annan myndighet eller domstol som ensam behörig att i den aktuella typen av ärenden ansåg Högsta domstolen att det ankom på allmän domstol att pröva frågan.

Om en nationell domstol anser att ett stöd har betalats ut i strid med genomförandeförbudet ska den vidta alla nödvändiga åtgärder till följd av medlemsstatens åsidosättande av EU-rätten, även inbegripet att verka för ett återkrav.[418] En medlemsstat kan därför, oavsett om kommissionen senare slår fast att den aktuella stödåtgärden inte står i strid med den inre marknaden, riskera att bli tvungen till återkrav då genomförandeförbudet åsidosatts genom procedurregler i den nationella rättsordningen.

Då EU-rätten som utgångspunkt överlåter till medlemsstaterna att verkställa eventuella återkrav av olagliga stöd med hjälp av de regler som tillhandahålls inom ramen för de nationella rättsordningarna ska i det följande nämnas hur ett sådant återkrav ska hanteras enligt svensk rätt.

4.5.4 Svenska regler om återkrav av olagliga stöd

Med anledning av att den tidigare svenska regleringen om återkrav av otillåtna stöd, inte minst regleringen rörande återkrav av kommunala stöd, inte i alla delar tycktes stå i överensstämmelse med de EU-rättsliga kraven ansåg lagstiftaren det vara nödvändigt att reformera tidigare reglering varför lag (1994:1845) den 1 juli 2013 ersattes av lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.[419]

[417] Se Stockholms tingsrätts beslut 2007-02-09, mål nr T 18256-06, Svea Hovrätts beslut 2008-02-11, mål nr Ö 1812-07 resp. Högsta domstolens beslut 2009-10-22, mål nr Ö 1261-08.

[418] Se mål C-354/90, FNCE, p. 12 och mål C-39/94, La Poste, p. 40. Se också mål C-174/02, Streekgewest, p. 17.

[419] Se prop. 2012/13:84, s. 27 f.

Av 2 § följer att den som lämnat olagligt stöd, det vill säga ett stöd som verkställts i strid med genomförandeförbudet i artikel 108.3, ska återkräva stödet, under förutsättning att ett återkrav inte får underlåtas enligt EU-rätten.

Att ett stöd ska återkrävas innebär, precis som enligt EU-rätten, att den återkravsskyldige, det vill säga den som verkställt stödet, omedelbart ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att se till att stödbeloppet betalas tillbaka. Det är först när stödbeloppet jämte ränta verkligen har betalas tillbaka som återkravet anses vara uppfyllt. Att det ska utgå ränta på stödbeloppet regleras i 5 §.

En avgörande skillnad i förhållande till tidigare svenska reglering är att det nu är tydligt reglerat att det åligger den som mottagit ett olagligt stöd att betala tillbaka stödet, om inte återbetalning får underlåtas enligt EU-rätten, vilket följer av 3 §.

Frågan om hur olagliga stöd som utgår som en följd av avtal mellan stödgivaren och stödmottagaren ska hanteras regleras visserligen inte särskilt i lagen, men frågan berörs i förarbetena.[420] I det avseendet uttalas i förarbetena att det inte finns något som hindrar avtalsparterna från att komma överens om att frånträda avtalet och låta eventuella fullgjorda prestationer återgå. Dessutom anges i förarbetena att om parterna i ett avtal som medför statligt stöd bestämmer sig för att häva avtalet och låta prestationerna återgå, så ska stödmottagaren betala ränta för den tid som denne förfogat över stödet ifråga.

Ifråga om giltigheten av avtal och andra rättshandlingar av civilrättslig karaktär som inbegriper olagligt stöd ska omfattas av en EU-rättslig ogiltighetsregel kan också nämnas att EU-domstolen prövat den frågan i mål C-275/10, Residex Capital.

I det aktuella målet hade en nederländsk domstol begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande frågan om en garanti som lämnats i strid med genomförandeförbudet skulle anses vara ogiltig i förhållande till kreditgivaren. EU-domstolen uttalade följande.

> ”Artikel 88.3 [numera artikel 108.3 EUF-fördraget] sista meningen EG ska tolkas så, att de nationella domstolarna är behöriga att ogiltigförklara en garanti i en sådan situation som den som föreligger i målet vid den nationella domstolen, där ett olagligt stöd har genomförts genom en garanti som ställts ut av en myndighet för att täcka ett lån som ett finansbolag beviljat ett företag som inte hade kunnat erhålla en sådan finansiering under normala mark-

[420] Prop. 2012/13:84, s. 38 f.

nadsvillkor. De nationella domstolarna är vid utövandet av denna behörighet skyldiga att säkerställa att stödet återkrävs, och de kan för detta ändamål ogiltigförklara garantin bland annat när en sådan ogiltigförklaring, i avsaknad av mindre ingripande processuella åtgärder, kan medföra eller underlätta att den konkurrenssituation som rådde före beviljandet av garantin återställs."[421]

Således kan ett civilrättsligt avtal som innefattar ett olagligt stöd förklaras ogiltigt av en domstol, men det måste inte förklaras ogiltigt – utan det avgörande är istället att den konkurrenssituation som förelåg innan stödet utbetalades återställs.

I förarbetena dras därför slutsatsen att frågan om ogiltighet av civilrättsliga avtal som inbegriper olagliga statliga stöd inte är av omedelbar relevans för att Sverige ska kunna uppfylla sina EU-rättsliga förpliktelser i händelse av att olagligt stöd utgetts. Avgörande i sammanhanget är istället att den nationella regleringen medför att konkurrenssituationen återställs till det läge som rådde innan stödet utgick, vilket enligt regeringen åstadkoms genom lagens bestämmelser om att ett olagligt stöd som utgångspunkt ska återkrävas och återbetalas. Som en direkt följd av den regleringen anser regeringen därför att man inte med laga verkan kan göra gällande ett olagligt stöd, oavsett om det utgått i formen av ett civilrättsligt avtal. Enligt förarbetena får också frågan om ogiltighet av avtal i förhållande till tredje man, i förekommande fall, prövas i domstol.[422]

För att erhålla återbetalning ska den som lämnat det olagliga stödet ifråga väcka talan i allmän domstol varvid tvisten precis som i andra konkurrensmål ska hanteras enligt reglerna om indispositiva tvistemål, 6 resp. 7 §§.

I händelse av att ett olagligt stöd har sitt ursprung i ett civilrättsligt avtal ska eventuella följder av återkravet för avtalets innehåll och bestånd inte prövas inom ramen för den process som gäller återkravet av det olagliga stödet, utan sådana frågor får, vanligtvis på talan av stödmottagaren, prövas inom ramarna för en särskild process.

Enligt 8 § får rätten får besluta om omedelbar återbetalning av olagligt stöd och om omedelbar betalning av ränta på sådant stöd, om käranden visar sannolika skäl för sin talan. Sådan återbetalning ska enligt 9 § ske till Länsstyrelsen i Stockholms län. När en dom som avser talan om återbetalning har vunnit laga kraft, ska länsstyrelsen betala ut beloppet jämte ränta

[421] Mål C-275/10 Residex Capital, p. 49.
[422] Prop. 2012/13:84, s. 40.

till stödgivaren i den mån talan har bifallits och till svaranden i den mån talan har lämnats utan bifall eller målet har avskrivits.

Den som avser att vidta eller ändra stödåtgärder som kommissionen enligt artikel 108.3 i EUF-fördraget ska underrättas om, ska i likhet med tidigare reglering lämna upplysningar om åtgärderna till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer, 12 §.

Dessutom ska den som kan antas ha upplysningar som regeringen behöver i ett ärende om statligt stöd vid kommissionen på begäran också lämna dessa uppgifter till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer och denna skyldighet gäller inte endast eventuella stödgivare och stödmottagare utan även andra som har information som kan vara av relevans i sammanhanget.[423]

I lagens 13 § regleras kommissionens möjlighet att få handräckning i samband med att den har beslutat att genomföra kontrollbesök i Sverige. Enligt bestämmelsen har kommissionen rätt att få handräckning av Kronofogdemyndigheten för att granska räkenskaper och andra affärshandlingar samt ta kopior av dessa handlingar, och för att få tillträde till samtliga lokaler och markområden som utnyttjas av det berörda företaget. Kronofogdemyndigheten ska inte underrätta företaget om en begäran om handräckning innan verkställighet sker.

Utöver den reglering som följer av i lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsbestämmelser finns också vissa bestämmelser som kan vara av betydelse i sammanhanget i förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet.[424]

4.5.4.1 Särskilt om regleringen av statliga stöd

Av förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet 7 § framgår att ett stödbeslut bland annat ska innehålla de villkor som ska gälla för det aktuella stödet. Förordningens 21 § anger dessutom att som villkor alltid ska gälla att regeringen kan fatta beslut om att den aktuella stödåtgärden kan upphävas eller ändras, och att stödet kan återkrävas, i händelse av att

[423] Prop. 2012/13:84 s. 63.

[424] Den nationella regleringen rörande möjligheterna att ingripa mot statliga stöd och att kunna verkställa återkrav av sådana behandlas i t.ex. Indén, Kan man ta tillbaka det man redan låtit någon få? FT 2005, s. 427–443, Simonsson, State Aid Supervision and Enforcement in Sweden, ERT 622–643, Espelund, Recovery of Unlawful State Aid and Private Enforcement in Sweden, ERT 2009, s. 309–323 och Norderfeldt, Enskildas möjlighet att agera mot olagligt statligt stöd, ERT 2011, s. 46–58.

kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller efter det att EU-domstolen funnit att stödet strider mot statsstödsreglerna i fördraget.

Tidigare kunde regleringen i förordningen kunnat kritiseras för att inte till fullo leva upp till de krav som följer av EU-rätten. Problem skulle nämligen kunnat uppkomma i en situation då en stödgivare underlåtit att införa villkoret om återkrav i beslutet. Frågan i en sådan situation skulle varit om mottagaren av stödet då skulle varit bundna av villkoret, enligt den svenska nationella rätten, trots att villkoret inte införlivats i beslutet. Ett visst stöd för att stadganden som finns införda i svensk författningssamling ska kunna utgöra avtalsvillkor trots att det inte stadgas av ett enskilt avtal kan dock skönjas i doktrinen,[425] varför villkoret om återkrav ändå borde kunna göras gällande fast än det inte införts i beslutet. Numera torde däremot den problematiken vara undanröjd i och med regleringen i lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsbestämmelser.

På samma sätt har också de problem som tidigare kunde uppkomma i samband med återkrav av statliga stöd som inte föregåtts av individuella beslut, varför man inte heller kunnat villkora stöden i enlighet med 21 § förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet, riktade mot specifika stödmottagare, exempelvis i form av en viss skattelagstiftning, åtgärdats genom regleringen i lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsbestämmelser.

4.6 Skadestånd

Det kan också noteras att en medlemsstat, eller ett organ inom en medlemsstat såsom en kommun, även kan bli skadeståndsskyldig om den bryter mot EU:s statsstödsregler. Att exempelvis företag som drabbas av att offentliga aktörer överträder EU:s statsstödsregler ska kunna vända sig till domstol för att få en påstådd offentlig stödåtgärd prövad har dessutom ansetts kunna motiveras med att man därigenom ska skapa incitament till så kallad "private enforcement".[426]

I de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich, konstaterade EU-domstolen att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av EU-rätten. EU-rättens fulla verkan skulle äventy-

[425] Se t.ex. Madell, Det allmanna som avtalspart, 1998, s. 330 f.
[426] Se Honoré & Jensen, Damages in State Aid Cases, EStAL 2011 s. 265.

ras och skyddet för de rättigheter som erkänns i dessa regler skulle försvagas om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av EU-rätten som kan tillskrivas en medlemsstat. Möjligheten att erhålla skadestånd från en medlemsstat är oundgänglig i synnerhet om reglernas fulla verkan är beroende av att staten vidtar åtgärder och om till följd därav de enskilda i avsaknad av sådana åtgärder inte vid nationella domstolar kan göra gällande de rättigheter som tillkommer dem enligt EU-rätten. En sådan princip var enligt domstolen en väsentlig del av fördragets systematik och nödvändig för att garantera europarättens fulla effektivitet.[427]

Det är viktigt att påpeka att EU-domstolen inte har ställt upp något självständigt krav på att en medlemsstat ska ha förfarit vårdslöst för att skadestånd ska utgå. I de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, uttalade domstolen att nationella skadeståndsregler – så länge överträdelsen är tillräckligt klar – inte får göra bedömningen beroende av om de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller vårdslöst.[428]

De nationella domstolarna har dock ansetts kunna undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till dennes förfogande. Med risk för att annars själv behöva stå för skadan ska skadelidande visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning.[429]

Ifråga om principen rörande EU-rättens fulla effektivitet har EU-domstolen i mål C-526/04, Boiron, uttalat att om det är omöjligt eller orimligt svårt för en kärande att fullgöra sin bevisbörda ifråga om att kunna visa att det föreligger ett stöd till en ekonomisk aktör - i det aktuella ärendet rörde det sig om en påstådd överkompensation - särskilt på den grunden att käranden omöjligen kan förfoga över de uppgifter som bevisningen avser, så är den nationella domstolen med hänvisning till effektivitetsprincipen skyldig att använda sig av samtliga de processrättsliga medel som står till dess förfogande enligt den nationella rätten.[430] Om det i ett enskilt

[427] Se de förenade målen C-6/90 och 9/90, Francovich, p. 33 ff.

[428] Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, p. 79 f.,

[429] Se de förenade målen C-46/93 och 48/93, Brasserie och Factortame III, p. 84 f. Se även SOU 1999:139, s. 230 f., där det anförs att en "skadelidande leverantör skall vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada och att han, om han själv försummar det, får bära en motsvarande del av förlusten".

[430] Se mål C-526/04, Boiron, p. 55 och 57. Målet behandlas bl.a. i Honoré & Jensen, Damages in State Aid Cases, EStAL 2011 s. 283.

ärende finns en legal möjlighet för en nationell domstol att verka för att en kärande ska få tillgång till viss bevisning som annars skulle vara omöjlig för käranden att ta del av måste den nationella domstolen utnyttja denna möjlighet.

Det faktum att en medlemsstat kan bli skadeståndsskyldig med anledning av en överträdelse av EU:s statsstödsregler innebär inte att det endast är det centrala statsorganet som kan bli skadeståndsansvarigt vid överträdelser av EU:s statsstödsregler, utan det kan också kommunala och regionala organ bli om de orsakat den aktuella skadan. Utifrån EU-rättens utformning så kan det också stå en skadelidande fritt att rikta sitt anspråk mot det centrala statsorganet även om skadan orsakats av ett regionalt eller kommunalt organ. Ett skadeståndsanspråk kan således riktas mot staten oavsett om det är det centrala statsorganet eller regionala eller lokala myndigheter som brutit mot statsstödsreglerna. En medlemsstat kan därför inte åberopa exempelvis inhemsk kompetens- eller ansvarsfördelning mellan olika organ för att helt undkomma ett skadeståndsansvar i och med att det ankommer på varje medlemsstat att försäkra sig om att enskilda får ersättning för skada som de förorsakas genom att EU-rätten överträtts, oavsett vilken offentlig myndighet som har gjort sig skyldig till överträdelsen och oavsett vilken offentlig myndighet som, enligt den berörda medlemsstatens rätt, i princip har att utge ersättningen.[431] Men EU-domstolen uttalade också:

> "Med detta förbehåll åläggs medlemsstaterna enligt gemenskapsrätten inte att ändra kompetensfördelningen och ansvarsfördelningen mellan de offentliga organen inom staten. Om de föreskrifter som styr förfaranden som finns i den inhemska rättsordningen medger ett verkningsfullt skydd av rättigheter som enskilda åtnjuter enligt gemenskapsrätten, utan att det är svårare att göra gällande dessa rättigheter än enskildas rättigheter enligt den inhemska rättsordningen, skall de gemenskapsrättsliga kraven anses uppfyllda."[432]

Det ska emellertid nämnas att det tycks vara mycket ovanligt att förfördelade företag initierar skadeståndprocesser med utgångspunkt från att offentliga aktörer agerat i strid statsstödsregleringen.[433] Som ett skäl till varför så tycks vara fallet anger Honoré och Jensen att det är mycket svårt för en kärande att visa på ett kausalsamband mellan det påstådda stödet och den skada som företaget lidit. För att en tredje part ska kunna vinna

[431] Se mål C-302/97, Konle, p. 62.
[432] Se mål C-302/97, Konle, p. 63.
[433] Se Honoré & Jensen, Damages in State Aid Cases, EStAL 2011 s. 265-286.

framgång med sin talan krävs nämligen kan den kan visa både på så kallad "upstream causation" och så kallad "downstream causation". En kärande måste därför kunna visa att det dels finns ett direkt samband mellan den offentliga aktörens gynnade av stödmottagaren och det beteende som givit upphov till den aktuella skadan ("upstream causation"), dels att det finns direkt kausalitet mellan stödmottagarens beteende och den skada som käranden åsamkats ("downstream causation").[434]

Som en motvikt till ovanstående kan nämnas att det i Sverige förekommit i vart fall tre ärenden där företag som påstått sig lidit skada till följd av att offentliga aktörer vidtagit åtgärder som av kärandena ansetts utgöra olagliga stöd initierat skadeståndsprocesser och hänvisat till att det offentliga agerat i strid med EU:s statsstödsrätt. Dessa ärenden behandlas kort nedan.

Skyways mot Kristianstad Airport AB

Vid Kristianstad tingsrätt väckte flygbolaget Skyways Express AB (Skywys) i september 2006 talan mot det offentligt ägda flygplatsbolaget Kristianstad Airport AB (flygplatsen) med anledning av att det senare bolaget påstods ha gynnat en konkurrent till Skyways utan ha iakttagit genomförandeförbudet i artikel 108.3.[435] Gynnandet bestod i att flygplatsen hade ingått ett avtal med en konkurrent till Skyways, City Airline AB, som innebar att City Airline AB på vissa villkor skulle börja flyga på motsvarande linje som Skyways, det vill säga mellan Kristianstad och Stockholm. Det kanske mest problematiska i sammanhanget var att avtalet inkluderade en intäktsgaranti som garanterade City Airline AB i vart fall full kostnadstäckning oavsett hur många resenärer som valde att flyga med det senare bolaget. Skyways yrkade bland annat att tingsrätten skulle fastställa att Kristianstad Airport var skyldig att ersätta Skyways för den skada man lidit till följd av att flygplatsen ingått avtalet med City Airline AB. Därtill framställde Skyways ett editionsförläggande med innebörd att flygplatsen skulle tillhandahålla Skyways samtliga de handlingar, inklusive avtalet mellan parterna, som rörde flygplatsens mellanhavande med City Airline AB. Flygplatsen bestred yrkandena och menade att det inte förekommit något gynnande av City Airline AB.

I beslut rörande editionsföreläggandet uttalade tingsrätten att den skriftliga överenskommelsen mellan flygplatsen och City Airline AB kunde

[434] Se Honoré & Jensen, Damages in State Aid Cases, EStAL 2011 s. 265-286.
[435] Kristianstad tingsrätt, mål nr T 1644-06.

antas äga betydelse som bevis i målet. Handlingen innehöll enligt tingsrättens uppfattning visserligen yrkeshemligheter men det förelåg synnerliga skäl för att lämna ut överenskommelsen. Således bifölls yrkandet i den delen. Ifråga om övriga handlingar som omfattades av editionsyrkandet fanns vid tiden för beslutet enligt tingsrätten inte skäl att bifalla yrkandet.

Som ett resultat av att parterna förliktes återkallade Skyways sin talan en kort tid före planerad huvudförhandling. Det stöd som utgick från flygplatsen till City Airline AB har dock inte krävts tillbaka – vilket borde ha gjorts för att Sverige ska anses leva upp till de krav som följer av EU-rätten.

Som en kuriositet i sammanhanget ska nämnas att processen mellan Skyways och flygplatsen fick till följd att flygplatsen inte kunde fullfölja det avtal man ingått med City Airline AB. City Airline AB hävde därför avtalet varvid man också krävde ersättning av flygplatsen på avtalsrättslig grund.

Visserligen följer det av EU-rätten att en medlemsstat som orsakat ett företag en skada mycket väl kan ersätta företaget utan att statsstödsreglerna aktualiseras;[436] men för att så ska vara fallet krävs att skadeståndsanspråket inte är ogrundat och att ersättningens storlek inte överstiger vad som är rimligt. När en statlig ersättning utgår som kompensation för att ett företag går miste om en ekonomisk fördel eller rättighet som i sig själv konstituerar ett statsstöd, omfattas emellertid den åtgärden av stödbegreppet i artikel 107.1.[437]

Metro mot staten

Ytterligare ett skadeståndsärende från en svensk domstol där kärande grundade sin talan på EU:s statsstödsregler är det mål i vilket Tidnings AB Metro (Metro) i juli 2006 initierade en process mot staten genom Justitiekanslern.[438] I huvudsak yrkade Metro att tingsrätten skulle fastställa att staten var skyldig att ersätta Metro för den skada som Metro lidit till följd av den nackdel i konkurrenshänseende som Metro haft och hade på grund av att staten sedan den 1 januari 2006 utgett ett nytt icke anmält statligt stöd till Metros konkurrenter. Stödet bestod enligt Metro i att staten sedan den 1 januari 2006 tog ut en reklamskatt med tre procent av beskattningsvärdet för annons i allmän nyhetstidning och annars med åtta procent av beskattningsvärdet, allt i enlighet med lag (1972:266) om skatt på annon-

[436] Se de förenade målen 106–120/87, Asteris, p. 24.
[437] Kommissionens beslut 20.03.1996, 96/34/EG, EGT 1996/L 180/31, p. 6. Se också Wegener Jessen, Forbudet mod statsstøtte i EU, 2003, s. 176 f.
[438] Stockholms tingsrätt, mål T 15837-06.

ser och reklam (reklamskattelagen). Den högre skattesatsen gällde bland annat för annonser i annonsblad. I och med att tidningen Metro delades ut gratis betraktades den enligt reklamskattelagen som ett annonsblad.

Grunden för Metros talan var att staten genom tillämpningen av reklamskattelagen från och med den 1 januari 2006 utgav statligt stöd till Metros konkurrenter i strid med genomförandeförbudet i artikel 108.3.

Staten bestred Metros yrkanden med hänvisning bland annat till att reklamskattelagen inte innebar att statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 utgick till Metros konkurrenter. Enligt staten kunde tingsrätten inte förplikta lagstiftaren att ändra eller upphäva författningar och tingsrätten kunde inte heller bifalla yrkanden som avsåg att med vitesliknande åtgärder framtvinga författningsändringar.

Tingsrätten instämde i statens bedömning av rättsläget och anförde i ett beslut med anledning av att Metro presenterat nya yrkanden angående interimistiska säkerhetsåtgärder, att eftersom bifall till yrkandet om ekonomisk kompensation skulle innebära ett framtvingande av författningsändringar så kunde yrkandet av konstitutionella skäl inte vara tillåtet att ta upp till prövning.

Efter att parterna meddelat att de ingått en förlikning skrev tingsrätten av målet. Innan tingsrättens mål avslutades hade reklamskattelagen genom lagen (2007:1167) ändrats så att även gratisutdelade tidningar av sådant slag som Metro retroaktivt från och med den 1 januari 2007 fick samma lägre reklamskatt som allmänna nyhetstidningar.

JCDecaux mot staten

Det finns också ett ärende där Stockholms tingsrätt meddelat dom rörande en talan om skadestånd till följd av en påstått olagligt statligt stöd genom reklamskattelagen.[439] I målet hade JCDecaux Sverige AB (JCDecaux) yrkat att staten skulle förpliktas att betala skadestånd till bolaget för erlagd reklamskatt under åren 2006–2009. Grunden för yrkandet var att JCDecaux verksamhet avseende utomhusreklam enligt reklamskattelagen beskattades med 8 procent av beskattningsvärdet medan skattesatsen för reklam i periodiska skrifter var 3 procent av beskattningsvärdet samt att JCDecaux inte hade rätt till återbetalning av reklamskatt motsvarande en årlig reklamskatteförsäljning om högst 50 miljoner kronor. Enligt JCDecaux innebar den ordning som följde av reklamskattelagen att många

[439] Stockholms tingsrätts dom 2011-02-14, mål nr T 591-11.

av bolagets konkurrenter fick en konkurrensfördel i reklamskattehänseende jämfört med JCDecaux.

Tingsrätten ogillade dock käromålet utan att utfärda stämning då den ansåg att käromålet var uppenbart ogrundat. Tingsrätten förklarade att även om den aktuella reklamskatteordningen skulle anses utgöra ett statligt stöd som borde ha anmälts till kommissionen i enlighet med artikel 108.3 i EUF-fördraget så skulle det vara uteslutet att tillerkänna JCDecaux yrkat skadestånd då bolaget grundade sin talan på att den erlagda skatten skulle ersättas.

Tingsrätten hänvisade i sin dom till mål C-368/04, Transalpine Ölleitung, vari EU-domstolen slag fast att den som är skyldig att betala en skatt inte kan undandra sig betalningsskyldighet genom att göra gällande att en befrielse som är riktad till andra personer utgör statligt stöd eftersom ett bifall till ett sådant käromål skulle innebära att det påstådda olagliga stödet utsträcks till att omfatta även käranden.

4.7 Sammanfattning och preliminära konklusioner

Ett grundläggande element i EU:s statsstödsregler är att kommissionen ges möjlighet att kontrollera medlemsstaternas efterlevnad av regelverket. Av den anledningen har medlemsstaterna ålagts att anmäla nya planerade stödåtgärder till kommissionen. Dessutom undersöker kommissionen löpande existerande stödåtgärders förenlighet med den gemensamma marknaden. Dessa åtgärder regleras inte bara i artikel 108 EUF-fördraget utan det följer också av den så kallade procedurförordningen (förordning 659/1999/EG), vari man finner detaljerade bestämmelser rörande bland annat anmälningar av stöd, årliga rapporter till kommissionen och tidsfrister.

I sammanhanget ska också nämnas att kommissionen i det närmaste har en exklusiv kompetens på området i den mening att det som utgångspunkt endast är kommissionen som kan bedöma om en åtgärd omfattas av bestämmelsen i artikel 107.1, men framför allt, om ett stöd kan medges undantag från det generella förbudet med hänvisning till artikel 107.2 eller artikel 107.3. Därtill är givetvis också EU-domstolen och Tribunalen kompetenta att avgöra huruvida en stödåtgärd är förenlig med den inre marknaden. Någon möjlighet för nationella myndigheter eller domstolar att göra sådana bedömningar finns som huvudregel dock inte. En nationell domstol är endast behörig att ta ställning till om en viss åtgärd uppfyl-

ler rekvisiten i artikel 107.1, och att verka för de krav som följer av artikel 108.3 iakttas, vilket inkluderar att verka för ett återkrav om en medlemsstat verkställt ett otillåtet stöd. Ett undantag från denna huvudregel är däremot att nationella myndigheter och domstolar kan bedöma om villkoren för undantag från det generella förbudet kan medges med hänvisning till någon av de undantagsförordningar som kommissionen antagit.

I sammanhanget ska också poängteras att anmälningsskyldigheten och genomförandeförbudet endast gäller under förutsättning att samtliga rekvisit i artikel 107.1 är uppfyllda. En åtgärd som inte uppfyller samtliga rekvisit i artikel 107.1 måste således inte anmälas till kommissionen innan en medlemsstat väljer att verkställa den. Av både sekundärrätten och kommissionens riktlinjer följer det emellertid att statliga stöd inte anses föreligga om vissa särskilt angivna villkor är uppfyllda, exempelvis om stödbeloppet understiger ett visst värde, vilket följer av den så kallade *de minimis*-förordningen. Kommissionens utgångspunkt är därför att alla åtgärder som inte direkt uppfyller de villkor som kommissionen angivit anses utgöra statliga stöd i enlighet med artikel 107.1 och därför måste anmälas till kommissionen innan de verkställs. En sådan utgångspunkt kan dock anses vara mycket tveksam i och med att det endast är åtgärder som verkligen uppfyller samtliga rekvisit i artikel 107.1 som omfattas av kommissionens kontroll, oavsett eventuell sekundärlagstiftning och kommissionens riktlinjer.

Den granskning av anmälda stöd som kommissionens gör kan som nämnts sorteras i två avdelningar. Först genomförs en preliminär granskning, där kommissionen bildar sig en inledande uppfattning om den anmälda stödåtgärden är förenlig med den gemensamma marknaden. Om kommissionen efter den preliminära granskningen anser att åtgärden strider mot EU:s statsstödsregler, eller om det är oklart huruvida så är fallet, fattar kommissionen beslut om att inleda en formell granskning.

Den formella granskningen syftar till att kommissionen ska kunna bli fullt informerad om alla fakta i det aktuella ärendet, varvid också tredje part i form av bland annat andra medlemsstater, stödmottagaren och konkurrerande företag ska kunna få sina rättigheter skyddade. Efter en formell granskning kan kommissionen besluta att den anmälda åtgärden inte utgör ett stöd eller att åtgärden visserligen utgör ett stöd men att den inte är oförenlig med den inre marknaden. Godkännande av ett stöd kan också villkoras på så sätt att stödet endast anses tillåtet om medlemsstaten vidtar särskilt angivna åtgärder. Dessutom kan kommissionen fatta ett negativt beslut, det vill säga besluta att stödet ifråga inte är förenligt med den inre

marknaden och att det således inte heller är tillåtet. Om en medlemsstat har betalat ut ett stöd som inte är lagligt ska kommissionen som utgångspunkt förena det negativa beslutet med ett krav på återbetalning.

För att kommissionen ska kunna fatta beslut om ett återkrav krävs att det rör sig om ett nytt stöd; stödet ska vara olagligt och således inte heller förenligt med den inre marknaden; stödet ska ha betalats ut; preskriptionstiden får inte ha löpt ut; samt att kravet på återbetalning inte får strida mot någon generell EU-rättslig princip. Det är emellertid medlemsstaten som sådan som är adressat för kommissionens beslut om återkrav – varför det sedan är medlemsstaten som i sin tur måste rikta krav på återbetalning till stödmottagaren.

Det faktum att kommissionen endast har återkravet som verktyg för att hantera otillåtna statliga stöd har däremot kritiserats, inte minst med hänvisning till att den medlemsstat som bryter mot fördragets statsstödsregler inte riskerar drabbas till följd av överträdelsen i och med att det aktuella stödet inklusive ränta ska återbetalas till den medlemsstat som brutit mot bestämmelserna – samtidigt som stödmottagaren kan försättas i en sämre situation efter ett återkrav än vad som hade varit fallet om stödet aldrig utbetalats.[440]

EU-rätten reglerar däremot inte hur själva återkravet ska ske, utan det är en uppgift som överlåtets åt medlemsstaterna själva att reglera i de nationella rättsordningarna. Då kommissionen fattat ett beslut om återkrav är det således upp till medlemsstaten att göra allt för att beslutet ska verkställas. Stödet ska då betalas tillbaka omgående, men enligt den procedur som föreskrivs i den nationella rättsordningen.[441] Om en medlemsstat inte följer ett av kommissionen fattat beslut om återkrav kan frågan bli föremål för en fördragsbrottstalan efter att kommissionen eller en annan medlemsstat anhängiggjort en sådan talan hos EU-domstolen enligt artikel 108.2.[442] En medlemsstat som inte följer ett beslut från kommissionen, på så vis att man inte genomför ett återkrav inom de tidsramar som kommissionen ställt upp, kan därför komma att åläggas att betala böter till EU.[443]

[440] Se Lever, The EC State Aid Regime: The Need for Reform, i: Biondi m.fl. (red.), The Law of State Aid in the European Union, 2005, s. 303–321.

[441] I mål 120/73, Lorenz, p. 9, slog EU-domstolen fast att det åligger varje medlemsstat att inom ramen för sin rättsordning bestämma vilket förfarande som ska vara tillämpligt för att garantera den direkta effekten av artikel 108.3.

[442] Mål 70/72, Kohlengesetz, p. 13.

[443] Se t.ex. D'sa & Drake, Financial Penalties for Failure to Recover State Aid and Their Relevance to State Liability for Breach of Union Law, EStAL 2010 s. 33 ff.

En medlemsstat kan i princip endast underlåta att verkställa ett återkrav om det antingen skulle strida mot någon av EU:s allmänna principer, främst principen om berättigade förväntningar, eller om det skulle vara absolut omöjligt att genomföra återkravet. Ifråga om principen om berättigade förväntningar ska nämnas att det endast föreligger en möjlighet att undvika ett återkrav om stödmottagaren kan hänvisa till extraordinära omständigheter, såsom att det passerat mycket lång tid innan kommissionen fattat beslut angående den aktuella stödåtgärden.

Vad gäller möjligheten att underlåta att verkställa ett återkrav med hänvisning till att det skulle vara absolut omöjligt kan nämnas att EU-domstolen har intagit en mycket restriktiv hållning till vad som kan anses utgöra ett absolut hinder i sammanhanget. Som en möjlig grund för att med hänvisning till undantaget underlåta att verkställa ett återkrav har principen om att lagakraftvunna beslut ska stå fast anförts. Möjligtvis kan man tolka EU-domstolens uttalande i mål C-507/08, Frucona Košice, på så sätt att den skulle ha kunnat acceptera att principen om att lagakraftvunna avgöranden måste få anses stå fast går före EU-rätten, i vart fall i en sådan situation där stödbeslutet vunnit laga kraft innan kommissionen fattat sitt negativa beslut.[444] En sådan tolkning skulle däremot riskera undergräva EU:s statsstödsregler i och med att många av de stödåtgärder som underställs kommissionens granskning redan torde ha vunnit laga kraft. Hur väl en sådan tolkning stämmer med vad man anförde i mål C-119/05, Lucchini, kan också ifrågasättas. I det senare målet uttalade EU-domstolen som nämnts att EU-rätten utgör ett hinder för att tillämpa en bestämmelse i nationell rätt i vilken principen om rättskraft stadfästs.[445]

De svenska bestämmelser som reglerar återkrav av statliga stöd återfinns dels i förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet, dels i lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler.

Av 21 § i förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet följer att som villkor för statligt stöd ska alltid gälla att regeringen kan fatta beslut om att den aktuella stödåtgärden kan upphävas eller ändras, och att stödet kan återkrävas, i händelse av att kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller efter det att EU-domstolen funnit att stödet strider mot statsstödsreglerna i fördraget.

En komplikation i sammanhanget är att reglerna om återkrav av statliga stöd förutsätter att regeringen, efter att kommissionen genom beslut som

[444] Mål C-507/08, Frucona, p. 60.
[445] Mål C-119/05, Lucchini, p. 63.

vunnit laga kraft eller efter det att EU-domstolen funnit att ett stöd strider mot statsstödsreglerna, fattar beslut om återkrav. Några möjligheter för regeringen att besluta om återkrav i andra fall än de ovan nämnda förekommer inte heller.

Som nämnts ovan kan en svensk domstol komma att indirekt pröva vissa delar av EU:s statsstödsregler trots att kommissionen normalt är ensam behörig på området. Efter en anmälan av en intresserad part måste därför även en svensk domstol enligt EU-rätten bedöma om den aktuella åtgärden utgör ett sådant stöd som avses i artikel 107.1, och om så är fallet verka för ett återkrav om genomförandeförbudet i artikel 108.3 överträtts.

Då de svenska reglerna om återkrav av statliga stöd förutsätter att regeringen i varje enskilt fall fattar beslut om återkrav först efter att kommissionen eller EU-domstolen slagit fast att den aktuella åtgärden är olaglig har de svenska domstolarna inte givits några nationella verktyg att fatta beslut om återkrav innan det aktuella stödet granskats av kommissionen eller EU-domstolen. Således kan inte heller de svenska reglerna ge genomförandeförbudet full effekt.

I och med Sveriges anslutning till EU är Sverige emellertid tvingat till att ge EU-rätten full genomslagskraft vilket kan skapa vissa problem,[446] inte minst vad avser återkrav av olovligt utbetalda statsstöd. Endast det faktum att den svenska rättsordningen inte medger att återkrav verkställs i vissa situationer utesluter nämligen inte att ett återkrav ska genomföras.

Då det på EU-rättslig nivå inte finns några regler som stipulerar hur ett eventuellt återkrav ska genomföras, utan överlåter den processen till de nationella rättsordningarna, måste de svenska reglerna tolkas i ljuset av EU-rätten.[447] Men oavsett hur de svenska reglerna tolkas kvarstår det faktum att de svenska reglerna om återkrav av statliga stöd troligtvis inte är tillräckligt effektiva för att leva upp till EU-rättens krav.

Det kan också noteras att en medlemsstat, eller ett organ inom en medlemsstat såsom en kommun, även kan bli skadeståndsskyldig om den bryter

[446] Se t.ex. mål 6/64, Costa mot E.N.E.L.

[447] Det torde inte heller kunna krävas av de nationella domstolarna att de med stöd av gemenskapsrätten ska skapa nya regler som på nationell nivå stipulerar hur ett återkrav ska genomföras, jfr Arhold, Recovery of Unlawful State Aid by the Member States – the New German Approach, EStAL 2006, s. 13 f. Artikeln behandlar tyska nationella regler om återkrav utifrån ett avgörande från Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg. Författaren riktar viss kritik mot den tyska domstolen som trots att det inte föreligger någon explicit regel om återkrav enligt tysk rätt under rådande omständigheter ändå fattar ett sådant beslut. Jfr Kreuschitz, The Recovery of Incompatible State Aid by National Authorities – a big step ahead, EStAL 2006, s. 199 ff., där samma mål refereras och kommenteras.

mot EU:s statsstödsregler. Som nämnts slog EU-domstolen i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich, fast att en medlemsstat i princip kunde bli skadeståndsskyldig och förpliktas att utge ersättning för skador som den kunde ha orsakat enskilda genom åsidosättande av EU-rätten.

I vilken utsträckning möjligheten att få ersättning med anledning av att medlemsstaterna lämnat otillåtna statsstöd utnyttjas, inte minst av konkurrenter till stödmottagare, torde det saknas säkra uppgifter kring. Att det endast finns ett relativt fåtal domstolsavgörande på området är däremot tämligen klarlagt. Att det finns få domstolsärenden som rör skadestånd vid överträdelser av EU:s statsstödsrätt utesluter dock inte att statsstödsreglerna i vissa fall kanske ändå används som ett instrument för förfördelade aktörer på marknaden att reagera mot offentliga stöd – i vilken utsträckning dylika ärenden hanteras utanför medlemsstaternas domstolssystem torde nämligen vara mycket osäkert. Som belysande svenska exempel på det senare, där ärendena visserligen varit föremål för handläggning i domstolarna, kan de tidigare nämnda ärendena rörande Skyways och Metro nämnas.[448]

[448] Kristianstad tingsrätt, mål nr T 1644-06 resp. Stockholms tingsrätt, mål T 15837-06.

5 De svenska regleringarna rörande offentliga stöd och dess förhållande till statsstödsrätten

5.1 Inledning

Det är inte endast i EU-rätten som man finner regler vilka reglerar det allmännas möjlighet att gynna företag, utan sådana bestämmelser finns också i den interna svenska rätten. Det kan i sammanhanget därför finnas anledning att belysa de nationella svenska förbuden mot att gynna enskilda näringsidkare som följer dels av kommunallag (1991:900), dels förordning (1988:764) om statliga stöd till näringslivet.

I och med att förutsättningarna för kommunerna att lämna stöd till enskilda företag inte endast regleras i kommunallagen, utan också påverkas av en allmän kommunalrättlig princip som vanligtvis betecknas som underskottsprincipen, likväl som av lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter, behandlas både den aktuella principen och ifrågavarande lagstiftning i kapitlet. Den kommunalrättsliga regleringen berörs i avsnitt 5.2 medan den statliga förordningen avhandlas i avsnitt 5.3.

5.2 Regleringen av kommunala stöd

5.2.1 Underskottsprincipen

Den kommunalrättsliga utgångspunkten är att det kommunala medelsbehovet ska täckas av skatter[449] – varför kommunerna själva med hänvisning till den så kallade underskottsprincipen i allmänhet kan avgöra vilken eller vilka verksamheter som ska finansieras av skatter respektive avgifter och i hur stor utsträckning det ska göras.[450]

Underskottsprincipen finns inte explicit reglerad i kommunallagen, men följer indirekt av stadgandet i både 8 kap. 3 b § 1 st. kommunallagen var i det anges att kommuner och landsting *får* ta ut avgifter för tjänster och

[449] Se tex. prop. 1993/94:188, s. 79.
[450] Jfr prop. 1993/94:188, s. 86.

nyttigheter som de tillhandahåller, vilket dock inte innebär att de *måste* ta ut avgifter för de tjänster och nyttigheter som de tillhandahåller.

Även regleringen av självkostnadsprincipen i 8 kap. 3 c § ger indirekt uttryck för att kommunerna står fria att subventionera kommunal verksamhet med skattemedel. Enligt bestämmelsen får inte kommuner ta ut högre avgifter än som svarar mot kostnaderna för de tjänster eller nyttigheter som kommunerna tillhandahåller. Bestämmelsen slår således fast att det finns ett så kallat avgiftstak, men inte att avgifterna får understiga kostnaderna vilket innebär kommunerna som utgångspunkt är fria att komplettera de kommunala avgifterna med skatter.[451]

Det finns inte heller något som hindrar en kommun från att inom en viss verksamhetsgren ta ut avgifter som ger full kostnadstäckning medan kommunen inom en annan verksamhetsgren tar ut lägre avgifter och bekostar mellanskillnaden med skattemedel – oavsett om de båda verksamhetsgrenarna är närbesläktade.

Som exempel på underskottsprincipens tillämpning i Regeringsrättens praxis kan nämnas RÅ 1974 Ab 1426 vilket rörde en kommuns möjlighet att subventionera körskoleverksamhet. I målet konstaterade Regeringsrätten att en kommun var oförhindrad att helt eller delvis bekosta den aktuella körskoleverksamheten. Även i RÅ 1979 Ab 54 kom Regeringsrätten till slutsatsen att en kommun var fria att själv bestämma huruvida den aktuella körskoleverksamheten skulle skattesubventioneras.[452]

I RÅ 1974 A 943 hade Regeringsrätten att ta ställning till om ett landstingskommunalt beslut som medförde att avgifterna för tandvård i landstingskommunal regi subventionerades var lagligt. Slutsatsen var att det landstingskommunala beslutet inte var oförenligt med gällande rätt – även om privatpraktiserande tandläkare därigenom inte gavs möjlighet att konkurrera på lika villkor.

Även RÅ 1997 ref. 47 kan i viss mån symbolisera underskottsprincipens tillämpning. I målet hade Regeringsrätten att ta ställning till om det beslut av kommunfullmäktige i Kalmar kommun som gav kommunstyrelsen rätt att teckna borgen för en kommunal bostadsstiftelse, Kalmarhem, var kompetensenligt. Kammarrätten fann att beslutet inte var olagligt. Som grund anfördes bland annat uttalanden gjorda i motiven till lagen som upphävde bostadsförsörjningslagen vari det uttalades att bostadsförsörjning även fort-

[451] Se också Bohlin, Kommunala avgifter, 1984, s. 58 f. och Bohlin, Kommunalrättens grunder, 2007, s. 155 f.

[452] Ifråga om äldre praxis vari underskottsprincipen aktualiserats kan nämnas RÅ 1938 S 196, RÅ 1922 S 67 och RÅ 1912 ref. 66.

sättningsvis skulle innefattas i kommunernas allmänna kompetens. Inför Regeringsrätten framförde klaganden att uttalanden i ovan nämnda motiv hade rört 2 kap. 1 § kommunallagen och således inte skulle tjäna som ledning för rättstillämpningen. Klaganden menade vidare att kommunens agerande saknade relevant koppling till bostadsförsörjningen, det vill säga att skaffa bostäder till kommunens invånare, eftersom syftet var att minska kapitalkostnaderna för bostadsstiftelsen. Privata hyresvärdar missgynnades då de saknade möjlighet att sänka sina kapitalkostnader på liknande sätt. Genom tillämpningen av bruksvärdesprincipen och dess normerande effekt kunde inte heller de privata hyresvärdarna kompensera sig för högre kapitalkostnader genom hyreshöjningar. Regeringsrätten uttalade att då en kommun hyr ut lägenheter i egna fastigheter utan vinstsyfte – vilket är tillåtet enligt 2 kap. 7 § kommunallagen – är det också kompetensenligt för kommunen att vidta olika åtgärder för finansiering av verksamheten. Regeringsrätten fann att kommunens agerande inte innebar en överträdelse av dess kompetens enligt 2 kap. 1 och 7 §§ kommunallagen och avslog i likhet med de tidigare instanserna överklagandet. Beslutet att teckna kommunal borgen för ett helägt bostadsföretag ansågs således falla inom den kommunala kompetensen även om den kommunala verksamheten därigenom gavs bättre villkor än marknadens privata aktörer.

Om inget annat framgår av speciallagstiftning föreligger därför inget tvång för kommunerna att avgiftsfinansiera kommunal verksamhet. Den kommunalrättsliga bedömningen torde inte bli en annan även om den aktuella verksamheten bedrivs i konkurrens med privata aktörer.

Som exempel på områden inom vilka underskottsprincipen som huvudregel knappast kan aktualiseras, i och med att den kommunala verksamheten på dessa områden ska bedrivas på affärsmässiga villkor, kan nämnas tjänsteexport, tillhandahållande av vissa sjuktransporter, viss tidtabellsbunden kollektivtrafik samt distribution av el genom kommunala företag.

5.2.2 Kommunallagens bestämmelser om stöd till enskilda näringsidkare

Det kommunalrättsliga förbudet mot att gynna enskilda näringsidkare återfinns i 2 kap. 8 § kommunallagen. I 2 kap. 8 § 2 st. kommunallagen stadgas att:

> Individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl för det.

Regleringen syftar till att minska kommunernas möjlighet att genom individuella stödåtgärder påverka konkurrensvillkoren på marknaden – medan underskottsprincipens tillämpning i vissa fall kan ha den motsatta effekten. Frågan är däremot vilka kommunala stödåtgärder som egentligen ryms inom förbudets tillämpningsområde.

Av bestämmelse i 2 kap. 8 § följer således att en kommun som utgångspunkt inte får understödja enskilda näringsidkare, men att undantag från denna huvudregel kan medges om det föreligger synnerliga skäl. Som exempel på då synnerliga skäl ansetts vara för handen – och då ett kommunalt stöd till en enskild näringsidkare accepterats – kan nämnas den situation att servicenivån riskerat sjunka under vad som skulle kunna anses vara acceptabelt om kommunen inte vidtagit den aktuella åtgärden.[453] Det har däremot inte ansetts föreligga synnerliga skäl för en kommun att vidta en viss stödåtgärd med hänvisning till att så fordras för att ett eller flera företag i kommunen ska kunna få del av medel från något av EU:s strukturfondsprojekt. Som exempel från praxis kan nämnas RÅ 2000 ref. 1. I målet konstaterade Regeringsrätten att det inte förelåg synnerliga skäl då ett kommunalt bolag hade för avsikt att lämna en kommunal borgen för finansiering av lokaler för ett privat strukturfondsprojekt.[454]

Att kommunerna inte ska stödja näringslivet, mer än genom allmänna åtgärder, grundades tidigare på tanken att det kunde påverka kommunernas förhållande till varandra. Om sådana understöd hade varit tillåtna hade en viss konkurrens mellan kommuner kunnat uppkomma för att locka till sig företag. I samband med 1948 års kompetensreform uppgavs att det förekommit att kommuner tävlat om att attrahera viss industri genom att överbjuda varandra beträffande subventioner och förmåner till det aktuella företaget. En möjlighet att stödja företag skulle därmed ha kunnat få till

[453] Se t.ex. RÅ 1968 K 726 och RÅ 1968 K 728. I RÅ 1970 C 260 kom emellertid Regeringsrätten fram till att en kommunal borgen åt en livsmedelshandlare för att uppföra en affärslokal i ett mindre samhälle inte skulle anses rymmas inom den kommunala kompetensen. Även om det var en kommunal uppgift att vidta lämpliga åtgärder för att främja varuförsörjningen på orten, ansågs inte det kommunala beslutet förestavat av ett så betydande allmanintresse att det kunde uppväga åtgardens karaktär av stöd till förmån för en enskild person. För en allmän redogörelse för möjligheten att lämna stöd till enskilda näringsidkare, se Lindquist och Losman, Kommunallagen i lydelsen den 1 januari 2008 – En handbok med lagtexter och kommentarer, 2008, s. 30 f.

[454] Numera följer det av 2 kap. 3 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter att kommuner och landsting får medfinansiera projekt inom ramen för EU:s strukturfonder och program.

följd att företag spelar ut kommuner mot varandra i samband med nyetableringar etc.[455]

Kommunernas bristande kompetens att stödja enskilda företag torde även idag vara betingad av konkurrensskäl – men inte avseende konkurrensen mellan kommuner utan av hänsyn till konkurrensen mellan olika företag. En kommun ska således inte kunna påverka konkurrensen genom att gynna ett visst företag eller viss produktion.[456]

5.2.3 Kommunallagen, underskottsprincipen och EU:s statsstödsrätt

Hur förbudet mot att lämna understöd åt enskilda näringsidkare ska tolkas är inte helt klart. Den kanske främsta svårigheten vid en tillämpning av förbudet är att definiera vad som utgör en enskild näringsidkare. Man kan fråga sig om man i begreppet *enskild näringsidkare* ska lägga privata företag eller om begreppet ska tolkas som om att det är förbjudet att lämna ett individuellt stöd till alla företag som bedrivs i privaträttslig form. Ytterligare en tolkning av begreppet är att man istället definierar det som företag, oavsett i vilken form verksamheten bedrivs. Frågan besvaras inte explicit i kommunallagens förarbeten,[457] vari det dock uttalas att kommunallagens stadganden ska överensstämma med internationella överenskommelser, främst gemenskapens regler om statliga stöd.[458] För att bestämmelsen i 2 kap. 8 § kommunallagen till fullo ska harmoniera med förbudet i artikel 107.1 borde begreppet enskild näringsidkare därför ges samma innebörd som begreppet företag i artikel 107.1, det vill säga omfatta alla former av kommersiell eller ekonomisk verksamhet som inte är att klassificera som myndighetsutövning. En sådan tolkning av bestämmelsen skulle emellertid medföra att det inte skulle vara kommunalrättsligt tillåtet att stödja egna företag om det inte föreligger synnerliga skäl, varför också underskottsprincipens tillämpningsområde skulle inskränkas avsevärt. Den kommunalrättsliga utgångspunkten torde därför vara att en kommun mycket väl kan stödja ett kommunalt företag utan att det finns synnerliga skäl.[459] Följaktligen torde förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen endast

[455] Se SOU 1947:53, s. 78 och prop. 1948:140, s. 78. Som ytterligare skäl för att kommunerna inte skulle få lämna stöd till enskilda företag angavs att en sådan möjlighet skulle kunna hindra en lämplig lokalisering av näringslivet, prop. 1948:140, s. 78 f.

[456] Se t.ex. SOU 1971:84, s. 84 och prop. 1990/91:117, s. 32.

[457] Se prop. 1990/91:117, s. 32 f. och s. 152 f.

[458] Se prop. 1990/91:117, s. 142.

[459] Jfr Lindquist, Kommunala befogenheter, 2005, s. 108 och s. 114, som bl.a. hänvisar till RÅ 1968 K 1770, RÅ 1974 A 1426 och RÅ 1979 Ab 54. Se också Bohlin, Kommu-

begränsa en kommuns möjlighet att stödja företag som inte ägs av den aktuella kommunen.

Även om EU-rätten har företräde framför den svenska kommunallagen – på så sätt att en stödåtgärd som kan accepteras med hänvisning till kommunallagen inte nödvändigtvis är tillåten i och med att den mycket väl kan vara oförenlig med EU:s statsstödsreglering – kan förhållandet mellan de båda regelverken mycket väl skapa viss problem, vilket belyses av exempelvis turerna i det så kallade Åre-ärendet.

Att den svenska kommunalrätten inte i alla avseenden är helt anpassad till EU-rätten, på så sätt att regelverken harmonierar, följer också av Förvaltningsrättens i Uppsala dom av den 16 december 2010, mål nr 6994-10, gällande Uppsala kommuns stöd till Uppsala Arena. I sin dom inleder förvaltningsrätten med att konstatera att kommunen, genom att fatta beslut om ingående av ett visst samarbetsavtal med ett icke kommunägt företag, lämnat ett stöd till företaget i strid med EU-rättens genomförandeförbud, varför beslutet skulle upphävas med hänvisning till att det var olagligt. Där efter prövade förvaltningsrätten om de kommunala åtgärdena rymdes inom ramarna för den allmänna kommunala kompetensen och om beslutet kunde anses vara förenligt med regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen. Ifråga om åtgärderna låg innanför ramarna för den allmänna kommunala kompetensen uttalades att uppförande, drift eller stöd till en sådan idrottsarena som planerades kunde anses vara kompetensenliga i och med att det framstod som osannolikt att en privat aktör skulle genomföra ett projekt av det aktuella slaget utan omfattande stöd från det allmänna. Med hänvisning till ovanstående, och med beaktande av arenans förväntade nytta inom både fritidsverksamhet och turism kunde åtgärden enligt förvaltningsrätten inte anses strida mot vare sig 2 kap. 1 § kommunallagen eller 2 kap. 8 § andra stycket kommunallagen.

Det kan således konstateras att man oavsett den svenska regleringen måste bedöma varje enskild potentiell stödåtgärd inte bara i ljuset av 2 kap. 8 § kommunallagen utan också i ljuset av artikel 107.1 EUF-fördraget.

5.2.4 Kommunala stöd i enlighet med lag om vissa kommunala befogenheter

Ett visst utrymme för kommuner och landsting att på olika sätt stödja olika företag går också att finna i lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. I den aktuella lagen regleras bland annat kommunernas möj-

---

nalrattes grunder, 2007, s. 155 f.

lighet att medfinansiera projekt inom ramen för EU:s strukturfonder och program, lämna bidrag för åtgärder i lokala investeringsprogram och att stödja företag verksamma inom turistnäringen.[460]

5.2.4.1 *Medfinansiering av projekt inom ramen för EU:s strukturfonder och program*

Som ett led i EU:s sammanhållningspolitik vidtar EU olika åtgärder för att bidra till ekonomisk och social sammanhållning inom EU. Denna sammanhållningspolitik bedrivs i sjuåriga program och finansieras av strukturfonderna, vilka tillsammans utgör en tredjedel av EU:s sammanlagda budget. För att stöd ska utgå enligt strukturfonderna krävs att vissa grundläggande villkor är uppfyllda:

1. EU-medlen ska komplettera nationella medel och får aldrig ersätta dem,
2. medlen ska användas där de bäst behövs,
3. projekten ska omfattas av nationell medfinansiering, samt
4. det ska föreligga en nära samverkan mellan kommissionen, medlemslandet, medverkande myndigheter och andra aktörer.

Vid sidan av strukturfondsprogrammen finns det också möjlighet att ansöka om EU-medel inom andra typer av program, vilka också förutsätter nationell medfinansiering.

För att kunna erhålla medel från strukturfonderna eller från EU:s andra program krävs därför som nämnts annan offentlig medfinansiering. Medfinansiering kan enligt 19 § förordningen (2007:14) om förvaltning av EU:s strukturfonder utgöras av rena bidrag men även bestå i tillhandahållande av fastigheter, lokaler, utrustning, material, forskning eller förvärvsarbete.

Samtidigt har Regeringsrätten tidigare gett uttryck för uppfattningen att det förhållandet att regional och lokal medfinansiering erfordras för att medel ska kunna erhållas från EU:s strukturfonder inte har ansetts utgöra synnerliga skäl för kunna frångå huvudregeln i 2 kap. 8 § kommunallagen, vilket följer av RÅ 2000 ref. 1.

Med hänvisning till utformningen av kommunalagens reglering och Regeringsrättens praxis ansåg lagstiftaren det finnas anledning att utvidga den kommunala kompetensen på området i och med att en annan ord-

[460] Se också prop. 2008/09:21.

ning skulle riskera få till följd att Sveriges möjligheter att nyttja EU-medel skulle påverkas negativt.

Numera finns det därför särskilt stöd i 2 kap. 3 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter för kommuner och landsting att medfinansiera projekt inom ramen för EU:s strukturfonder och program.

5.2.4.2 Bidrag för åtgärder i lokala investeringsprogram

Därtill följder det av 2 kap. 9 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter att kommuner som fått statligt bidrag för åtgärder i lokala investeringsprogram som ökar den ekologiska hållbarheten i samhället eller för klimatinvesteringsåtgärder, får använda bidraget för att ge ekonomiskt och annat stöd till enskilda, oavsett regleringen i 2 kap. 8 § kommunallagen, under förutsättning att stödet ifråga beviljas i enlighet med de föreskrifter som gäller för bidraget.

Av förarbetena till den ursprungliga regleringen, lag (1997:1323), följer att kommunerna genom lagen ska ges möjlighet att i samverkan med olika privata och offentliga lokala aktörer söka statligt stöd till investeringsinsatser som ökar den ekologiska hållbarheten.[461]

När regeringen fattat beslut om ett statligt bidrag till kommunens lokala investeringsprogram är det kommunens ansvar att programmet genomförs. Kommunen ansvarar då för att fördela det ekonomiska stödet vidare till de olika interna och externa aktörer som är ansvariga för de åtgärder som beskrivs i kommunens program.

Av investeringsprogrammen ska framgå om och i så fall hur de planerade insatserna:

a) minskar miljöbelastningen
b) ökar effektiviteten i användning av energi
c) ökar effektiviteten i användning av andra naturresurser
d) gynnar användning av förnybara råvaror
e) ökar återbruk och återvinning av resurser
f) bidrar till att den biologiska mångfalden bevaras och förstärks
g) bidrar till att förbättra cirkulationen av växtnäringsämnen

I lagstiftningens förarbeten reflekteras inte över förhållandet mellan den aktuella regleringen och EU:s statsstödsregler. I vilken utsträckning en

[461] Se prop. 1997/98:1, utgiftsområde 18, s. 47.

kommun kan fördela statliga medel på så sätt att ett eller flera företag gynnas måste således också bedömas utifrån statsstödsrätten, oavsett den svenska nationella regleringen.

5.2.4.3 Kommunala stöd till turistnäringen

Av 4 kap. 1 § följer att kommuner får vidta åtgärder för uppförande och drift av turistanläggningar i den utsträckning det behövs för att främja turistväsendet inom kommunen.

Den kommunala kompetensen på området är emellertid inte oinskränkt, utan begränsas dels av stadgandet att en kommunal åtgärd måste vara påkallad för att främja turistväsendet, dels av att den kommunala kompetensen endast omfattar uppförande och drift av turistanläggningar i kommunen.

Kommunala åtgärder som vidtas med stöd av lagen får visserligen inte syfta till att generera ett överskott men ska om möjligt vidtas utan slutlig ekonomisk uppoffring. Något egentligt undantag från den kommunala självkostnadsprincipen medges således inte heller då en kommun tillhandahåller service i form av en turistanläggning med hänvisning till den aktuella regleringen. I förarbetena anges att investeringar på turistområdet med stöd av lagen ska föregås av en noggrann utredning angående förutsättningarna för åtgärderna och dess behov.[462]

Enligt lagens ordalydelse är det endast åtgärder som vidtas för uppförande och drift som omfattas av kompetensutvidgningen. Som exempel på kommunala åtgärder vilka kunde anses falla inom den föreslagna kompetensen angavs av Kommunalrättskommittén: långivning, borgensåtaganden, markanskaffning, medverkan i enskilda företag och drift genom egen förvaltning eller genom ett kommunalt företag.[463] I begreppet uppförande ligger både åtgärder som vidtas för att kunna genomföra exempelvis en projektering, och själva anläggningsarbetet.[464] Att däremot lämna stöd till marknadsföring utgör en åtgärd som kan hänföras till begreppet drift. En kommun kan således med stöd av bestämmelsen vidta åtgärder som underlättar driften av en befintlig anläggning eller vilka underlättar tillskapandet av en ny anläggning såsom projektering.

Genom formuleringen att en åtgärd måste vara påkallad för att främja turistväsendet ska underlag för en domstolsprövning om kommunen över-

[462] Se prop. 1968:44, s. 20.
[463] Se SOU 1967:50, s. 34.
[464] Se t.ex. RÅ 1980 Ab 437.

skridit sin kompetens skapas, varför en kommunal åtgärd som uppenbart är för långtgående ska kunna underkännas. Av lagens förarbeten framgår emellertid att någon restriktivitet vid bedömningen inte ska iakttas.[465]

Enligt propositionen begränsas kommunernas kompetens på området av att en åtgärd på objektiva grunder måste framstå som ägnad att gynna turistväsendet i kommunen.[466] Enligt förarbetena inskränks också kommunernas kompetens på området då det kommunala engagemanget tar sig form av stöd till en enskild organisation eller ett enskilt företag. Om så är fallet ska det stöd som lämnas stå i rimlig proportion till allmännyttan och inte heller innebära ett otillbörligt gynnande av någon enskild.[467]

Då det mycket väl ryms inom den kommunala kompetensen att stödja företag verksamma inom turistnäringen kan frågan uppkomma i vilken utsträckning det är förenligt med EU:s statsstödsrätt. I händelse av att en kommun exempelvis lämnar bidrag till ett turistföretag torde det inte råda några tvivel om att både de krav som följer av stödbegreppet och de krav som ligger i selektivitetskriteriet är uppfyllda. Som utgångspunkt kan det också kunna hävdas att alla stöd om gynnar ett företag framför ett annat, det vill säga ett stöd som är selektivt, påverkar konkurrensen. Frågan är dock i vilken utsträckning sådana kommunala stöd kan anses påverka handeln mellan medlemsstater. Det måste således närmare undersökas huruvida ett kommunalt stöd till ett turistföretag påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Det är emellertid med stor sannolikhet ovanligt att en kommun stödjer ett turistföretag som inte endast engagerar sig på den svenska marknaden då kommunala stöd vanligtvis lämnas till lokala företag. Det faktum att ett företag som gynnas av ett kommunalt stöd endast bedriver sin verksamhet i Sverige utesluter däremot inte nödvändigtvis att handeln mellan medlemsstater påverkas, inte minst ifråga om stöd till turistföretag, i och med att det är en bransch som i stor utsträckning kännetecknas av gränsöverskridande handel. Kommissionen har ifråga om stöd till turistföretag uttalat att:

> "Such economic activity is the object of an intensive trade throughout the Single Market and therefore the scheme can well distort or threaten to distort competition and affect trade between the Member States."[468]

[465] Se SOU 1967:50, s. 35 och prop. 1968:44, s. 20.
[466] Se prop. 1968:44, s. 20.
[467] Se prop. 1968:44, s. 20.
[468] Kommissionens beslut 07.11.2001, C(2001)2990. Se också t.ex. kommissionens beslut 15.01.2002, C(2002)11fin, i vilket kommissionen uttalade att turism ar en industri som omfattas av konkurrens på EU-nivå.

Kommissionen har också i flera andra avgöranden konstaterat att stöd till företag verksamma inom turistnäringen mycket väl kan påverka handeln mellan medlemsstater.[469] Exempelvis har ett stöd som lämnades för att utveckla en större nöjespark omfattats av förbudet i artikel 107.1. Kommissionen uttalade att en större nöjespark kan påverka turistflödet och att det aktuella stödet dessutom fick till följd att andelen turistattraktioner i det ifrågavarande området ökade, varför stödet riskerade påverka både konkurrensen och handeln mellan medlemsstater.[470] Likaså har stöd som medfört att företag lyckats attrahera turister till ett visst område ansetts påverka konkurrensen då turisterna annars hade rest till någon annan medlemsstat.[471]

Kommissionen konstaterade däremot i beslut C(2003)902fin att det inte förelåg någon risk för att konkurrensen skulle påverkas och att samhandelskriteriet skulle vara uppfyllt med hänvisning till att stödmottagen var lokaliserad till ett område som inte kännetecknades av en omfattande turistnäring.[472] Kommissionen har på samma sätt uttalat att stöd till mindre museer inte riskerar påverka konkurrensen.[473]

I sammanhanget måste dessutom den så kallade de minimis-förordningen beaktas.[474] Utgångspunkten enligt förordningen är som nämnts att stöd som understiger 200 000 euro under en treårsperiod inte uppfyller samtliga kriterier i artikel 107.1 EUF-fördraget. Förordningen ska däremot enligt artikel 1.1 d inte tillämpas på stöd som är direkt knutet till exporterade volymer, till upprättandet eller driften av ett distributionsnät eller till andra löpande utgifter som har samband med exportverksamhet. Följaktligen måste undersökas huruvida ett specifikt stöd som lämnas av en kommun till ett turistföretag avser löpande utgifter samt om den aktuella turistverksamheten är att klassificera som exportverksamhet.

[469] Se t.ex. kommissionens beslut 17.04.2001, SG (2001) D/287753 och 21.01.2002, C(2002) 139.

[470] Kommissionens beslut 17.09.2003, C(2003) 3241. Även av kommissionens beslut 02.08.2002, C(2002) 2980, framgick att stöd till en nojespark kunde påverka handeln mellan medlemsstater.

[471] Kommissionens beslut 11.06.2001, SG(2001) D/289093. Se också p. 64 i kommissionens beslut 09.04.2002, C(2002) 1191, vari det framgår att kommissionen intar ståndpunkten att statligt stöd till anläggningar som är belagna på turistorter, vilka kan dra till sig användare som har utländska resmål som alternativ, snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

[472] Kommissionens beslut 02.03.2003, C(2003)902fin.

[473] Kommissionens beslut 21.01.2003 (ärende NN 136a/2002). Stödbudgeten för det aktuella ekomuseet var 7,3 miljoner euro.

[474] Förordning 1998/2006/EG.

Även om turistindustrins kärna består i att locka människor från en annan region eller ett annat land att besöka det egna området och många gånger dessutom att förmå medborgare i det egna landet att tillbringa sin semester där, torde det kunna konstateras att turistverksamhet som sådan inte kan klassificeras som exportverksamhet, utan en närmare granskning i det enskilda fallet.[475] Av den händelse ett kommunalt stöd till ett turistföretag kan anses vara exportrelaterat fordras dessutom att stödet utgör ett driftsstöd för att de minimis-reglerna inte ska kunna tillämpas. Således finns det normalt inget som utesluter en tillämpning av de minimis-reglerna endast på den grund att stöd lämnas till ett företag verksamt inom turistnäringen. På så sätt torde kommunala stöd till turistföretag regelmässigt kunna undandras från kommissionens granskning med hänvisning till de minimis-förordningen, under förutsättning att de i förordningen angivna villkoren är uppfyllda.

Av kommissionens praxis framgår emellertid att samhandelskriteriet mycket väl kan vara uppfyllt då större stöd lämnas till företag engagerade i turistverksamhet.[476] Sålunda tycks det vara riskabelt att dra några generella slutsatser ifråga om huruvida samhandelskriteriet är uppfyllt i samband med kommunala stöd till turistföretag - varje situation måste bedömas utifrån förutsättningarna i det enskilda ärendet.

5.3 Regleringen rörande statligt stöd till näringslivet

Det är inte endast kommunala stöd som är föremål för svensk intern offentlig reglering, utan det samma gäller som nämnts också stöd som lämnas av staten och statliga myndigheter. Den tydligaste regleringen på området är förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet, vilken enligt förordningens 1 § ska tillämpas på statligt stöd till näringslivet i form av lån och bidrag, i den mån regeringen föreskriver det. Ifråga om sådant stöd som omfattas av EU-rättens reglering ska dock förordningens 21-23 §§

[475] Jfr kommissionens beslut 02.05.2001, SG (2001) D/288280. I det aktuella ärendet hade Danmark med stod av förordning (EG) 69/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på stöd av mindre betydelse, EGT nr L 10, 13.01.2001, s. 30, betalat ut stöd som gynnade turistnäringen utan föregående anmälan, vilket kommissionen inte anmärkte mot då denne tog ställning till en senare anmälan. Kommissionen tog i beslutet däremot inte explicit ställning till om de minimisförordningen var tillämplig, dvs. om det aktuella stödet utgjorde ett stöd som skulle täcka löpande utgifter som hade samband med exportverksamhet.

[476] Se t.ex. kommissionens beslut 02.06.2003, C(2003) 1811.

alltid tillämpas, oavsett om regeringen föreskrivit det eller inte. Av samma bestämmelse följer också att bestämmelserna i 18–20 §§ gäller för allt statligt stöd som omfattas av den så kallade de minimis-förordningen.[477]

Av 21 § följer som nämnts ovan att det vid statligt stöd alltid ska gälla som villkor att stödåtgärderna får upphävas eller ändras och stödet återkrävas om Europeiska kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller Europeiska unionens domstol har funnit att stödet strider mot artikel 107. Vidare stadgas det att beslut om upphävande eller ändring av stödåtgärder fattas av regeringen som vid varje enskilt tillfälle ska fastställa villkoren för återbetalningen.

Dessutom stadgas det i förordningens 22 § att statliga myndigheter ska underrätta regeringen om alla former av stödåtgärder som kan bli föremål för prövning av Europeiska kommissionen och att en sådan underrättelse ska lämnas innan stödåtgärden ifråga vidtas. Samma paragraf föreskriver också att statliga myndigheter ska lämna uppgifter för uppföljning av befintliga stöd till Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser.

I sammanhanget ska det särskilt uppmärksammas att förordningen, ifråga om de materiella bestämmelserna, som huvudregel endast reglerar två olika typer av stöd, nämligen lån och bidrag. Förordningen reglerar således inte andra typer av stöd, även om dessa mycket väl skulle kunna uppfylla en bredare definition av stödbegreppet, såsom en möjlighet att få förvärva egendom på särskilt gynnsamma villkor. Därtill ska anmärkas att förordningen endast reglerar statliga stöd i den meningen att stödet ska lämnas av det centrala statsorganet eller någon av dess myndigheter för att åtgärden ska omfattas av förordningen.

Som ett grundläggande kriterium enligt förordningen gäller att stöd endast får lämnas till sökande om behovet av finansiering inte kan tillgodoses via banker och andra kreditinstitut som står under Finansinspektionens tillsyn.

Om inte annat särskilt föreskrivs ska det för lån gälla att den sökande enligt 16 § ställer de säkerheter som med hänsyn till stödets ändamål, sökandens ekonomiska ställning och övriga omständigheter bedöms skäliga. Om ställda säkerheter väsentligt försämras, får lånet sägas upp till omedelbar betalning.

I samband med en stödmyndighets prövning av om stöd ska lämnas, ska myndigheten ta hänsyn till om sökanden tidigare i annan ordning har beviljats statligt stöd. Vad en sådan prövning ska utmynna i slås däremot

[477] Förordning 1998/2006/EG.

inte fast i förordningen, varför ett tidigare stöd inte nödvändigtvis utesluter att en stödmyndighet lämnar ett nytt stöd till företaget. Som utgångspunkt ska stöd endast lämnas om verksamheten bedöms vara eller kunna bli lönsam från företagsekonomisk synpunkt. Under förutsättning att det är av avgörande betydelse ur bland annat sysselsättningspolitiska eller regionalpolitiska aspekter så kan dock regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer medge att stöd lämnas även i annat fall, 4 §. Ytterligare en huvudregel är att stöd utan särskilt medgivande endast får lämnas om det avser att finansiera en åtgärd som ännu inte är påbörjad. Om det föreligger synnerliga skäl kan däremot avsteg från denna huvudregel göras.

Ansökan om att erhålla stöd ska enligt förordningens 6 § vara skriftlig och sökanden ska lämna stödmyndigheten de uppgifter och göra den utredning som myndigheten bestämmer. Själva beslutet om stöd ska enligt dess 7 § som nämnts innehålla uppgift om:

1. mottagare av stödet,
2. stödets art och ändamål,
3. stödets omfattning,
4. för stödet ställda säkerheter (i fråga om lån),
5. mottagarens skyldighet att lämna uppgift om stödets användning, och
6. övriga villkor för stödet.

Om inte ett stöd tas i anspråk inom sex månader efter dagen för beslutet eller om stödmyndigheten fastställt en lyftningsplan för stödet, detta inte tas i anspråk enligt planen, förfaller beslutet att lämna stödet under förutsättning att myndigheten inte förlängt den tid inom vilken stödet sålunda ska tas i anspråk, vilket den enligt 8 § kan göra om det föreligger synnerliga skäl.

Enligt förordningens 9 § ska den som beviljats stöd efter anmaning lämna stödmyndigheten en skriftlig redovisning för den verksamhet stödet gäller och för stödets utnyttjande samt då det är aktuellt lämna en plan för det fortsatta utnyttjandet, inom de tidsramar som myndigheten bestämmer, likväl som mottagaren också ska ge myndigheten eller den som myndigheten utser tillfälle att granska verksamheten och på begäran lämna ytterligare uppgifter om verksamheten. Den som beviljats lån ska också utan dröjsmål underrätta stödmyndigheten innan beslut fattas om:

1. överlåtelse av någon betydande del av anläggningstillgångar, licenser, patent eller andra liknande tillgångar i verksamheten,

2. upptagande av större lån,
3. större borgensåtaganden,
4. nedläggning av väsentlig del av verksamheten,
5. ägarbyte,
6. företagsombildning och
7. annan åtgärd av motsvarande betydelse.

Enligt 17 § ska beslut om bidrag omedelbart hävas och statligt lån ska sägas upp till omedelbar betalning om stödet beviljats på grund av oriktig eller ofullständig uppgift av sökanden, eller om den som beviljats stöd på ett allvarligt sätt bryter mot villkor som gäller för stödet eller om annat sådant förhållande inträffar som innebär att låntagaren med hänsyn till syftet med lånet uppenbarligen inte bör få ha kvar detta. I sådana situationer får bidraget eller avskrivet lånebelopp krävas tillbaka inom tio år från det att bidrags- eller lånebeloppet betalades ut.

Av förordningens 19 § följer också att innan ett så kallat de minimis-stöd beviljas ska det stödmottagande företaget lämna en skriftlig redogörelse för allt annat stöd av mindre betydelse som företaget fått under de två föregående beskattningsåren och det innevarande beskattningsåret, det vill säga allt annat stöd som omfattas av den så kallade de minimis-förordningen. Redogörelsen ska också innehålla information om eventuellt annat stöd som företaget ansökt om eller beviljats och som avser samma stödberättigade kostnader som är aktuella för det nya stödet. Stödet får enligt de minimis-förordningen inte beviljas förrän det kontrollerats att det inte medför att det totala stöd av mindre betydelse som företag får under det innevarande beskattningsåret och de två föregående beskattningsåren överskrider det i förordningen angivna stödtaket.

I sammanhanget ska dessutom observeras att det av 25 § i förordningen följer att de myndigheter som bevakar statens rätt i fråga om beviljat stöd i samband med ackord eller annars, får efterge denna rätt om kapitalbeloppet eller, i fråga om flera förfallna fordringar hos samme gäldenär, det sammanlagda kapitalbeloppet inte överstiger 1 miljon kronor. I vilken utsträckning en medlemsstat kan medverka vid ett ackord genom att efterge ett stöd måste emellertid också bedömmas utifrån EU:s statsstödsregler.

Vad gäller svenska förhållanden ska det återigen nämnas att det numera inte finns några principiella hinder för att staten ska kunna medverka vid ett ackord, under förutsättning att staten agerar i enlighet med den marknadsekonomiska kreditorprincipen. Enligt Skatteverkets riktlinjer ska statens eventuella delaktighet i ett ackord också föregås av en analys rörande

om utdelningen vid en konkurs skulle vara ekonomiskt lönsam för staten. Om så kan förväntas vara fallet ska staten inte medverka i ett ackordsförfarande.[478] Om staten däremot är en av flera oprioriterade borgenärer torde det tämligen enkelt kunna konstateras att staten agerar som motsvarande privata aktörer om de accepterar en ackordsuppgörelse, under förutsättning att också övriga oprioriterade borgenärer gör det.

Avslutningsvis ska nämnas att beslut om statligt stöd till näringslivet endast får överklagas om regeringen särskilt har föreskrivit det, vilket följer av 26 §.

5.4 Sammanfattning och preliminära konklusioner

Det är som nämnts inte endast i EU-rätten som man finner regler vilka reglerar det allmännas möjlighet att gynna företag, utan sådana bestämmelser finns också i den interna svenska rätten.

Den kanske tydligaste nationella regleringen på området återfinns i kommunallagens 2 kap. 8 § som stadgar att individuellt inriktat stöd till enskilda näringsidkare får lämnas bara om det finns synnerliga skäl. Följaktligen får en kommun som utgångspunkt inte understödja enskilda näringsidkare och denna huvdregel kan endast frångås om det finns synnerliga skäl. Som exempel på då synnerliga skäl ansetts föreligga kan nämnas den situation att servicenivån i glesbygd annars skulle riskerat sjunka under vad som skulle kunna anses vara acceptabelt ifråga om exempelvis möjligheten att handla livsmedel eller drivmedel. Några andra möjligheter till undantag liknande dem som följer av artikel 107.1 finns inte enligt den svenska kommunallagen.

Ur ett perspektiv kan därför konstateras att det nationella svenska förbudet är långt strängare än den EU-rättsliga regleringen. Den svenska regleringen ger således inte kommunerna något utrymme att göra sådana avvägningar rörande nyttan med en viss åtgärd kontra risken för att konkurrensen ska påverkas, i likhet med vad som gäller i samband med avgörandet om en stödåtgärd ska kunna undantas från det generella förbudet i artikel 107.1 med hänvisning till inte minst artikel 107.3.

En skillnad mellan hur de båda regelverken kommit att tolkas torde däremot gå att finna i synen på bestämmelsernas tillämpning ifråga om

[478] Skatteverkets handledning för ackord, 2006. Återfinns på hemsidan: http://www.regeringen.se/content/1/c4/09/64/4a994e6d.pdf (2011-10-24).

stöd till offentliga företag. Den kommunalrättsliga utgångspunkten torde med hänvisning till den så kallade underskottsprincipen vara att en kommun mycket väl kan stödja ett kommunalt företag utan att det finns synnerliga skäl, medan den EU-rättsliga synen på motsvarande stöd är att åtgärden visst kan falla inom ramarna för artikel 107.1. Följaktligen begränsar förbudet i 2 kap. 8 § kommunallagen endast en kommuns möjlighet att stödja företag som inte ägs av den aktuella kommunen, medan man i EU:s statsstödreglering inte gör skillnad på stöd till offentliga företag och stöd till andra företag.

Ett visst utrymme för kommuner och landsting att på olika sätt stödja vissa företag går också att finna i lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter. Med hänvisning till lagens 2 kap. 3 § kan kommuner och landsting medfinansiera projekt inom ramen för EU:s strukturfonder och program, vilket är en ordning som motiverats av att Sverige annars hade riskerat gå miste om möjligheten att nyttja en stor del av de EU-medel som står till förfogande. Det ska dock anmärkas att också sådana tillskott, även om de kompletterar medel som beviljas av EU, kan omfattas av regleringen i artikel 107–108.[479]

Det följer också av lagens 2 kap. 9 § att kommuner som fått statligt bidrag för åtgärder i lokala investeringsprogram som ökar den ekologiska hållbarheten i samhället eller för klimatinvesteringsåtgärder får använda dessa till att ge ekonomiskt och annat stöd till enskilda. I vilken utsträckning en kommun kan fördela statliga medel på så sätt att ett eller flera företag gynnas måste emellertid också bedömas utifrån EU:s statsstödsrätt, oavsett den svenska nationella regleringen.

Ifråga om den kommunala kompetensen att vidta olika stödåtgärder ska det avslutningsvis nämnas att en kommun också kan vara oförhindrad enligt den svenska nationella rätten att stödja företag verksamma inom turistnäringen. Av 4 kap. 1 § lag (2009:47) om vissa kommunala befogenheter följer att kommuner får vidta åtgärder för uppförande och drift av turistanläggningar i den utsträckning det behövs för att främja turistväsendet inom kommunen. En sådan åtgärd är däremot inte per automatik förenlig med EU:s statsstödsregler, varför man knappast kan påstå att det råder konvergens mellan de båda regelverken på det aktuella området.

Det är dock inte endast kommunala stöd som är föremål för svensk intern offentlig reglering, utan det samma gäller som nämnts också stöd

[479] Se t.ex. Heidenhain, European State Aid Law, 2010, s. 18.

som lämnas av staten och statliga myndigheter. Den tydligaste regleringen på området är förordning (1988:764) om statligt stöd till näringslivet.

De i sammanhanget viktigaste bestämmelserna i förordningen torde vara 21–22 §§. Av 21 § följer att det vid statligt stöd alltid ska gälla som villkor att stödåtgärderna får upphävas eller ändras och stödet återkrävas om Europeiska kommissionen genom beslut som vunnit laga kraft eller Europeiska unionens domstol har funnit att stödet strider mot artikel 107. Dessutom stadgas det att beslut om upphävande eller ändring av stödåtgärder fattas av regeringen som vid varje enskilt tillfälle ska fastställa villkoren för återbetalningen. I förordningens 22 § anges att statliga myndigheter ska underrätta regeringen om alla former av stödåtgärder som kan bli föremål för prövning av Europeiska kommissionen och att en sådan underrättelse ska lämnas innan stödåtgärden ifråga vidtas.

Även om det kan anses finnas vissa generella likheter mellan de nationella svenska regleringarna av offentliga stöd och EU:s statsstödsrätt så finns det ändå stor olikheter. Som ett tydligt exempel på en skillnad mellan de olika regelverken, utöver hur de materiella bestämmelserna är utformade och att det skiljer i möjlighet till både undantag och kontroll, kan nämnas att det i samband med tillämpningen av den svenska rätten inte finns någon s.k. Deggendorf-princip.[480]

[480] Se ovan avsnitt 3.4.

6 Statsstödsrätten och OPS

6.1 Introduktion

Under senare år har allt mer av tidigare offentlig verksamhet på olika sätt privatiserats i den mening att privata aktörer mer eller mindre fått ta över tidigare offentliga uppgifter – vilket har anförts vara ett uttryck för en utveckling av välfärdsstaten mot vad som betecknats som en marknadsstat.[481] Ett tydligt tecken på denna utveckling går att finna i ett allt fler offentliga aktörer tycks vilja samarbeta med privata företag inom ramarna för så kallade offentlig-privata samverkansprojekt, OPS. Genom sådana samarbeten suddas ibland gränserna för det offentliga och privata ut, vilket kan få statsstödsrättsliga implikationer. Med beaktande av vad dylika samarbeten kan inbegripa och hur de kan initieras är det av stor vikt att de offentliga aktörerna bland annat väljer ut sina privata partners på ett sätt som står i överensstämmelse med inte minst EU-rättens allmänna principer om transparens och likabehandling. Dessutom måste man både vid valet av partner och under själva genomförandet också agerar i enlighet med EU:s statsstödsrätt, varför det i sammanhanget kan finnas anledning att särskilt belysa de statsstödsrättsliga aspekterna av OPS.

6.2 Begreppet OPS

Det finns ingen juridisk definition av begreppet OPS men kommissionen beskriver i sin grönbok om *Offentlig-privata partnerskap och upphandling av koncessioner* fenomenet som avtalsförhållanden mellan offentlig och privat aktör som kännetecknas av förhållandevis lång varaktighet och där den privata parten tar på sig åtminstone en del av både finansieringen av och den ekonomiska risken.

OPS utgör därför ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som på nationell eller internationell nivå tar sikte på att under

[481] Se t.ex. Graver, Markedsstaten som begrep og utfordring til forvaltningsretten, i: Henrichsen, Rønsholt och Blume (red.), Forvaltningsretlige perspektiver, 2006 s. 31, och Henrichsen, Offentlig forvaltning, 2006, s. 196 ff.

en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, såsom en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhälleligt behov. Andra exempel på olika typer av OPS utgörs av exempelvis så kallade institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP) och Public-Private Innovation (PPI).

En OPS rör sig vanligtvis om någon form av samarbete mellan offentliga och privata parter som är varaktigt över en viss tid där parterna tillsammans arbetar kring ett projekt – till exempel ett gemensamt utvecklande av varor och tjänster – som är av vikt ur ett samhälleligt intresse, men där finansiering och utförande inte nödvändigtvis behöver ske i offentlig regi samt där parterna fördelat risker och resurser. Även om det inte finns någon allmängiltig definition av begreppet OPS finns några särskilda kännetecken som skiljer ut OPS från andra typer av projekt:

> "Der er for det *første* tale om, at kernen i projektet er et bygge- eller anlægsprojekt, for det *andet* indtræder den offentlige part i en bestillerrolle, hvor det er de funktionskrav, byggeriet skal opfylde i relation til den fremtidige anvendelse, der udbydes. Bestillerrollen indebærer for det *tredje*, at den offentlige part normalt ikke ejer byggeriet, men derimod blot betaler for brugen af det. Normalt vil byggeriet dog overgå til den offentlige sektor på et tidspunkt i fremtiden ... For den private part gælder det som et *fjerde* karakteristikum, at projektet skal finansieres med lånte midler, og for det *femte*, at projektet etableres som et særskilt selskab, hvis aktionærer normalt vil være de parter, som samarbejder om projektet – herunder udvikling, opførelse og efterfølgende drift. Som det *sjette* punkt skal det fremhæves, at partnerskabstanken er central, således at der i alle faser arbejdes sammen mod at realisere projektets målsætninger, og at samarbejdet også indebærer en eksplicit stillingtagen til, hvorledes konsekvenserne af både planlagte og uforudsete økonomiske hændelser skal bæres af de forskellige parter. Endelig, som et *syvende* punkt, vil OPP-projekter være funderet på en totaløkonomisk betragtning, hvor udviklings-, opførelses- og driftsfasen ses i sammenhæng, idet det normalt vil være den private part, der gennemfører projektet, ligesom denne også står for den efterfølgende drift og vedligeholdelse."[482]

Som ett exempel på ett OPS kan kort nämnas det fall att en kommun och ett privat byggföretag enas om att exploatera ett markområde eller en anläggning som kommunen förfogar över. Av tradition har parterna i en sådan situation slutit ett genomförandeavtal med varandra, det vill säga

[482] Bukh & Korsager, Det er så yndigt at følges ad; en debat- og metodebog om offentlig-privat partnerskab, 2006, s. 18 f.

i praktiken en form av OPS. Frågan har dock varit om ett sådant förfarande kan ske på ett sådant informellt sätt eller om det rent av kan vara lagstridigt, exempelvis genom att reglerna om offentlig upphandling har åsidosatts.

Att exempelvis kommuner har möjlighet att sluta olika typer av avtal utan att upphandlingsreglerna aktualiseras torde vara ställt utom allt tvivel, men den svåra uppgiften är att skilja dessa avtal från de entreprenader, koncessioner, genomförandeavtal och andra typer av OPS där kontraktstilldelning ska ske i enlighet med reglerna om offentlig upphandling – vilket inte alltid är ett enkelt uppdrag. Det måste dock understrykas att en mängd rättsregler sätter gränserna för vad som är rättsligt möjligt att göra. Bortsett från att den nationella rättsordningen sätter gränser för vad som är rättsligt möjligt bör särskilt framhållas att den EU-rättsliga regleringen på området uppvisar en tydlig linje; reglerna om otillåtna statsstöd, offentlig upphandling och de begränsningar som finns för nationella särlösningar avseende tjänster av allmänt intresse markerar tydligt att alla typer av OPS ska konkurrensutsättas på ett transparent, likabehandlande, proportionellt och icke-diskriminerande sätt.[483]

Såväl statsstöds- som upphandlingsreglernas starka vikt vid öppenhet i processen, utnyttjande av konkurrensen, förutsebarhet och möjligheter till prövning av upphandlingsbeslut ställer härvid tydliga procedurkrav på kommunernas agerande. Samtidigt måste det framhållas att ett system med rigida och byråkratiska anbudsprocesser också starkt begränsar möjligheterna till smidiga och flexibla lösningar vad gäller exempelvis markexploatering och i vissa fall kanske rent av motverkar att man når en för kommunmedlemmarna så billig och effektiv lösning som möjligt.

Ett avtal om OPS tar ofta sikte på själva funktionen hos den anläggning eller den service som ska tillhandahållas och präglas av en mindre detaljstyrning från den upphandlande myndighetens sida.[484] När man talar om OPS är det i huvudsak byggentreprenader eller byggkoncessioner man avser, men det kan också vara fråga om en tjänstekoncession. Tjänstekoncessionerna omfattar oftast drift och underhåll men inte själva uppförandet av någon anläggning i egentlig mening, eftersom man utnyttjar redan befintlig infrastruktur eller därför att avtalet endast handlar om

[483] Se t.ex. Burnett, Public-Private Partnerships (PPP) – A Decision Maker's Guide, 2007, s. 8 och s. 67 ff., samt Bergström, Privatoffentliga partnerskap och EU-rätten: krav på nytänkande, 2009, s. 8 f.

[484] Se även Nilsson, Nya vägar för infrastruktur; Offentlig–privat samverkan, 2009, s. 12 ff.

offentliga tjänster. Byggkoncessioner tar däremot sikte på utvecklingen av infrastruktur där den privata sektorn tar ansvar för att finansiera, bygga och sedan driva projektet.

Lika lite som andra termer som försöker beskriva samarbeten mellan enskilda och det allmänna – såsom offentligrättsliga eller förvaltningsrättsliga avtal – besvarar begreppet OPS inte i sig några juridiska frågor; alltför många olikartade avtals- och samarbetssituationer ryms helt enkelt inom ramen för de olika typer av samarbetsformer som kan förekomma mellan det allmänna och enskilda rättssubjekt för att begreppet ska ha någon djupare innebörd än som just ett samlingsbegrepp på den här typen av företeelser.[485]

En rättsligt sett avgörande skillnad mot tidigare samarbeten är att fenomenet uppmärksammats på EU-rättslig nivå med en ökad tonvikt på fördrags- och konkurrensfrågor medan tyngdpunkten tidigare i stor utsträckning låg på en nationell nivå där de rättsliga frågeställningarna vanligen tog sin utgångspunkt i den klassiska uppdelningen mellan offentlig rätt och privaträtt.[486]

6.3 Allmänna utgångspunkter rörande OPS och statsstöd

Även om Kommissionens meddelande rörande offentlig upphandling och OPS[487] var ett viktigt steg på vägen för att reda ut hur marknadsaktörerna ska agera vid olika typer av partnerskap och koncessioner inom den inre marknaden återstår en del frågetecken i förhållande till EU:s grundläggande principer rörande statsstöd.

Av kommissionens meddelande följer bland annat att alla OPS ska bedömas mot bakgrund av EU-rättens bestämmelser och principer; förutom

[485] Se även Tvarnø, Nogle særlige karakeristika ved partneringaftaler i byggebranchen, 2003, s. 366–371, Tvarnø, Partneringaftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder, 2003, s. 249–268, Krüger, Autonomispørsmål ved offentlige anskaffelser, 2004, s. 61–98, Krüger, Offentlig og privat samarbeid om kommunale prosjekter, 2004, s. 360–378, Tvarnø, Public private partnership in the European Union, 2005, s. 183–194, Offentligt–privat partnerskap, Sveriges Kommuner och Landsting, 2005, samt Bovis, Public Procurement in the European Union: Lessons from the Past and Insights to the Future, 2005–06, s. 118.

[486] Se t.ex. Mathiassen, Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler imellem forvaltningsmyndigheder og private, 1974, Bernt, Avtaler med stat og kommune, 1981, samt Madell, Det allmanna som avtalspart, 1998.

[487] Se Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005).

etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster enligt artiklarna 49 och 56 i EUF-fördraget – med bland annat krav på transparens, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande – angavs att även upphandlingsreglerna är av stor betydelse i sammanhanget.

Det råder inte heller någon tvekan om att OPS som i realiteten innebär byggkoncessioner ska bli föremål för en offentlig upphandling enligt 13 kap. LOU, medan situationen vad gäller exempelvis tjänstekoncessioner är mer flytande.[488] Även om de sistnämnda faller utanför lag (2007:1091) om offentlig upphandling, i likhet med såväl tjänste- som byggkoncessioner som faller utanför lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster, omfattas de dock alltid av EU-rättens grundläggande principer.[489]

Med beaktande av vilken betydelse upphandlingsrätten har i samband med statsstödsreglernas tillämpning är det uppenbart att men inte heller kan bortse från de senare reglerna både då man väljer ut privat partner och då man verkställer ett OPS-projekt.

Som nämnts tar statsstödsreglerna i första hand sikte på det allmännas beteende i egenskap av investerare eller kreditgivare medan reglerna om offentlig upphandling huvudsakligen ser till hur det allmänna agerar i sin egenskap av beställare av varor och tjänster. Till skillnad från vad som är fallet med EU:s statsstödsregler är upphandlingsreglerna också minst sagt detaljerade samtidigt som de på ett nationellt plan dessutom innehåller relativt tydliga regler rörande hur oegentligheter i samband med en upphandling ska hanteras. Även om det således finns avgörande skillnader mellan regelverken syftar de båda till att hindra medlemsstaterna från att påverka konkurrensen genom att gynna företag inte minst från den egna medlemsstaten. Genom att agera i enlighet med upphandlingsreglerna, på så sätt att man iakttar principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande, kan offentliga myndigheter i samband med ingående av exempelvis exploateringsavtal i stor utsträckning förvissa sig om att man inte bryter mot EU:s statsstödsregler. Statsstödsreglerna som följer av fördraget är vidare skilda från

[488] Se Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2004) 327 slutlig (30.4.2004) samt Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005) 569 slutlig (15.11.2005). Se närmare http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm.

[489] Se t.ex. Sundstrand, Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt, 2012.

upphandlingsreglerna och kan därför komma in som en "andra kontroll" av ett förfarande. Ett avtal som inte följer de regler som ska användas vid en normal kommersiell transaktion – exempelvis felaktig prissättning vid fastighetsförsäljning eller felaktigheter begångna vid offentlig upphandling – kan således komma att angripas med stöd av artikel 107.1 EUF-fördraget.

Om upphandlingsreglerna överskridits vid slutandet av ett genomförandeavtal kan förfarandet i första hand bli föremål för en prövning i enlighet med reglerna i LOU. I vissa fall kan däremot den möjligheten till rättslig prövning vara stängd, exempelvis i de fall ett avtal redan slutits varvid de aktuella arbetena också har påbörjats på ett sätt som gör att det blir svårt att avbryta det pågående projektet.[490] I sådana fall torde det främst vara den möjlighet till skadestånd som en förfördelad leverantör kan få rätt till – under förutsättning att den kan visa att den annars rätteligen skulle ha vunnit kontraktet – som är det i sammanhanget mest relevanta rättsmedlet. Här kan emellertid också statsstödsreglerna aktualiseras, vilket i sin tur kan medföra att exploatören får betala tillbaka det stöd som denne kan anses ha erhållit till följd av genomförandeavtalet. En upphandlande myndighet som ingår avtal utan föregående konkurrensutsättning kan således komma att bryta inte endast mot upphandlingslagstiftningen utan också mot EU:s statsstödsregler.

Om kommissionen eller EU-domstolen finner att ett bidrag eller annan form av stöd strider mot EUF-fördragets statsstödsregler ska det otillåtna stödet återbetalas med ränta. Det är således främst det företag som mottagit ett stöd som riskerar drabbas i händelse av att stödet står i strid med EU-rätten. Om det råder osäkerhet ifråga om en viss åtgärd utgör ett statsstöd i den mening som avses i artikel 107.1 EUF-fördraget bör det aktuella företaget innan de exempelvis ingår ett tvivelaktigt avtal med en kommun konsultera Näringsdepartementet.

Det är följaktligen alltid viktigt att ha artiklarna 107 och 108 EUF-fördraget och deras restriktiva hållning till enskilda stödåtgärder i åtanke i samband med olika typer av OPS – allt för att inte endast riskera att olika projekt fördyras och försenas utan också för att både det offentliga och de privata samarbetsparterna inte ska drabbas av ekonomiska förluster.

[490] Se mål C-126/03, *Kommissionen mot Tyskland.*

6.3.1 Statsstödsrätten, OPS och exploateringsprojekt

Det är inte bara i en svensk kontext som det ibland har varit tveksamt om större exploateringar och komplicerade överenskommelser i en detaljplanerad miljö ska vara föremål för offentliga upphandlingar eller inte. Även i andra länder har man tidigare uttryckt viss tveksamhet om en sådan konkurrensutsättning är nödvändig.

> "For such contracts there is a doubt whether the procurement rules apply at all. The problem with complex Development Contracts is that very often the actual works or services provided are incidental to the overall development of the site, which are often of a very large scale indeed.[491] There is also some doubt as to whether the contract is performed for the benefit of the contracting authority at all once the land is transferred at market value to the economic operator or PPP before the development commences.[492] While recent case law suggests a change in approach where complex development contracts are now regarded as works contracts which will need to be procured,[493] the scope of this change has yet to be seen. As the economic risk tends to lie with the contracting authority in such cases, it is likely that future decisions will require procurement in such contracts."[494]

I samtliga fall då infrastruktur inte uteslutande ägs och drivs av det allmänna, utan istället är föremål för någon form av OPS blir det aktuellt att analysera hur statsstödsreglerna på olika sätt kan aktualiseras. En sådan analys av om någon enskild getts ett otillåtet statsstöd måste alltid göras mot bakgrund av (1) vem som är brukare eller slutanvändare av infrastrukturen, (2) vem som äger respektive driver verksamheten samt slutligen (3) hur ägarförhållandena ser ut. Inte inom någon av dessa tre kategorier får en enskild ges ett stöd som överstiger vad som är rimligt på den aktuella marknaden.[495]

Det är också viktigt att påpeka att en sådan analys inte bara tar sikte på själva avtalsslutet, utan omfattar hela den livscykel som gäller inom ramen för ett aktuellt OPS. Ett sätt att minimera risken för otillåtna stöd är där-

[491] Se mål C-331/92, Gestion Hotelera International SA mot Comunidad Autonoma de Canarias Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria Gran Casino de Las Palmas SA, p. 25 och 26,

[492] Se mål C-399/98, La Scala, p. 100.

[493] Se mål C-220/05, Jean Auroux m.fl. mot Commune de Roanne, där det framhölls att ett utvecklingsavtal inom ett detaljplanerat stadsområde var att anses som en byggentreprenad.

[494] Mehta, State aid and Procurement in PPPs – Two Faces of a Single Coin?, 2007, s. 143.

[495] Se Koenig & Wetzel, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, EPPPL 2007, s. 5.

för att göra en korrekt kontraktstilldelning i enlighet med upphandlingsdirektiven, där alla de olika avtalsmomenten ingår. Det är också av central betydelse att olika modifikationer av avtalet som görs under den långa tidsram som en OPS vanligtvis omfattar kan leda till att det blir fråga om ett otillåtet statsstöd. En sådan risk kan givetvis minimeras genom att det i avtalet i möjligaste mån slås fast hur man ska förhålla sig till de förändrade parametrar som kan uppstå. En sådan precisering kan dock samtidigt få till följd att det blir svårt att göra nödvändiga förändringar eller justeringar under avtalsperioden.[496]

Vidare bör framhållas att det alltid är av vikt att analysera om infrastruktur – såsom en företagspark, idrottsarenor, vägar eller kanaler – riktar sig till och kan nyttjas av alla och en var oavsett verksamhetssektor på ett icke-diskriminerande sätt. Om vägar eller lokaler har uppförts med offentliga medel enbart för att komma ett fåtal personer eller viss verksamhet till nytta kan det vara fråga om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 såvida inte brukaren betalar ett marknadsmässigt pris för förmånen att få nyttja anläggningen. Situationen blir den samma, om än möjligen lite mer komplex, för det fall att infrastrukturen inte är i offentlig ägo utan i stället har uppförts, ägs och drivs inom ramen för ett OPS.

Vad gäller frågan om vem som äger eller driver en viss verksamhet eller infrastruktur inom ramen för ett OPS blir det centrala spörsmålet givetvis om denne valts ut på ett öppet och icke-diskriminerande sätt och om den ersättning det allmänna utger är marknadsmässig. Som anfördes ovan kan dessa villkor tillgodoses om valet av partner skett genom ett offentligt upphandlingsförfarande. Det finns dock situationer då ett upphandlingsförfarande kan vara uteslutet till följd av att marken där den aktuella infrastrukturen ska uppföras sedan tidigare är i privat ägo eller att andra fastighetsrättsliga rättigheter är knutna till den aktuella marken.[497]

Frågan är också om det uppkommer några andra fördelar för den privata parten – ett privat företag skulle ju knappast vilja tillhandahålla viss infrastruktur om möjligheten att generera ett överskott är begränsad. Man måste också bedöma situationen i förhållande till slutanvändarna, på så sätt att man undersöker om alternativa lösningar till den nya infrastrukturen riskerar drabbas på ett negativt sätt till följd av den privata partens möjlighet att tillhandahålla infrastrukturen. Det finns följaktligen en rad

[496] Se Battista, The respect of State aid rules in PPPs, EPPPL 2007, s. 74. Se även Davis, Financing PFI Projects in the UK in the Credit Crisis and State Aid, EPPPL 2009, s. 154 f.
[497] Se Koenig & Wetzel, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, EPPPL 2007, s. 8 f.

invändningar mot att ge en privat part möjlighet att utveckla och driva infrastruktur utan att först konkurrensutsätta uppdraget. Det centrala är inte om den privata parten går med vinst eller inte utan om verksamheten konkurrerar med andra aktörer på marknadsmässiga villkor.[498]

I det kanske mest centrala fallet rörande OPS – *London Underground Public Private Partnership* – understryker kommissionen vikten av ett öppet, transparent och icke-diskriminerande förfarande vid partnerskap rörande infrastrukturprojekt. Om ett projekt blivit föremål för ett korrekt upphandlingsförfarande anses tillika den kompensation som det allmänna betalar till den privata parten vara marknadsmässig och utesluter därför att det rör sig om ett otillåtet statsstöd enligt artikel 107.1 EUF-fördraget.[499] Det finns även anledning att tro att de principer som slås fast i mål C-280/00, Altmark, går att modifiera så att de sträcker sig längre än att bara omfatta tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.[500]

Den tredje frågan av intresse för en bedömning av statstöd i förhållande till OPS är hur delägarförhållandena och fördelningen av förmåner ser ut. Skulle delägarna av en verksamhet åtnjuta en förmån som inte tillkommer andra användare av en viss infrastruktur, såsom genom att erlägga lägre avgifter för samma service, kan även det strida mot det generella förbudet i artikel 107.1.[501]

Inte sällan inbegriper olika typer av OPS flera olika avtalsmoment där det offentliga, såsom en kommun, dels säljer en viss fastighet till en exploatör, dels åtar sig att hyra den anläggning som exploatören å sin sida åtar sig att uppföra. I en sådan situation torde det utifrån ett statsstödsrättsligt perspektiv vara lämpligt att genomföra en samlad upphandling där fastighetsförsäljningen ingår som ett moment. Om fastighetsförsäljningen inte föregås av någon form av öppet anbudsförfarande är risken för att försäljningen ska anses utgöra ett stöd i den mening som följer av artikel 107.1 överhängande – i vart fall om det inte gjorts någon oberoende expertvärdering rörande fastighetens marknadsvärde.

[498] Se även Koenig & Wetzel, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, EPPPL 2007, s. 9.

[499] Se kommissionens beslut 2.10.2002 (C(2002)3578fin), London Underground Public Private Partnership (ärende N 264/2002), EGT 2002/C 309/15. Se även Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, 2005, s. 604 ff., samt Battista, The respect of State aid rules in PPPs, EPPPL 2007, s. 76.

[500] Se Koenig & Wetzel, The relevance of EC State aid control for PPP infrastructure funding, EPPPL 2007, s. 10 f.

[501] Se Kommissionens beslut 25.11.1998 (1999/646/EG) om Tysklands åtgärder till förmån för InfraLeuna Infrastruktur und Service GmbH, EGT 1999/L 260/1, p. 12 ff.

6.3.2 Statsstödsrätten och IOPP

Statsstödsrätten är också av intresse i samband med olika typer av institutionella offentlig-privata partnerskap, IOPP, dvs i situationer där ett företag gemensamt innehas av offentliga och privata parter och som vanligtvis har inrättats för att tillhandahålla tjänster till allmänheten, i synnerhet på lokal nivå.

Lika lite som vid avtalsmässiga OPS finns vid IOPP några specifika bestämmelser på EU-rättslig nivå som reglerar själva bildandet av dessa, men givetvis aktualiseras principen om likabehandling och artiklarna 49 och 56 EUF-fördraget om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster etc. på samma sätt som om en offentlig myndighet överlåter driften av en ekonomisk verksamhet – genom en offentlig upphandling eller en koncession – på en tredje part.[502] Det följer också av EU-domstolen praxis att det faktum att ett privat företag – tillsammans med en offentlig myndighet – ingår som en delägare i ett bolag utesluter att verksamheten kan anses drivas *in house* och att reglerna om offentliga upphandlingskontrakt och koncessioner därför blir tillämpliga.[503] En direkt tilldelning av ett offentligt kontrakt eller en koncession till ett offentligt företag är också uteslutet om avsikten är att öppna för möjligheten att låta privata enheter gå in som delägare i det offentliga företaget under kontraktets löptid.

Enligt kommissionen bildas IOPP vanligtvis på två olika sätt. För det första kan det ske genom att ett nytt företag bildas där kapital gemensamt skjuts till av den upphandlande myndigheten och den privata partnern – och att ett offentligt upphandlingskontrakt eller en koncession genom ett upphandlingsförfarande tilldelas denna nybildade blandekonomiska enhet. För det andra kan en privat partner gå in som delägare i ett befintligt offentligt företag som genomför en verksamhet som tidigare erhållits *in house*.[504]

Oberoende av hur ett IOPP har bildats åläggs emellertid den upphandlande myndigheten, i enlighet med bestämmelserna om offentlig upphandling och koncessioner, att följa ett rättvist och transparent förfarande vid valet av privat partner. En upphandlande myndighet får således aldrig "tillgripa kringgående åtgärder för att dölja att offentliga kontrakt tilldelas halvoffentliga bolag."[505]

[502] Se mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 61.
[503] Se mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 49, samt mål C-231/03, *Coname*, p. 26.
[504] Se närmare Madell & Indén, Offentlig-privat samverkan, 2010, s. 128 f.
[505] Kommissionen citerar EU-domstolens uttalande i mål C-29/04, *Kommissionen mot Österrike*, REG 2005, s. I-9705, p. 42.

Kommissionen konstaterar att man för att uppfylla kraven på transparens bör tillämpa ett dubbelt upphandlingsförfarande; en första upphandlingsrunda där man väljer ut den eller de privata parter som ska ingå i det samägda bolaget samt en andra upphandlingsrunda där det samägda bolaget tillsammans med privata konkurrenter deltar i anbudsgivningen rörande det aktuella uppdraget. Ett sådant förfarande kan dock många gånger vara praktiskt ogenomförbart och dessutom helt förta syftet med att bilda det gemensamma bolaget om en konkurrent skulle lämna ett förmånligare anbud vid den andra upphandlingsrundan.

Ett möjligt sätt att bilda ett IOPP i överensstämmelse med de EU-rättsliga principerna och samtidigt undvika de problem som följer av ett dubbelt förfarande, är därför att den privata partnern väljs ut inom ramen för ett konkurrensutsatt och överblickbart förfarande, vars ändamål är det offentliga upphandlingskontrakt eller den koncession som ska tilldelas den blandekonomiska enheten och den privata partnerns driftsmässiga bidrag för att verkställa dess uppdrag eller dennes administrativa bidrag till styrningen av den blandekonomiska enheten. Efter att en privat partner valts ut bildas den blandekonomiska enheten varpå tilldelningen av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen sker. Om det rör sig om ett uppdrag som faller inom ramen för upphandlingslagstiftningen ska den privata parten väljas ut med något av de förfaranden som följer av dessa regler.[506]

I samband med bildandet av ett IOPP eller vid tilldelning av offentliga kontrakt till sådana företag finns det en tydlig koppling mellan statsstödsrätten å ena sidan och de allmänna principerna samt upphandlingsreglerna å andra sidan.

Om en offentlig myndighet underlåter att tillämpa de allmänna principerna om öppenhet och likabehandling i samband med urvalet av partner i ett IOPP kan det inte uteslutas att den privata parten gynnas framför dess konkurrenter genom att få möjlighet att delta i samarbetet, vilket kan komma att strida mot statsstödsrätten.

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering innebär att det finns en skyldighet till öppenhet som innebär att varje potentiell anbudsgivare ska garanteras en grad av offentlighet som är tillräcklig för att marknaden ska kunna öppnas för konkurrens.[507] Enligt kommissionen innebär

[506] Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 5 f.

[507] Se mål C-324/98, *Telaustria*, p. 62, samt mål C-458/98, *Parking Brixen*, p. 49.

denna skyldighet inom ramen för bildandet av ett IOPP att den upphandlande myndigheten i meddelandet om upphandling eller i de tekniska specifikationerna lämnar en mängd grundläggande information. Information bör bland annat lämnas om att det offentliga upphandlingskontrakt eller koncessionen ska tilldelas en planerad blandekonomisk enhet. Den upphandlande myndigheten måste också ange stadgarna för den blandekonomiska enheten, aktieägaravtalet och övriga handlingar som avser att reglera såväl det kontraktsmässiga förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den privata partnern som förhållandet mellan den upphandlande myndigheten och den blandekonomiska enhet som ska bildas.

Anbudsinfordran bör även innehålla erforderliga uppgifter om den planerade varaktigheten av det offentliga upphandlingskontrakt som ska genomföras eller den koncessionstid som gäller. Med hänsyn till principen om insyn och överblickbarhet är det enligt kommissionen nödvändigt att i anbudshandlingarna tydligt ange möjligheterna till förlängning eller ändring av det offentliga upphandlingskontraktet eller koncessionen och möjligheterna att tilldela nya arbetsuppgifter och vilka villkor som gäller för deras tillämpning. Det centrala är att informationen är tillräckligt detaljerad för att garantera likabehandling och effektivitet i anbudsinfordran.[508]

Följaktligen påverkar statsstödsrätten också den offentliga partens möjligheter att agera som ägare av det gemensamma företaget. Även om motparten valts ut i enlighet med de allmänna principerna är det offentligas handlingsutrymme beskuret på så sätt att man inte i något avseende får vidta åtgärder som riskerar gynna den privata partnern utöver vad om får anses ha varit känt för alla intresserade företag på marknaden. Det är således viktigt att den offentliga aktören inte tillskjuter mer medel till bolaget eller åtar sig andra förpliktelser än vad som följer av den information som lämnats inför själva urvalet av partner.

Än tydligare blir ett gynnande i strid med statsstödsrätten om det samägda företaget dessutom tilldelas ett kontrakt utan att det föregåtts av ett öppet anbudsförfarande i enlighet med upphandlingsreglerna. Precis som i samband med olika typer av OPS som tar sikte på skapande av infrastruktur kan därför statsstödrätten som nämnts komma in som en "andra kontroll" om en upphandande myndighet inte efterlevt de krav som följer av upphandlingsrätten.[509]

[508] Se Kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner på institutionella offentlig-privata partnerskap (IOPP), KOM(2007)6661 (05.02.2008), s. 7 f.
[509] Se också ovan avsnitt 2.2.6.

6.3.3 Public-Private Innovation

Ytterligare en typ av OPS som fått ökat fokus unders senare år är så kallade Public-Private Innovation-projekt, PPI. Precis som ifråga om övriga typer av OPS finns det inte heller någon legaldefinition vad gäller PPI, men det går att finna några karaktäristiska drag som är gemensamma oavsett vilken typ av PPI man undersöker.

Först och främst handlar ett PPI-projekt inte om ett traditionellt beställar-utförarförhållande, i den mening att den offentliga parten ersätter det privata företaget för att det ska tillhandahålla en vara eller tjänst, utan det är istället fråga om ett samarbete mellan parterna som syftar till att utveckla ny teknik, nya processer eller nya tjänster som kan användas inom den offentliga sektorn. Samarbetet kännetecknas av att man inte på förhand kan fastställa vad samarbetet ska utmynna i, vilket följer av att samarbetets kärna är att just utveckla själva resultatet. Av den anledningen är det vanligtvis inte heller möjligt att redan på ett tidigt stadium presentera någon kravspecifikation, i likhet med vad som görs då en upphandlande myndighet exempelvis ska upphandla en vara eller tjänst.

I likhet med vad som gäller för de allra flesta andra typer av OPS-projekt måste man också i samband med ett PPI beakta både de allmänna EU-rättsliga principerna och upphandlingslagstiftningen vi valet av privat partner. Men oavsett om den offentliga aktören lyckas välja partner till en PPI utan att agera i strid med gällande upphandlingsreglering så måste man både i samband med valet av partner och då man väl ska realisera projektet också beakta EU:s statsstödsregler – inte minst beroende på att det finns en överhängande risk för att det offentliga vid ett PPI på olika sätt kan komma att gynna den privata parten, exempelvis genom att den privata parten får tillgång till kunnande på villkor som inte är marknadsmässiga.

6.3.3.1 PPI och förekomsten av stöd

I samband med ett PPI måste man därför analysera om projektet på något sätt riskerar innebära att den privata parten får fördelar som inte är marknadsmässigt betingade. Om sådana fördelar kan skönjas indikerar det att det kan förekomma ett statligt stöd enligt den definition som följer av artikel 107.1.

I samband med ett PPI måste man således bedöma om det i valet av privat partner kan ligga ett gynnande, om utformningen avtalet mellan parterna inbegriper ett gynnande, eller om det i själva verkställandet av PPI förekommer någon form av gynnade enligt definitionen av stöd i arti-

kel 107.1. Dessutom kan man komma att behöva analysera om eventuella direkta subventioner till den privata parten omfattas av förbudet i artikel 107.1.

Valet av partner

Med beaktande av innebörden av en PPI ligger det nära till hands att jämföra tillvägaggångsättet vid valet av partner vid en PPI med de krav som uppställs av kommissionen och EU-domstolen i samband med olika typer av privatiseringar.

För att kommissionen ska utgå ifrån att det inte förekommer något statligt stöd då en privatisering tar sig formen av ett öppet anbudsförfarande fordras som nämnts ovan i avsnitt 2.2.5 att förfarandet är öppet för alla företag på marknaden samtidigt som alla spekulanter måste få tillräckligt med information och tid för att kunna göra en korrekt värdering av företaget. Därtill krävs att företaget säljs till högstbjudande.

Det kan i sammanhanget också finnas anledning att jämföra med de statsstödsrättsliga krav som måste beaktas då det offentliga har för avsikt att genomföra ett inköp. Om ett offentligt inköp genomförts efter ett öppet förfarande, såsom efter en upphandling i enlighet med de krav som följer av LOU, anses den offentliga aktören som utgångspunkt ha agerat på ett sätt som utesluter att det föreligger ett stöd. Om ett inköp däremot gjorts utan att det offentliggjorts måste avgöras om villkoren för inköpet var sådana som normalt kännetecknar liknande transaktioner.[510] Risken för att det allmänna riskerar bryta mot upphandlingsreglerna eller EU:s statsstödsregler då man anskaffar varor och tjänster på den öppna marknaden minimeras följaktligen avsevärt om man väljer leverantör efter ett öppet anbudsförfarande. Det kan dock inte helt uteslutas att ett inköp som görs efter en upphandling i enlighet med direktivets bestämmelser kan utgöra ett stöd, exempelvis om det inte finns något egentligt behov av det som den upphandlande myndigheten efterfrågar.[511]

Men som tidigare nämnts kan det i många situationer ifrågasättas om de krav som ställs på det offentliga utifrån EU-domstolens praxis och kommissionens olika vägledningar verkligen står i överensstämmelse med de krav som borde anses följa av den marknadsekonomiska investeringsprincipen i och med att det offentliga förväntas agera i enlighet med hur pri-

[510] Se Bacon, European Community Law of State Aid, 2009, s. 55 f. Se också O'Keefe & Branton, State Aid and Urban Regeneration: A UK Perspective, EStAL 2007, s. 485.
[511] Se mål T-14/96, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) mot kommissionen. Se också Battista, The respect of State aid rules in PPPs, EPPPL 2007, s. 73.

vata företag borde agera i motsvarande situation, samtidigt som det inte sällan uppställs ett krav på offentliga aktörer att genomföra någon form av upphandling för att man ska kunna utesluta förekomsten av statliga stöd, vilket är en främmande lösning i den privata sfären.

Ifråga valet av privat partner i samband med ett PPI torde därför utgångspunkten vara att det inte föreligger något stöd om valet har skett efter en upphandling, antigen i enlighet med LOU eller i enlighet med de allmänna principerna.[512] Har valet av privat partner däremot inte föregåtts av någon form av öppet anbudsförfarande måste man bedöma varje enskild åtgärd utifrån om den privata parten får en oförtjänt fördel genom det avtal som parterna ingår. I det avseendet måste bedömningen göras utifrån den marknadsekonomiska investeringsprincipen, varför man måste undersöka om en privat part i motsvarande situation skulle ingått avtalet på motsvarande villkor.

Avtalets utformning

Då det inte finns någon legaldifiniton eller någon annan heltäckande definiton ifråga om vad som ryms inom ett PPI så är det svårt att dra några generella slutsatser om vilka element i ett PPI-avtal som kan inrymma ett stöd i enlighet med definitionen i artikel 107.1. Det finns däremot några inslag som torde göra sig gällande i det stora flertalet PPI-projekt som förtjänar extra uppmärksamhet i sammanhanget.

Det torde inte vara ovanligt att ett PPI förutsätter att den offentliga parten investerar tid i projektet. Då tid i form av arbetstimmar kan ses som en resurs står det klart att den investerade tiden som sådan har ett värde. Dessutom ligger den tid som investeras i projektet till grund för att föra projektet framåt i den meningen att man närmar sig den eftersträvade innovationen, varför tiden också i det avseendet har ett värde för samarbetet mellan parterna. Således torde den tid som den offentliga parten investerar projektet kunna utgöra ett statligt stöd under förutsättning att värdet av den investerade tiden inte balanseras av de resurser som den privata parten bidrar med i projektet.

I sammanhanget torde det däremot vara mycket problematiskt att värdera den tid som båda parter investerar i ett PPI-projekt. Även om det visserligen skulle kunna hävdas att värderingen ska göras utifrån antalet

[512] Jfr kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggander (EGT 2000/C 121/02) och kommissionens Riktlinjer för statligt stöd för regionala ändamål (EGT 98/C 74/09). Se också Simonsson, Privatisation and State Aid – Time for a New Policy, E.C.L.R., 2005, s. 460–467.

timmar de båda parterna investerar måste man beakta att den investerade tiden kan vara värd mer eller mindre än just antalet arbetstimmar multiplicerat med kostanden per timme för de olika parterna. Det kan inte heller uteslutas att ett annat privat företag, om kontraktet hade tilldelats efter ett öppet anbudsförfarande, skulle ha kunnat göra en annan värdering av den offentliga partens insats. Om värdet av den offentliga partens insats skulle ha värderats högre av ett annat företag i en sådan situation indikerar det att det inte råder jämvikt mellan den offentliga och den privata partens insats – vilket skulle kunna anses utgöra ett gynnande av den privata parten.

Förr utom tid så kan en offentlig part också vara tvungen att i ett PPI bidra med know how som har nära koppling till den vara eller tjänst som man vill få utvecklad med hjälp av ett PPI. Ytterligare ett exempel på en insats som också måste värderas i samband med en statsstödsrättslig analys av ett PPI är om den offentliga parten enligt avtalet åtar sig att ställa resurser till rådighet, såsom faciliteter för testning e.d. Värdet av både know how och möjligheten att utnyttja vissa faciliteter kan vara betydande för den privata parten, och inte endast i samband det aktuella PPI-projektet, utan exempelvis den kunskapen man får ta del av kan vara av ett betydande värde för den privata parten också i andra sammanhang då man ska utveckla produkter eller tjänster i konkurrens med andra företag. Samtidigt är det, precis som ifråga om den tid som investeras i projektet, mycket svårt att redan på förhand kvantifiera värdet av både know how och möjligheten att utnyttja vissa faciliteter i samband med ett PPI-projekt.

Det är däremot inte endast investerad tid eller know how som kan utgöra ett stöd i samband med ett PPI, utan också hur eventuella immateriella rättigheter som kan uppkomma inom ramen för projektet, och hur dessa ska fördelas mellan parterna, är en omständighet som måste beaktas i samband med den statsstödsrättsliga analysen.

I det avseendet måste den offentliga parten genom regleringen i avtalet förvissa sig om att den agerar på ett sätt som skulle kunna förväntas av ett privat företag i motsvarande situation, varför den inte får avhända sig de immateriella rättigheterna i en större utsträckning än vad som är nödvändigt med anledning av övriga villkor i avtalet. Men för att kunna göra en sådan analys måste man redan i samband med utformningen av ett PPI försöka bilda sig en uppfattning av värdet på eventuella immateriella rättigheter – vilket knappast låter sig göras i och med att man på förhand inte ens kan veta om projektet kommer att resultera i några sådana rättigheter.

Att det är svårt, och i många fall kanske till och med omöjligt, att på

förhand göra korrekta värderingar av de resurser som det offentliga tillför ett PPI är minst sagt problematiskt sett i ljuset av statsstödsrätten, vilket i sin tur påverkar möjligheterna att överhuvudtaget initiera ett PPI.

Det enklaste sättet att hantera de statsstödsrättsliga aspekterna av denna problematik är att välja partner i ett PPI med hjälp av ett öppet anbudsförfarande, såsom efter en upphandling i enlighet med reglerna i LOU. Genom ett sådant förfarande kan den offentliga parten i stor utsträckning förvissa sig om att kontraktet ifråga värderas utifrån dess marknadsvärde. Det torde däremot vara lättare sagt än gjort att välja partner efter någon form av upphandlingsförfarande om man samtidigt vill dra nytta av de vinster som kan ligga i ett innovationssamarbete, vilka vanligtvis kan realiseras endast om parterna och deras samarbete präglas av ett stort mått av frihet i den meningen att de inte ska vara bundna av ett strikt kontrakt som väsentligen påverkar parternas gemensamma handlingsutrymme.

En i grundläggande utgångspunkt för att över huvudtaget kunna genomföra ett öppet anbudsförfarande i enlighet med bestämmelserna i LOU är att den upphandlande myndigheten kan beskriva föremålet för det kontrakt som avser att tilldela, det vill säga föremålet med ett PPI. Då målet med ett PPI är att åstadkomma en innovation, det vill säga något som ännu inte finns, torde det allt som oftast vara i det närmaste omöjligt att beskriva antingen vad man vill åstadkomma eller hur processen för att åstadkomma något ska se ut. Således är det med stor sannoliket också svårt att utforma ett förfrågningsunderlag som är transperent på så sätt att potentiella leverantörer kan se värdet av kontraktet och utforma ett anbud därefter.

Kontraktets verkställande

Frågan om statsstödsreglernas tillämpning kan också aktualiseras i samband med realiserandet av PPI projektet. Om den privata parten valts ut efter ett öppet anbudsförfarande i enlighet med direktivet eller de allmänna principerna, på så sätt att samarbetets innebörd och villkoren kring det var kända för samtliga potentiella partners, torde som nämnts ovan valet av partner inte utgöra ett stöd. Men varje avvikelse från avtalet mellan parterna som på något sätt sätter den privata parten i en bättre ställning än den hade varit om man strikt följd det ingångna avtalet, kan mycket väl konstituera ett stöd i den mening som följer av artikel 107.1, vilket motverkar den möjlighet till flexibilitet som inte sällan är en förutsättning för innovationer. Det ska däremot observeras att värdet av ett sådant stöd som kan uppkomma som en följd av ett mindre frånsteg från ett ingånget avtal många gånger säkerligen är så lågt att stödet omfattas av det de minimis-undantaget.

Utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv ska också nämnas att de allmänna EU-rättsliga principerna hindrar en upphandlande myndighet från att ändra förutsättningarna för en upphandling redan efter det att meddelandet publicerats, om förändringarna kan anses påverka de potentiella leverantörernas möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud. Det är därför inte möjligt att göra väsentliga förändringar av villkor i offentliga upphandlingar, vare sig under själva förfarandet, efter att tilldelningsbeslutet har meddelats eller efter att kontrakt har tecknats. Som exempel på en väsentlig förändring kan anges att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

Att som i mål C-454/06, pressetext Nachtrichtenagentur, anpassa kontraktet mellan parterna till vissa förändrade yttre omständigheter, såsom en anpassning till en ändrad valuta, eller en förlängning av en redan utgången klausul om att parterna inte ska säga upp avtalet ifråga fram till en viss tid, eller en höjning av en överenskommen rabatt kan anses vara tillåtet. I det aktuella fallet avsåg prisjusteringarna mindre belopp och var dessutom till nackdel för den leverantör som hade tilldelats kontraktet. Återinförandet av uppsägningsklausulen medförde ingen risk för att konkurrensen skulle snedvridas till nackdel för potentiellt nya anbudsgivare och höjningen av rabatten medförde att ersättningen till den anbudsgivare som tilldelats kontraktet minskade och den upphandlande myndigheten fick en större rabatt. Enligt EU-domstolen kunde de aktuella ändringarna inte medföra att kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades till förmån för leverantören eller att konkurrensen snedvreds till nackdel för potentiella anbudsgivare – varför det inte heller var fråga om förändringar av väsentliga villkor i kontraktet.[513]

Om den offentliga parten vid verkställandet av ett PPI kommer till insikt om att man skulle behöva göra förändringar i avtalet mellan parterna som riskerar gynna den privata parten, exempelvis genom att fördelningen av intäkterna från immateriella rättigheter förändras till fördel för den privata parten eller genom att den privata parten får i uppdrag att mot ersättning leverera tjänster i en större utsträckning än man ursprungligen avtalat om, innebär det att man riskerar bryta mot bland annat principen om likabehandling likväl som transparensprincipen. I dylika situationer åligger det den offentliga parten, i den mån det är möjligt att istället inleda en ny upphandling med risk för att annars gynna den privata parten i strid med artikel 107.1.

[513] Mål C-454/06, pressetext Nachtrichtenagentur, p. 70, 80 och 85,

6.3.3.2 Offentlig åtgärd, kravet på selektivitet m.m.

För att EU:s statsstödsregler ska bli tillämpliga krävs det inte bara att en viss åtgärd utgör ett stöd, utan åtgärden måste som nämnts också lämnas av staten och utgå med hjälp av statliga medel, samtidigt som den både är selektiv, snedvrider konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstater. Om ett PPI inbegriper någon form av stöd till den privata parten torde man som utgångspunkt kunna dra slutsatsen att stödet ifråga direkt eller indirekt är ett resultat av en statlig åtgärd och att åtgärden dessutom utgår med statliga medel. Att den offentliga parten exempelvis utgörs av ett offentligägt företag spelar i sammanhanget ingen roll i och med att definitonen av en medlemsstat är mycket vid och något förenklat inbegriper alla offentliga organ.[514]

Ifråga om kravet på selektivitet i samband med PPI torde man i de flesta fall kunna sluta sig till att en åtgärd som inbegriper ett stöd också är selektiv i och med att åtgärden då endast gynnar den privata parten i ett PPI och inte samtliga företag i en medlemsstat. Dessutom är utgångspunkten att stöd som är selektiva också snedvrider konkurrensen, i och med att stödet ifråga medför att stödmottageran får en bättre position på marknaden tack vare stödet. Ett i sammanhanget intressantare rekvisit är det s.k. samhandelskriterier.

Kommissionens uppfattning är som nämnts att alla stöd inte påverkar konkurrensen eller handeln mellan medlemsstater, vilket tydligast kommer till uttryck i den så kallade de minimis-förordningen.[515] Utgångspunkten enligt de minimis-förordningen är att den omfattar alla stöd inom alla sektorer med endast ett fåtal i förordningen angivna undantag. De undantag från förordningens tillämpningsområde som särskilt anges rör stöd till bland annat fiskerinäringen, jordbruksproduktion, exportstöd och stöd som gynnar inhemska varor framför importerade sådana, se artikel 1 i förordningen. I andra fall kan en medlemsstat med hänvisning till förordningen som utgångspunkt lämna stöd till företag utan att det anses omfattas av artikel 107.1 om värdet på stödet understiger 200 000 euro under en treårsperiod. Ett grundläggande krav för att ett stöd ska kunna undantas från en tillämpning av artikel 107.1 med hänvisning till de minimis-förordningen är dock att stödet är transparant i den mening att storleken på stödet går att fastställa på förhand.

[514] Se ovan avsnitt 2.4.
[515] Förordning 1998/2008/EG.

Det torde också vara just kravet på att stöd ska vara transparenta i den mening att man redan på förhand ska kunna fastställa värdet av dem som vållar problem i samband med en PPI. Även om många av de stödåtgärder som kan aktualiseras i samband med en PPI kanske inte når upp till det värde som följer av de minimis-förordningen så är det som visats ovan mycket svårt att redan på förhand närmare avgöra hur stora de eventuella stöden är – och därmed torde också en tillämpning av de minimis-förordningen uteslutas.

6.3.3.3 Artikel 107.3 och undantagen

Som nämnts ovan är en medlemsstat inte alltid oförhindrad att lämna ett stöd även om samtliga rekvisit i artikel 107.1 är uppfyllda – en viss åtgärd kan ju omfattas av något av de möjligheter till undantag som återfinns i främst artikel 107.3. I sammanhanget är också den allmänna gruppundantagsförordningen av särskilt intresse, i och med att det i den i stor utsträckning slås fast under vilka villkor en medlemsstat inte behöver anmäla ett stöd innan det verkställs i enlighet med artikel 108.3.[516]

Gruppundantagsförordningen innehåller också i artikel 30–37 särskilda bestämmelser rörande stöd till forskning, utveckling och innovation vilka ger medlemsstaterna relativt stora möjligheter att stimulera sådana aktiviteter, inte minst i små och medelstora företag, vilket motiveras med att sådana åtgärder vanligtvis har för samhället positiva effekter, samtidigt som också kan spåra ett visst marknadsmisslyckande till området.[517]

Utan att gå in på detaljerna i förordningen ska nämnas att det finns ett flertal grundläggande krav som måste vara uppfyllda för att en medlemsstat ska kunna underlåta att anmäla en stödåtgärd till kommissionen innan den verkställs med hänvisning till förordningen, oavsett om stödet ryms inom de ramar som uppställs i artikel 30–37. De i sammanhanget mest relevanta förutsättningarna är att ett stöd endast kan undantas från anmälningsskyldigheten om samtliga stödberättigade kostnader som ligger till grund för stödet kan styrkas genom en klar och tydlig dokumentation. Det ska också poängteras att den allmänna gruppundantagsförordningen endast är tillämplig på stöd som är transparenta på så sätt att det på förhand ska kunna fastställas vilket värdet av stödet är. För att ett stöd ska kunna undantas med hänvisning till den allmänna gruppundantagsförordningen måste stödet därför utgå i viss form. Exempelvis kan nämnas att bidrag och

[516] Se förordning 800/2008/EG (den allmänna gruppundantagsförordningen).
[517] Se ovan avsnitt 3.7.2.

räntesubventioner anses vara transparenta, likaså lån om bruttobidragsekvivalenten som har beräknats på grundval av den referensränta som gällde när lånet beviljades. Också olika typer av garantiåtaganden kan anses vara transparenta. Dessutom kan stöd i form av olika typer av skattelättnader undantas om stödet inbegriper ett tak som garanterar att det tröskelvärde som följer av den allmänna gruppundantagsförordningen inte överskrids.

I och med att många av de olika typer av stöd som kan aktualiseras med anledning av ett PPI är minst sagt svåra att på förhand beräkna värdet av, går det att ifrågasätta i vilken utsträckning den allmänna gruppundantagsförordningen kan utgöra ett effektivt verktyg i samband med ett PPI. Däremot torde den allmänna gruppundantagsförordningen kunna tillämpas i de fall den enda formen av stöd i ett PPI utgörs av direkta subventioner.

6.4 Sammanfattning och preliminära konklusioner

Den utveckling som förevarit de senaste åren på så sätt att gränserna mellan den verksamhet som det offentliga respektive det privata utför till viss del suddats ut illusteras på ett bra sätt av att olika varianter av OPS växt fram. OPS utgör som nämnts ett samlingsbegrepp på många olika typer av avtalsreglerade samarbeten mellan det allmänna och enskilda företag och organisationer som på nationell eller internationell nivå tar sikte på att under en viss period tillsammans utföra ett visst projekt, såsom en tjänst som tillhandahålls allmänheten eller uppförandet av en byggnad eller anläggning som sedan ska användas för att tillgodose ett samhälleligt behov.

Denna utveckling som till viss del kan anses vara ett uttryck för en politisk vilja att omorganisera den offentliga verksamheten tycks dock inte alltid ha understötts av ett väl balanserat regelverk. Vare sig gällande upphandlingsregler eller gällande statsstödsrättsliga bestämmelser kan anses underlätta för offentliga och privata parter att initiera och verkställa dylika samarbeten på ett i alla avseenden ändamålsenligt sätt.

För att olika typer av OPS-projekt inte ska riskera strida mot bland annat EU:s statsstödsrätt är det av stor vikt att de offentliga aktörerna väljer ut sina privata partners på ett sätt som står i överensstämmelse med inte minst EU-rättens allmänna principer om transparens och likabehandling – vilket motiveras av att det finns en nära koppling mellan de krav som följer av upphandlingsrätten och kommissionens syn på hur man kan garan-

tera att det offentliga inte understödjer privata avtalsparter. Det är dock inte endast i samband med valet av privat partner som det allmänna måste beakta statsstödsreglerna, utan det samma gäller under själva genomförandet av projektet. Således måste det allmänna då man verkställer projektet ifråga förvissa sig om att man inte avviker från det kontrakt som varit föremål för ett öppet anbudsförfarande i samband med valet av partner.

Det kanske utifrån ett teoretiskt perspektiv enklaste sättet för en offentlig aktör att agera för att utesluta förekomsten av ett statsstöd i enlighet med artikel 107.1 är som nänts att på olika sätt konkurrensutsätta alla delar av OPS-projektet. Med beaktande av de allmänna EU-rättsliga principerna, främst i form av principen om transparens och likabehandling, kan en sådan lösning dock många gånger te sig minst sagt rigid och motverka den flexibilitet som inte sällan vill uppnås med hjälp av en OPS – en tillämpning av de aktuella principerna förutsätter ju att alla aktörer kan få full vetskap om alla de förhållande som kan vara av betydelse för hur de ska utforma sina anbud i samband med konkurrensutsättningen. Dessutom innebär de aktuella principerna att utrymmet för att i efterhand anpassa parternas samarbete utifrån rådande omständigheter är minst sagt begränsat. Alla förändringar ifråga om parternas förpliktelser riskerar innebära att den privata parten ges fördelar framför marknadens övriga aktörer vilket mycket väl kan komma att angripas på statsstödsrättslig väg.

7 Avslutning

Avslutningsvis ska nämnas att statsstödsrätten inte längre tycks leva i en lika undanskymd värld som tidigare varit fallet på EU-nivå i allmänhet, och på svensk nationell nivå i synnerhet. Det senaste decenniet har antalet fall i svenska domstolar där EU:s statsstödsrätt utgör en del av det regelverk som hänvisats till mångdubblats.

Denna utveckling torde också kunna ses som en naturlig följd av att samhället i viss mån omstrukturerats på så sätt att offentliga uppgifter i större utsträckning tillvaratas av privata aktörer. Som ett belysande exempel på en sådan utveckling kan vad som skett på områdena för vård, skola och omsorg nämnas. Det har vid ett flertal tillfällen förekommit att kommuner överlåtit tidigare kommunal egendom till privata företag för att dessa ska driva verksamhet i lokalerna – och då sådana transaktioner inte alltid genomförts på ett sätt som kunnat garantera att kommunen ifråga inte gynnat köparen av egendomen har det konstaterats att man riskerat bryta mot både förbudet mot att understödja enskilda så som det kommer till uttryck i 2 kap. 8 § kommunallagen och det genomförandeförbud som följer av artikel 108.3. Det kan därför konstateras att det EU-rättsliga genomförandeförbudet, och därmed också definitionen av statliga stöd i artikel 107.1, inte längre är ett allt för främmande inslag i svenska domstolar.[518]

Då man väl konstaterat att exempelvis en svensk kommun agerat i strid med EU:s statsstödsrätt genom att betala ut ett otillåtet stöd har den svenska regleringen gällande återkrav tidigare varit minst sagt tveksam. Mycket talar däremot för att den reglering som numera följer av lag (2013:388) om tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler kommer att råda bot på flera av de brister som präglat den tidigare regleringen.

I sammanhanget ska också nämnas att det finns vissa indikationer på att företag som anser sig drabbats negativt i konkurrenshänseende av att det offentliga vidtagit åtgärder i form av att gynna andra företag i viss utsträckning börjat använda sig av den möjlighet till *private enforcement* som följer med möjligheten att genom en process i allmän domstol försöka utfå skadestånd. Även om sådana processer tycks vara både dyra samtidigt som

[518] Se ovan avsnitt 2.3.

det torde vara mycket svårt att inte minst bevisa sin skada kan de ändå tänkas kunna medföra att det offentliga agerar annorlunda på så sätt att man exempelvis ändrar gällande regleringar så att de blir mer konkurrensneutrala.[519] Det kan inte heller uteslutas att en i framtiden ökande kunskap om möjligheten att via en skadeståndstalan med EU:s statsstödsregler som grund kan leda till att det offentliga i större utsträckning än idag beaktar statsstödsrätten både i dess roll som reglerare och i dess olika roller som aktörer på marknaden.

Det återstår däremot flera intressanta frågor till följd av statsstödsrättens konstruktion och tillämpning som måste hanteras, både för nationella myndigheter och domstolar och för olika organ inom EU.

En sådan intressant fråga som vållat viss debatt är att man som ett led i bedömningen om en offentlig aktör ska anses ha lämnat ett stöd till ett visst företag använder marknaden som jämförelseobjekt, varför regleringen till viss del medför att man försöker få offentliga aktörer att efterlikna privata företag då de fattar beslut. Detta kan i sig tyckas vara tämligen problemfritt men problemen uppkommer då man samtidigt också uppställer som krav på det offentliga att de ska tillämpa tämligen omständliga procedurer i samband med många transaktioner, såsom vid olika typer av privatiseringar. Således medför tillämpningen av regelverket, eller kanske främst beslut och rekommendationer från kommissionen, att offentliga aktörer näppeligen kan agera som privata investerare utan att riskera bli föremål för en rigorös granskning.[520]

Som ett för svensk del belysande exempel på de problem som ligger i att det finns en stor skillnad mellan de krav som åligger det offentliga i att inte lämna fördelar till enskilda företag och den ambition att också det offentliga ska vara effektiva genom att i större utsträckning använda det privata som jämförelseobjekt är det problem som är förknippade med olika typer av OPS. Sådana samarbeten motiveras inte sällan av en önskan om att uppnå effektiva lösningar för att hantera konkreta problem, samtidigt som det regelverk som styr både bildandet av och verksamheten i ett OPS är minst sagt rigoröst och knappast lämpar sig för att åstadkomma effektiva och flexibla lösningar på de utmaningar man ställs inför och som man vill hantera med samarbetet.

[519] Se ovan avsnitt 4.6.
[520] Jfr ovan avsnitt 2.2.2.

Sakregister

A
allmän utbildning 113
Altmark 141, 142
anbudsförfarande 33, 78
anmälningsskyldighet 13, 75, 77, 159
avkastning 24

B
befintligt stöd 157
berättigade förväntningar, principen om 171
bevisbörda 82, 155
blandekonomisk enhet 208
bolagsskatt 73
bruttobidragsekvivalent 76, 89, 94, 214
Business Case Norrköping 24
byggkoncession 203

C
cherry-picking 146

D
de minimis-förordningen 64
de minimis-förordningen 76
de minimis-förordningen 76
de minimis-förordningen 77
de minimis-förordningen 80
de minimis-förordningen 213
de minimis-stöd 76, 80, 194
Deggendorf-principen 88, 162
distributionsnät 88
driftsstöd 97, 194

E
ekonomisk tillväxt 7
ekonomisk verksamhet 70, 71
energibesparing 101
enskild näringsidkare 189
ersättningsmetoden 141
etableringsfrihet, principen om 206
EU-medel 64
EU-reglering 63
experimentell utveckling 106
expertvärdering 33, 78
exploateringsavtal 42
export 75, 194
exportstöd 88

F
fastighetsförsäljning 42
fiskala monopol 145
flygplats 24
formellt granskningsförfarande 158, 161
forskning, utveckling och innovation 104, 111
Francovich-doktrinen 177, 185
förbud mot att understödja enskild 189
företag, definition 65
försäljningspris 35

G
garantiavgift 30
generella åtgärder 73
genomförandeavtal 201
genomförandeförbud 13, 75, 77
goodwill 39, 78
grundforskning 106, 107
gruppundantag 87
gruppundantagsförordningen, den allmänna 84, 87, 92, 105, 154

gruppundantagsförordningen, tillämpningsområde 88

I

icke-diskriminering, principen om 208
icke-ekonomisk verksamhet 105
implementeringsförordningen 158
indirekt stöd 83
individuellt stöd 87
individuellt stöd, definition 10
industriell forskning 106
innovationsrådgivning 110
insyn 87
intäkter, reduktion av 64, 79
investeringsstöd 89, 94

J

jordbruksprodukter 17
jordbrukssektorn 118

K

kapitaltillskott 22, 24, 25
kommersiell verksamhet 71
kommun 62, 79
kommunal borgen 187
kompensation 23, 180
koncession 206
konfliktlösningsregeln 32
konkurrensneutralitet 7
kraftvärme 101
kreditgaranti 23, 30, 76, 77
kreditgivare 203
kreditgivning 27
kultur, stöd till främjande av 86
kulturarvet, stöd för att bevara 87

L

landsting 62, 79
lastning . 137
licensavtal 110
likabehandlingsprincipen 202, 206, 208
lossning 137
lotsning 138
långivare 23
låntagare 23
lönesubvention 115

M

marknadsekonomiska investeringsprincipen 22, 23, 24, 77
marknadsmisslyckande 98
miljökrav 101
miljöpolitik 98
miljöskyddsnorm 101
miljöstudier, stöd till 102
miljöstöd 97
miljöövervakning 71
missbrukat stöd 157, 163
myndighet 23
myndighetsroll 22, 77
myndighetsutövning 71

N

naturkatastrofer, stöd till 83
nytt stöd 157, 158
nödvändighetskravet 148

O

offentlig egendom, försäljning av 32
offentliga investerare 24
offentliga regleringar, och EG-rätten 135
OPS 200, 201, 215
otillåtet stöd 157, 159, 162

P

postservice 138, 139
preliminär granskning 160
privat investerare 24
privilegierade företag 147
procedurförordningen 156
proportionalitetsprincipen 148, 172, 202
påverkan på konkurrensen 75, 79

R

regionalstöd 86, 90, 91, 96
regionalstödskarta 86

rekrytering av arbetstagare med funktionshinder, stöd till 112
rekrytering av arbetstagare med sämre förutsättningar, stöd till 112, 115
risk- och utvecklingsfond 24
riskdelningsavtal 25
riskkapital 84, 154
räddnings- och omstrukturerings-stöd 84, 154
ränta 30

S
samhandelskriteriet 75, 194
sekundärrätt 14
selektivitetskriteriet 65, 72
selektivt stöd 65, 79
skadestånd 177, 185
skadeståndsanspråk 23, 180
skattelättnader 64, 102
soft law 14
stat, definition 62
statliga medel 62
statliga medel, definition 64
statsstöd, definition 20
statsstödsmetoden 141
strukturfond 64
strukturfondsprojekt 188
stöd 21, 22
stöd, definition 20
stödberättigade regioner 92
stödmottagare, indirekt 71
stödordning 87, 89, 91
stödordning, definition 10
subvention 21
synnerliga skäl 188, 197
sysselsättningsstöd 93
särskild utbildning 114

T
tekniköverföring 110
tillfälliga rättsmedel 163
tjänstekoncession 42, 203
tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 20, 71, 82, 139, 145, 154
trafikplikt 17
transparens 202
transportfordon 100
transportområdet 17
tröskelvärde 89

U
undantag, från förbudet i artikel 107.1 81, 154
underpris 39
underskottsprincipen 189
understödja enskild 188, 197
upphandling 43, 210
utbildning, stöd till 112

V, W
villkorat beslut 162
vinst 24
värdering 33

Å
Åre-fallet 34
återkrav 163
återkrav, av statliga stöd 176, 184

Ö
ömsesidigt erkännande, principen om 202
överskottskapacitet 75

I ***EU:s statsstödsrätt*** – *EU-rättens krav och den nationella rättens utmaningar* behandlas ett rättsområde som de senaste åren rönt allt mer uppmärksamhet i ett svensk sammanhang, inte minst med anledning av olika offentliga avknoppningar och fastighetsförsäljningar, nämligen det regelverk som styr det offentligas möjligheter att stödja enskilda företag. Framställningens fokus ligger på den EU-rättsliga reglering som primärt följer av artikel 107-108 EUF-fördraget. I boken behandlas också förhållandet mellan den EU-rättsliga regleringen och de svenska nationella bestämmelser som inte bara kan påverka möjligheten för stat och kommun att vidta olika typer av stödåtgärder utan också de regleringar som direkt syftar till att medföra att Sverige lever upp till de krav som följer av EU-rätten på området. Syftet med framställningen är därför inte bara att presentera EU: s statsstödsrätt, utan det är att sätta in den EU-rättsliga regleringen i ett svensk sammanhang.

I boken redogörs bland annat för rättsområdets systematik, vilka typer av åtgärder som omfattas av EU:s statsstödsrätt och flera av de möjligheter till undantag från det generella förbudet som också följer av EU-rätten. Dessutom redogörs för både kommissionens kontrollmöjligheter, nationella domstolars kompetens och de rättsföljder som kan aktualiseras om en medlemsstat bryter mot reglerna. Därtill behandlas de svenska bestämmelser som påverkar stat och kommuns möjligheter att vidta olika typer av stödåtgärder likväl som de statsstödsrättsliga aspekterna av s.k. offentlig-privata samarbeten, vilka numera är tämligen vanliga konstruktioner då inte minst kommuner organiserar delar av sin verksamhet.

Boken är avsedd att kunna användas dels som lärobok, dels som ledning för praktisk verksamhet.

Tobias Indén är docent och jur.dr. och är verksam som lektor vid Syddansk universitet och universitetslektor på Umeå universitet. På Iustus Förlag har Tobias Indén tidigare gett ut *Kommunen som konkurrent – kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar, Offentlig–privat samverkan* (tillsammans med Tom Madell) och *EU:s statsstödsrätt – en introduktion.*

IUSTUS FÖRLAG

ISBN 978-91-7678-865-3

9 789176 788653