

**KONKURRENSNEUTRALITETSPROBLEM VID KOMMUNAL
VERKSAMHET I KONKURRENSLÄGE PÅ MARKNADEN OCH
KOMMUNALA STATSSTÖDSFRÅGOR**

Peter Lindroos, 603216

Avhandling pro gradu

Konkurrensrätt

Juridiska fakulteten vid Åbo universitet

Januari 2019

The originality of this thesis has been checked in accordance with the University of Turku quality assurance system using the Turnitin OriginalityCheck service.

LINDROOS, PETER: Konkurrensneutralitetsproblem vid kommunal verksamhet i konkurrensläge på marknaden och kommunala statsstödsfrågor

Avhandling pro gradu, XV + 91 s.

Konkurrensrätt och nationalekonomi

Januari 2019

I enlighet med Åbo universitets kvalitetssystem har publikationens ursprunglighet granskats med hjälp av Turnitin OriginalityCheck -tjänsten.

I avhandlingen behandlas hur kommunerna genom sin understödsverksamhet och verksamhet i konkurrensläge på marknaden kan orsaka icke-neutrala konkurrensförhållanden eller i övrigt skada eller snedvrیدا konkurrensen i Finland. I avhandlingen behandlas även utvecklingen mot mer ekonomisk bedömning av lämpligheten av statliga stödåtgärder.

Avhandlingen tar fasta på tidigare forskning om de konkurrensneutralitetsproblem som orsakades av kommunala affärsverk och det efterföljande införandet av bolagiserings-skyldigheten. Konkurrensneutralitetsproblematiken har återuppstått till följd av att kommunala tjänsteföretag inlett aggressiva och expansiva marknadsbeteenden på bekostnad av privata företag. Förbjudna statliga stöd förekommer därtill p.g.a. misstolkningar av upphandlingsbestämmelserna, ensam- och sär rättigheter och institutionella faktorer såsom kommunalt ägarskap.

I avhandlingen granskas och systematiseras den lagstiftningsmässiga verksamhetsmiljön som gällande EU-rätt och nationell rätt ställer upp för kommunernas verksamhet i konkurrensläge på marknaden och kommunernas skyldigheter i egenskap av statsstödsmyndigheter

I undersökningen uppdagades att en del större kommuner lamslått efterlevnaden av de icke-sanktionerade konkurrensneutralitetsreglerna och statsstödsbestämmelserna, dels på grund av okunskap och dels för att större kommunalt ägda tjänsteföretag betydligt bidrar till finansieringen av den kommunala verksamheten. Detta trots att offentlig verksamhet huvudsakligen ska finansieras med skattemedel, och att expansiv företagsverksamhet inte ryms inom kommunernas uppgifter och behörighet.

Reformer i konkurrenslagstiftningen är under förberedning och kommer sannolikt att avhjälpa de problematiska konkurrensförhållanden som uppstått till följd av kommunernas verksamhet i konkurrensläge på marknaden, det återstår dock att se vilken effekt dessa reformer för med sig. Konkurrensneutralitetsproblem kunde också undvikas om kommunala aktiebolag skulle privatiseras genom börsnoteringar och kommunerna enbart deltog i verksamheten i egenskap av aktieägare på likställiga villkor med privata investerare.

Nyckelord: konkurrens, konkurrensneutralitet, statligt stöd, kommuner, kommunalförvaltning, marknadsverksamhet, bolagiserings-skyldighet, företagsbegreppet

LINDROOS, PETER: Faktorer att beakta vid kommunal verksamhet i konkurrensläge på marknaden och vid kommunala stödåtgärder.

Pro gradu -tutkielma, XV + 91 s.

Kilpailuoikeus ja taloustiede

Tammikuu 2019

Turun yliopiston laaturjärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkistettu Turnitin OriginalityCheck -järjestelmällä.

Tutkielmassa käsitellään miten kunnat tukitoiminnassaan sekä toiminnassa kilpailutilanteessa markkinoilla voivat aiheuttaa epäneutraaleja kilpailuolosuhteita, tai muutoin haitata taikka vääristää kilpailua Suomessa. Tutkielmassa tarkastellaan myös kehitystä kohti taloudellisempaa valtiontukien yhteensopivuuden arviointia.

Tutkielmassa huomioidaan aikaisempaa tutkimusta kilpailuneutraliteettiongelmissa, jotka aiheutuivat kuntien liikelaitosten markkinatoiminnasta ja niistä johdettua yhtiöittämisvelvollisuutta. Kilpailuneutraliteettiongelmakohdat ovat jälleen ilmaantuneet kuntaomisteisten palveluyhtiöiden laajenevasta ja aggressiivisesta markkinakäyttäytymisestä yksityisten toimijoiden kustannuksella. Tässä yhteydessäkin esiintyy kiellettyjä valtiontukia, jotka johtuvat väärinkäsityksistä hankintalain määräyksistä, perusteettomista yksin- tai erioikeuksista taikka institutionaalisista tekijöistä kuten kunnallisesta omistuksesta.

Tutkielmassa tarkastellaan ja systematisoidaan voimassa olevan EU-oikeuden sekä kansallisen oikeuden asettamaa toimintaympäristöä kuntien toiminnalle kilpailutilanteessa markkinoilla, sekä kuntien velvollisuuksia valtiontukiviranomaisina.

Tutkimuksessa todetaan, että eräät isot kunnat laiminlyövät sanktioimattomia kilpailuneutraliteettisääntöjä sekä valtiontukisääntöjä, osittain johtuen suurten kuntaomisteisten palveluyhtiöiden tuottamien voittojen merkityksestä kunnan toiminnan rahoitukselle. Mainittua asetelmaa ylläpidetään siitä huolimatta, että julkisen toiminnan rahoitus tulisi pääasiallisesti järjestää verotuskeinoin, ja että kunnan alueen ulkopuolelle kasvava liiketoiminta ei mahdu kuntien toimialaan.

Valmisteilla oleva kilpailulainsäädännön uudistus tulee todennäköisesti edesauttamaan nykyisten kilpailuneutraliteettiongelmiin ja kuntien valtiontukien ongelmakohtien ratkaisemista, uudistuksien lopullinen teho jää kuitenkin nähtäväksi. Kilpailuneutraliteettiongelmiä voitaisiin myös välttää saattamalla kuntaomisteiset palveluyhtiöt, joiden toiminta kasvaa omistajakuntien alueen ulkopuolelle, julkisiksi osakeyhtiöiksi listautumisen keinoin. Kunnat voisivat jatkossa omistaa osakkeita näissä julkisissa osakeyhtiöissä samoilla ehdoilla kuin yksityissijoittajat.

Asiasanat: kilpailu, kilpailuneutraliteetti, valtiontuki, kunnat, kunnallishallinto, markkinatoiminta, yhtiöittämisvelvollisuus, yrityskäsite

INNEHÅLL

KÄLLOR	V
LITTERATUR	V
OFFICIALKÄLLOR.....	VII
RÄTTSPRAXIS	X
ANDRA KÄLLOR	XII
INTERNETKÄLLOR	XII
FÖRKORTNINGAR	XV
1 INLEDNING.....	1
1.1 Bakgrund till avhandlingsämnet	1
1.2 Frågeställning och struktur.....	3
1.3 Forskningsmetodik och material	4
2 EU :S STATSSTÖDPOLITIK OCH STATSSTÖDSREGLERNA	6
2.1 Inledande kommentarer och närmare definitioner	6
2.2 Statsstödspolitiken och konkurrenspolitiken.....	7
2.3 EU:s statsstödsbestämmelser	10
2.4 De minimis -stöd och kommissionens allmänna gruppundantagsförordning	12
2.5 Bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur	14
2.6 Specialbestämmelser för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.....	23
2.7 Statsstödsreglerna och stöd till producenter av SGEI-tjänster.....	26
2.8 EUs: statsstödsbestämmelser och Världshandelsorganisationen	27
3 KONKURRENSNEUTRALITET	29
3.1 Konkurrensneutralitetens värdegrund	29
3.2 Verktyg för att uppnå konkurrensneutrala marknadsförhållanden.....	37
3.3 Finländska konkurrensneutralitetsfall	38

4	ÖKAD BETONING PÅ EKONOMISK BEDÖMNING.....	40
4.1	Ekonomiska hänsyn och statliga stödåtgärder	40
4.2	Marknadsekonomiska investeringsprincipen.....	41
4.2.1	Kontrafaktisk analys vid tidigare ekonomisk exponering.....	46
4.2.2	Marknadsenliga villkor för lån och garantier.....	46
4.2.3	Fördelningen av utredningsansvaret	48
4.3	Ökad betydelse av ekonomiska hänsyn i statsstödsanalysen	50
5	KOMMUNAL KOMPETENS, STATLIGT STÖD OCH KONKURRENS- NEUTRALITET.....	58
5.1	Kommunens verksamhetsområde, kompetens och marknadsverksamhet	58
5.2	Kommunernas och deras dottersamfunds marknadsverksamheter	61
5.2.1	Palmiafallets efterdyningar	70
5.3	Statligt stöd som beviljas av kommuner	72
5.4	Beviljande av lån, borgen eller annan säkerhet samt överlåtelse, arrende eller uthyrning av kommunens fastigheter	75
5.5	Offentlig upphandling och statligt stöd.....	78
5.6	Tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.....	79
5.7	Ändringssökande i kommunala statsstödsåtgärder och övervakning av kommunernas marknadsverksamhet	82
5.8	Föreningen Finlands näringslivs synpunkter och lagstiftningsreformerna	84
6	SLUTSATSER OCH SAMMANFATTNING.....	87
6.1	Slutsatser	87
6.2	Rekommendationer för säkerställande av konkurrensneutraliteten	88
6.3	Rekommendationer för kommunernas statliga stödåtgärder.....	89
6.4	Avslutande och sammanfattande anmärkningar	90

KÄLLOR

LITTERATUR

- Adina, Claiaci, State Aid Economics Overview. Copenhagen Economics 2017.
- Alkio, Mikko – Hyvärinen, Olli, Valtiontuet. Talentum Pro 2016.
- Alkio, Mikko – Wik, Christian. Kilpailuoikeus. Talentum 2009.
- Bacila, Nicolae, The Relation Between State Aid and Economic Development in the European Union. The Romanian Economic Journal XIII (36) 2010. s. 111-122.
- Buelens, Christian – Garnier, Gaëlle – Meiklejohn, Roderick – Johnson, Matthew, The economic analysis of state aid: Some open questions. European Commission 2007.
- Burke, Terry – Genn-Bash, Angela – Haines, Brian, Competition in theory and practice. 1st revised and updated edition. Routledge 2018
- Coppi, Lorenzo, The role of economics in State aid analysis and the balancing test. s. 64-89 i verket Szyszczak, Erika, Research Handbook on European State Aid Law. Edward Elgar Publishing Limited 2011.
- Deighton-Smith, Rex, National Competition Policy: Key lessons for Policymaking from its Implementation. Australian Journal of Public Administration 60 (3) 2001. s. 29-41.
- Eklund, Klas, Vår Ekonomi. 10 upplagan. Norstedts Akademiska Förlag 2005.
- Friederiszick, Hans – Röller, Lars-Hendrik – Verouden, Vincent, European State Aid Control: an Economic Framework. s. 625-669 i verket Buccrossi, Paolo, Handbook of Antitrust Economics. MIT Press 2007.
- Harjula, Heikki – Prättälä, Kari, Kuntalaki - Tausta ja tulkinnat. Talentum Media Oy yhteistyössä Lakimiesliiton kustannuksen kanssa 2015.
- Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2011.
- Husa, Jaakko, Julkisoikeudellinen tutkimus. Finnpublishers 1995.
- Indén, Tobias, Kommunen som konkurrent - kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar. Iustus Förlag AB 2009.

- Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmä – Sasi, Kimmo, Laatia ja tehokkuutta palvelujen kilpailulla - Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmän raportti julkisten palvelujen markkinaehtoistamisen mahdollisuuksista ja merkityksestä. Kauppa- ja teollisuusministeriö 2001.
- Kettunen, Pertti, Yritys ja yhteiskunta. Atena kustannus Oy 1987.
- Kloosterhuis, Erik, Defining Non-economic Activities in Competition Law. *European Competition Journal* 13 (1) 2017, s. 117-149.
- Kuoppamäki, Petri, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003.
- Kuusniemi-Laine, Anna. Kilpailuneutraliteettiperiaate, valtiontuki ja kuntien taloudellisen toiminnan yhtiöittäminen. *Defensor Legis* 4/2014. s. 661–679.
- Kühn, Kai-Uwe, *Country Studies – Germany*, s. 137-143 i verket Graham, Edward M. – Richardson, J. David, *Global Competition Policy*. Peterson Institute 1997.
- Lehtonen, Jukka. *Markkinat auki*. Finlands Näringsliv EK 2018.
- Leivo, Kirsi - Leivo, Timo – Huimala, Hannele – Huimala, Mikko, *EU:n ja Suomen kilpailuoikeus*. Talentum Media Oy 2012.
- Motta, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. Cambridge University Press 2009.
- Mäenpää, Olli, *Hallinto-oikeus. 2., uudistettu painos*. Alma Talent 2018.
- Määttä, Kalle – Frank, Lauri – Pääkkönen, Jenni, *Kilpailun toimivuus teknisten tarkastusten ja ilmoitettujen laitosten tarjoamien palvelujen markkinoilla. Utredningar och rapporter*, Helsingfors: Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja, Teknologiaosasto. Edita. 2001
- Ó Caoimh, Aindrias – Wolf, Sauter, *Criterion of Advantage*, s. 84-128 i verket Hofmann, Herwig C.H. – Micheau, Claire, *State Aid law of the European Union*. 1st edition, Oxford University Press 2016.
- Penttilä, Seppo – Ruohonen, Janne – Uoti, Asko – Vahtera, Veikko: *Kuntayhtiöt lainsäädännön ristiaallokossa*. Kunnallisalan kehittämissäätiö 2015.
- Rimmer, Stephen, *Competitive Tendering and Outsourcing - Initiatives and Methods*. *Australian Journal of Public Administration* 57 (4) 1998, s. 75-84.
- Ryynänen, Aimo, *Hyvän hallinnon periaatteet kunnallishallinnossa. 2. uudistettu painos*. Lakimiesliiton kustannus 1991.

- Röller, Lars-Hendrik – Friederiszick, Hans W. – Verouden, Vincent, The Economics of European State Aid Control. LEAR Conference on Advances in the Economics of Competition Law. Europeiska Kommissionen 2005.
- Sauter, Wolf, The Notion of undertaking, s. 74-83 i verket Hofmann, Herwig C.H. - Micheau, Claire, State Aid law of the European Union. 1st edition, Oxford University Press 2016.
- Senden, Linda, Soft Law in European Community Law. Hart Publishing 2004.
- Stigler, George, Perfect Competition, Historically Contemplated. Journal of Political Economy 65 (1) 1957, s. 1-17.
- Trembath, Andrew, Competitive Neutrality: Scope for Enhancement. National Competition Council Staff Discussion Paper. AusInfo 2002.
- Valkama, Pekka, Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla. Väitöskirja, Tampereen Yliopistopaino Oy 2004.
- Vittaniemi, Jukka, Suomen kilpailupolitiikka ja suljetun sektorin kilpailuolosuhteet Working paper Nro 142/94. Jyväskylän yliopisto, Taloustieteen laitos 1994.
- Wehlander, Caroline, Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law, Legal Issues of Services of General Interest. T.M.C. Asser Press 2016.
- World Health Organization, Health Insurance: the influence of the Beveridge report. Bulletin of the World Health Organization 78 (6) 2000, s. 845-846.

OFFICIALKÄLLOR

Finland

RP 1/1998 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ny regeringsform för Finland.

RP 68/2018 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av konkurrenslagen och till vissa lagar som har samband med den.

Europeiska unionen

Rådets förordning 659/1999/EU: av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), EGT L 83, 27.3.1999, s. 1, ändrad genom rådets förordning (EU) nr 734/2013 av den 22 juli 2013, EUT L 204, 31.7.2013.

Rådets förordning 2015/1588: av den 13 juli 2015, om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa slag av övergripande statligt stöd, EUT 24.9.2015 L 248/1.

Kommissionens förordning (EU) 360/2012: av den 25 april 2012, 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, EUT 26.4.2012 L 114/8.

Kommissionens förordning 1407/2013/EU: av den 18 december 2013, om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse, EUT 24.12.2013 L 352/1.

Kommissionens förordning 651/2014/EU: av den 17 juni 2014, genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget, EUT 26.6.2014 L 187/1.

Kommissionens direktiv 2006/2011/EG: av den 16 november 2006, om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag samt i vissa företags ekonomiska verksamhet, EUT 17.11.2006 L 318/17.

Kommissionens tillkännagivande 2008/C 155/02: om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier. EUT 20.6.2008 C 155/10.

Kommissionens tillkännagivande (2001/C 368/07) om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget, EUT 22.12.2001 C 368/13.

Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 19.7.2016 C 262/01.

Kommissionens meddelande: av den 19.1.2008 om en översyn av metoden för att fastställa referens- och diskonteringsräntor, EUT 19.1.2008 C 14/6.

Kommissionens meddelande 2012/C 8/02: om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 11.1.2012 C 8/4.

Kommissionens meddelande 2012/C 8/03: Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster, EUT 11.1.2012 C 8/15.

Kommissionens meddelande 2014/C 198/01: Rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation. EUT 27.6.2014 C 198/1.

Kommissionens beslut 2008/765/EG: av den 11 december 2007, om statligt stöd C7/06 som Finland har genomfört till förmån för Vägaffärsverket/Destia, EUT 10.10.2008 L 270/1.

Kirje Euroopan komission kilpailun pääosastolta 14/04/2010*D/6678, Valtiontuki E 2/2010 – Suomi – Tuki kunnallisille liikelaitoksille.

Kommissionens beslut 2012/21/EU: av den 20 december 2011, om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 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, EUT 11.1.2012 L 7/3.

Kommissionens beslut C(2014) 759 slutlig: av den 11 februari 2014 om åtgärden SA.35388 (2013/C)(f.d. 2013/NN och 2012/N) för uppställandet av Gdynia-Kosakowo – flygplatsen.

Diskussionsdokument av Generaldirektoratet för konkurrens vid Europeiska kommissionen: av den 12 november 2002, Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd.

Kommissionens grönbok KOM/2003/0270 slutlig: av den 21 maj 2003, om tjänster i allmänhetens intresse, EUT 25.3.2004 C 76.

Kommissionens samrådsdokument KOM/2005/107 slutlig: av den 7 juni 2005, Handlingsplan för statligt stöd – Mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005 - 2009, ej publicerat i EUT.

Discussion paper DAF/COMP/WP3/WD(2009)57 of the European Commission of 20th of October 2009: Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for state owned enterprises.

Commission Staff Working Paper SEC/2011/397: of 23rd of March 2011, The Application of EU State Aid rules on Services of General Economic Interest since 2005 and the Outcome of the Public Consultation, ej publicerat i EUT.

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD)

Competitive Neutrality - Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) 30.8.2012.

Världshandelsorganisationen

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14.

RÄTTSPRAXIS

EUROPEISKA UNIONEN

Europeiska unionens domstol

Domstolen

C-730/79: Philip Morris Holland BV v. Europeiska kommissionen. (1980) ECR-02671.

Mål 234/84: Konungariket Belgien v. Europeiska gemenskapernas kommission, av den 10.7.1986, Finsk specialutgåva s. 00717.

Mål C-118/85: Europeiska kommissionen v. Italien, (1987) ECR I-02599.

Mål C-263/86: Belgien v. René Humbel och Marie-Thérèse Edel, (1988) ECR -05365.

Mål C-142/87: Belgien v. Europeiska kommissionen, (1990) ECR I-00959.

Mål C-41/90: Klaus Höfner och Fritz Elser v. Macrotron GmbH, (1991) ECR I-01979.

Mål C-179/90: Merci convenzionali porto di Genova SpA v. Siderurgica Gabrielli SpA, (1991) ECR I-05889.

Mål C-364/92: SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol, (1994) ECR I-00043.

Mål C-244/94: Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurances de Paris-Vie och Caisse d'Assurance et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, (1995) ECR I-04013.

Mål C- 35/96: Europeiska kommissionen v. Italien, (1998) ECR I-03851,

Mål C-67/96: Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textiel-industrie (1999) ECR I-05751.

De kombinerade målen C-180/98 – C-184/98: Pavel Pavlov och andra v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, (2000) ECR I-06451.

Mål C-379/98: PreussenElektra AG v. Schlesweg AG, (2001) ECR I-02099.

Mål C-475/99: Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, (2001) ECR I-08089.

Mål C-475/99: Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, (2001) ECR I-08089. Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs. 17.5.2001.

Mål C-280/00: Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft, (2003) ECR I-7747.

Mål C-205/03: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Europeiska kommissionen, (2006) ECR I-06295.

Mål C-2/06: Willy Kempter KG v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, (2008) ECR I-00411

Mål C-431/07: Bouygues SA och Bouygues Télécom SA v. Europeiska kommissionen, (2009) ECR I-02665.

Mål C-138/11: Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich, (2012) inte ännu publicerat i rättsfallssamlingarna, ECLI:EU:C:2012:449.

Tribunalen

Mål T-14/96: Bretagne Angleterre Irlande (BAI) v. Europeiska kommissionen. (1999) ECR II-00139.

Mål T-128/98: Aéroports de Paris v. Europeiska kommissionen, (2000) ECR II-03929.

Mål T-155/98: Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) v. Europeiska kommissionen, (2002) ECR II-01179.

Mål T-55/99: Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) v Kommissionen, (2000) ECR II-03207.

De kombinerade målen T-116/01 och T-118/01: P&O European Ferries (Vizcaya), SA och Diputación Foral de Vizcaya v. Europeiska kommissionen, (2003) ECR II-02957.

Mål T-27/02: Kronofrance v. Europeiska kommissionen, (2004) ECR II-04177.

Mål T-354/05: Télévision française 1 SA (TF1) v. Europeiska kommissionen, (2009) ECR II-00471.

De kombinerade målen T-443/08 och T-455/08: Freistaat Sachsen och Land Sachsen-Anhalt och Mitteldeutsche Flughafen AG och Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Kommissionen, (2011) ECR II-01311

FINLAND

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 1968 II 60.

HFD 1984 II 19.

HFD 8.2.1985 T 503

HFD 21.6.2001 T 1480.

HFD 2002:42

HFD 31.1.2012 T 120

HFD 2013:53

HFD 2014:12

HFD 2.9.2014 T 2562

HFD 16.12.2014 T 3963

HFD 2015:7

Marknadsdomstolen

MAO Dnr 2018:159 (Under behandling).

ANDRA KÄLLOR

Konkurrens- och konsumentverkets förslag till Marknadsdomstolen, av den 10.04.2018, Dnr KKV/1021/14.00.60/2017.

INTERNETKÄLLOR

Konkurrenspolitik - Arbets- och näringsministeriet. <https://tem.fi/sv/konkurrenspolitik> (hämtad 22.11.2018)

EU and WTO. Europeiska kommissionen 27.2.2018. <http://ec.europa.eu/trade/policy/eu-and-wto/> (hämtad 20.3.2018).

Kuntayhtiöt jälleen tapetilla – KKV määräsi seuraamusmaksun laittomasta suorahankinnasta. Koskenranta, Riikka – Suomen Yrittäjät 18.4.2018.

<https://www.yrittajat.fi/uutiset/574051-kuntayhtiot-jalleen-tapetilla-kkv-maaras-seuraamusmaksun-laittomasta> (hämtad 25.9.2018).

Kunnat häiriköivät edelleen markkinoilla. Kauppalehti 5.5.2018.

<https://www.kauppalehti.fi/uutiset/kunnat-hairikoivat-edelleen-markkinoilla/iUPwBR7G> (hämtad 25.9.2018).

Europeiska unionen och Världshandelsorganisationen. Mendonça, Susana – Europaparlamentet 09/2018.

<http://www.europarl.europa.eu/factsheets/sv/sheet/161/europeiska-unionen-och-varldshandelsorganisationen> (hämtad 19.11.2018).

Yrittäjien Pentikäinen ihmettelee, miksi Helsinki omistaa eri puolille Suomea laajenevan Palmian - "Merkittävää liiketoiminnallista riskiä veronmaksajien turvin. Kauppalehti 5.9.2018. <https://www.kauppalehti.fi/uutiset/yrittajien-pentikainen-ihmettelee--miksi-helsinki-omistaa-eri-puolille-suomea-laajenevan-palmian---merkittavaa-liiketoiminnallista-riskia-veronmaksajien-turvin/NWZFHK5M> (hämtad 25.9.2018).

Om oss. Finlands Näringsliv r.f. 2018. <https://ek.fi/sv/about-us/> (hämtad 7.10.2018).

Beslutsfattande i kommunen - Grunderna för god förvaltning. Kommunförbundet 9.3.2017. <https://www.kommunforbundet.fi/sakkunnigtjanster/juridik/beslutsfattande-i-kommunen/grunderna-god-forvaltning> (hämtad 25.4.2018).

Riktlinjer för marknadsmässig prissättning - praktiska bedömningsprinciper. Konkurrens- och konsumentverket 5.7.2017. <https://www.kkv.fi/sv/beslut-och-publicationer/publicationer/riktlinjer-for-tillampning-av-konkurrenslag/marknadsmassig-prissattning/> (hämtad 1.8.2018).

Kommunalbesvär. Kommunförbundet 3.10.2017.

<https://www.kommunforbundet.fi/sakkunnigtjanster/juridik/sokande-av-andring/kommunalbesvar> (hämtad 25.7.2018).

Marknadsekonomiska investerarprincipen. Kommunikationsverket 28.12.2017.

<https://www.viestintavirasto.fi/sv/styrningochovervakning/snabbtbredband/anvisningarfor-orstodsokande/projektkonkurrensutsattaefter150702017/marknadsekonomiskainvesterarprincipen.html> (hämtad 1.3.2018).

Ansökan om åtgärder. Konsument- och konkurrensverket 2.6.2014.

(<https://www.kkv.fi/sv/information-och-anvisningar/konkurrensarenden/konkurrensneutralitet/Ansokan-om-atgarder/> hämtad 6.12.20)

Helsingin kaupunginhallituksen konsernijaoston päätös asiassa HEL 2014-001702:
Palmia-liikelaitoksen toiminta- ja hallintomallien järjestäminen. Helsingin Kaupunki
27.10.2014. <https://dev.hel.fi/paatokset/asia/hel-2014-001702/koja-2014-10/> (hämtad
28.4.2018).

Konkurrensverkets ställningstagande om bolagiseringen av rederiaffärsverket och
sjöfartsverket, Dnr 560.14.00.20/2009. Konkurrens- och konsumentverket 29.6.2009.
[https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/aloitteet-lausunnot-ja-
kannanotot/kilpailuvirasto/2009/29.6.2009-varustamoliikelaitoksen-ja-
merenkululaitoksen-tuotantotoiminnan-yhtioittamiset/](https://www.kkv.fi/ratkaisut-ja-julkaisut/aloitteet-lausunnot-ja-kannanotot/kilpailuvirasto/2009/29.6.2009-varustamoliikelaitoksen-ja-merenkululaitoksen-tuotantotoiminnan-yhtioittamiset/) (Hämtad 4.4.2018).

FÖRKORTNINGAR

EG	Europeiska gemenskapen.
EK	Finlands Näringsliv r.f.
EU	Europeiska unionen.
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - Konsoliderad version.
GL	Grundlagen.
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Ibid.	Ibidem (latin).
Id.	Idem (latin).
KKV	Konkurrens- och konsumentverket.
MAO	Marknadsdomstolen.
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling.
RP	Regeringsproposition.
SGEI-företag	Näringsidkare som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.
SGEI-tjänster	Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.
SMF-företag	Små och medelstora företag.
WTO	Världshandelsorganisationen.
HILMA-portalen	Elektroniska annonseringskanalen för offentliga upphandlingar.

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund till avhandlingsämnet

Problematiken kring kommunernas verksamhet i egenskap av statsstödsmyndigheter och deras verksamhet i konkurrensläge på marknaden har i ljuset av den samhälleliga utvecklingen på sätt och vis återuppstått. Efterlevnaden av konkurrensneutralitetsreglerna och bestämmelserna om statligt stöd säkerställer uppehållet av neutrala och rättvisa marknadsförhållanden vilket i sin tur möjliggör att privata näringsidkare kan delta i konkurrensen på lika förutsättningar med offentliga marknadsaktörer. Snedvridningar och störningar i konkurrens kan uppstå till följd av att kommuner i egenskap av offentliga samfund eller genom offentligt ägda företag, utöver vad som är nödvändigt för att förverkliga kommunens uppgifter, deltar i sådan marknadsverksamhet som i allmänhet idkas av privata marknadsaktörer. Att offentliga samfund idkar verksamhet i konkurrensläge på marknaden kan i värsta fall innebära att det offentliga samfundets konkurrenter inte på likställiga grunder kan delta i konkurrensen jämsides med det offentliga samfundet.

I avhandlingen behandlas hur bestämmelserna om statligt stöd, bolagiseringsskyldigheten och förbudet mot att lämna privata marknadsaktörer exklusiva och särskilda rättigheter, förverkligats inom den kommunala sektorn och den inverkan dessa bestämmelser har på konkurrensen på lokal och nationell nivå. Jag närmar mig frågeställningen särskilt utifrån problematiken bakom konkurrensneutralitet och statliga stödåtgärder som anknyter till den kommunala sektorn och strävar även till att klargöra hur dessa helheter förhåller sig till varandra. I avhandlingen konstateras vidare att bolagiseringsskyldigheten i dess nuvarande och icke-sanktionerade form inte tillräckligt säkerställer att kommunerna följer konkurrensneutrala förfaranden, däremot har ett antal större kommuner inom ramen för kommunalt ägda tjänsteföretag börjat idka expansivt och rent utav aggressivt marknadsbeteende.

Av tradition förknippas konkurrens oftast med tävlan mellan privata företag som ägs av privatpersoner eller privata sammanslutningar. De flesta förknippar konkurrensrätten med sådana konkurrensbegränsningar som avses i 101 art. och sådant missbruk av dominerande marknadsställning som avses i 102 art. i Fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF), konkurrensbestämmelserna sträcker sig dock längre än så. Utöver 101 och 102 art. räknas även bestämmelserna om offentligt ägda företag och företag under offentlig kontroll som avses i 106 art. FEUF samt reglerna om statligt stöd i 107 och 108 art. FEUF till konkurrensrättens område. När offentliga instanser utövar verksamhet som

ska klassificeras som företagsverksamhet tillämpas givetvis 101 och 102 art. om konkurrensbegränsningar och missbruk av dominerande marknadsställning, men i samband med dessa s.k. offentliga företag och företag som utövar sin verksamhet under kontroll av offentliga instanser ska dessutom bestämmelserna i 106, 107 och 108 art. FEUF beaktas. Ytterligare bör kommunerna vara försiktiga vid beviljande av exklusiva- eller särskilda rättigheter för att kompensera företag för tillhandahållande av för samhället oundärliga allmännyttiga ekonomiska tjänster.

Statligt stöd kan i enlighet med EU-rätt definieras som sådana fördelar som härstammar ur offentliga medel som på initiativ av offentliga myndigheter beviljas till privata sammanslutningar på selektiva grunder. För att utgöra statligt stöd potentiellt kunna orsaka osunda och oneutrala konkurrensförhållanden eller övriga snedvridningar i konkurrensen, eller annars störa den gemenskapsinterna handeln. De centrala målsättningarna i konkurrenspolitiken (*policy*) och konkurrensrätten är dels att uppehålla marknadsekonomin funktion, dels att skydda effektiva marknadsaktörer och dels skydda konsumenternas förmåner.¹ Målsättningarna med bestämmelserna om konkurrensneutralitet och statligt stöd är i sin tur att upprätthålla likställiga marknadsförutsättningar där alla företag oberoende av företagsform eller offentlig anknytning har lika verksamhetsförutsättningar och lika möjligheter att genom kunnande nå framgång, syftet med konkurrenslagen är vidare att trygga en sund och fungerande ekonomisk konkurrens från skadliga konkurrensbegränsningar.² Konkurrenslagen ska således tillämpas så att hänsyn tas till skyddande av näringsfriheten³ och marknadens verksamhetsbetingelser så att även konsumenterna och kundföretagen kan dra nytta av konkurrensen. Med konkurrensförhållanden som främjar effektivitet skapas förutsättningar för ökad produktivitet, ekonomisk tillväxt och dynamisk utveckling.⁴

Förverkligandet och upprätthållandet av en konkurrensneutral marknad kan i sin tur anses vara en viktig grundsten av EU-medborgarnas grundrättigheter, genomsnittskonsumenterna bör i princip kunna stöda sig på riktig och tillräcklig information i sina konsumtionsbeslut. Konsumenter och småföretagare har en principiell rättighet till att utnyttja all tillgänglig information i sina konsumtionsbeslut. Vid granskningen av frågeställningen kan konkurrensneutralitetsreglernas och statsstödsbestämmelsernas

¹ Alkio – Wik 2009, s. 12-15.

² Penttilä – Ruohonen – Uoti – Vahtera 2015, s. 29-30.

³ Näringsfriheten innebär att var och en har rätt att skaffa sig sin försörjning genom arbete, yrke eller näring som han eller hon valt fritt. Näringsfriheten är en grundrättighet i Finlands grundlag (18§). Näringsfriheten kan vidare jämföras med tankegångarna om ekonomisk frihet som är en grundrättighet för varje individ att bestämma om sitt arbete och sin egendom, se t.ex. Kühn 1997, s. 137-143.

⁴ RP 68/2018 rd, s. 6, Arbets- och Näringsministeriet 2018 samt Burke – Genn-Bash – Haines 2018, s. 1-2.

betydelse för en likställig samhällelig utveckling, likställig ekonomisk tillväxt och likställigt uppfyllande av grundrättigheterna inte åsidosätts.

1.2 Frågeställning och struktur

I avhandlingen riktas intresse till hur kommunernas verksamhet i konkurrensläge på marknaden bör organiseras så att konkurrensneutrala marknadsförhållanden kan säkerställas, vilket förutsätter att EU:s regler om offentliga och privilegierade företag, statsstödsbestämmelserna och förbudet mot beviljande av särskilda och exklusiva rättigheter iakttas på kommunalsektorn. Kort och koncist kan forskningsfrågan sammanfattas enligt följande, *kan kommunerna i sin understödsverksamhet bevilja förbjudna statliga stöd eller i övrigt genom ekonomisk verksamhet i konkurrensläge på marknaderna skada eller snedvrída konkurrens-neutraliteten?* Frågeställningen motiverar en del underställda frågor, såsom hur sannolikt kommunala åtgärder kan understiga de minimis -tröskelvärden men ändå vara skadliga på nationell nivå, och i vilken utsträckning dessa konkurrensstörningar som orsakas av offentliga samfund ändå borde avhjälpas i den nationella lagstiftningen? För att behandla frågeställningen är det således av central betydelse att förstå hur reglerna om statligt stöd kan ses som ett ytterligare verktyg för att säkerställa att målsättningen med konkurrensneutrala marknader uppfylls. Sambandet mellan statligt stöd och förbudet mot beviljande av särskilda och exklusiva rättigheter till företag kan därför anses vara starkt förknippat med strävanden till neutrala konkurrensförhållanden. Vidare är det med tanke på frågeställningen viktigt att åskådliggöra hur statsstödsreglerna och förbudet mot beviljandet av särskilda och exklusiva rättigheter tas i beaktande i kommunerna, samt under vilka förutsättningar kommunerna kan ägna sig till ekonomisk verksamhet i konkurrensläge på marknaden. I tillämpningen av EU:s statsstöds-bestämmelser har allt mer vikt börjat läggas på helhetsbetonad bedömning där även ekonomiska effekter tas i beaktande, detta för att åskådliggöra skadeverkningar såsom osund konkurrens till följd av förbjudet statligt stöd och förbjudna sär rättigheter. En genomgång av hur ekonomiska bedömningar tas i beaktande i statsstödsanalysen ger också fingervisningar till konkurrensproblem som behöver åtgärdas på nationell och unionsnivå.

Strukturellt inleds avhandlingen med en genomgång av EU:s statsstödspolitik och statsstödsbestämmelser i avsnitt två, medan konkurrensneutralitetsreglerna behandlas i avsnitt tre. I avsnitt fyra behandlas den alltmer ökande betydelsen av ekonomiska synpunkter och de verktyg som används i bedömningen av stödåtgärdernas lämplighet för den inre marknaden. I avsnitt fem behandlas hur statsstöds- och konkurrensneutralitetsbestämmelserna inverkar på kommunal verksamhet i konkurrensläge och

kommunens skyldigheter i egenskap av statsstödsmyndighet och den fortsatta problematiken kring kommunalt ägda aktiebolags aggressiva marknadsbeteende. Avhandlingens resultat behandlas i avhandlingens sjätte avsnitt varefter avhandlingen avslutas med reflektion i ljuset av de planerade reformerna i konkurrenslagstiftningen och det aktuella utvecklingsförloppet gällande kommunala företags marknadsverksamhet.

Jag har valt att avgränsa avhandlingen till problematiken kring kommunernas ingrepp i form av statligt stöd och verksamhet i konkurrensläge på marknaden, i avhandlingen behandlas således inte statliga stöd som beviljas av statliga instanser eller aktörer på landskapsnivå, statliga instansers eller landskapens verksamhet i konkurrensläge på marknaden är inte heller föremål för granskning. Utrymme för vidare forskning skulle finnas i bland annat behovet av att införa bättre möjligheter och förutsättningar till ändringssökande i kommunala beslut gällande ekonomisk verksamhet i konkurrensläge på marknaderna. Samtidigt vore det även intressant att i framtida forskning utreda hur de planerade förnyelserna i den nationella konkurrenslagstiftningen avhjälper utmaningarna.

1.3 Forskningsmetodik och material

Denna avhandling är till sin natur dels *rättsdogmatisk* och dels *rättspolitisk*, därmed strävar jag till att objektivt⁵ analysera ämnesområdets rättsliga utveckling och nuvarande rättsförhållanden⁶ *de lege lata* och till att anföra rättspolitiska synpunkter *de lege ferenda* på hur lagstiftningen behöver förnyas för att bättre motsvara nuvarande marknadsförhållanden. Den rättspolitiska delen ingår närmast i avhandlingens avsnitt 5.7, avhandlingens slutsatser och sammanfattning. Inom den under rättsdogmatiken ordnade *allmänna rättsläran* kan dels normbaserad tolkning och systematiserande forskning i gällande rätt och dels problembaserad forskning utövas, i denna avhandling ingår med andra ord både normbaserad och problembaserad forskning. Dels analyseras rättsförhållandet bakom ett fenomen och dels ägnas uppmärksamhet till hurdana möjligheter det finns att lösa rådande problem i nuvarande rättsförhållanden. I avhandlingen idkas även en del *teleologisk* lagtolkning i och med att lagstiftarens och EU-rättsnormernas avsedda resultat och ändamål tillägnas uppmärksamhet, därmed utnyttjas kommissionens och andra EU-instansers beslutsmaterial och diskussionsdokument rikligt i avhandlingen. EU-domstolens beslutspraxis utgör en viktig EU-rättslig källa och intar därför en central roll i avhandlingen eftersom EU-domstolen fungerar som en viktig instans i utformningen av EU-rätten. EU-domstolens avgöranden ger m.a.o.

⁵ Hirvonen 2011, s. 40. ”I objektiv tolkning ges lagtexten en objektiv eller auktoritetsgrundad tolkning basera på etablerad rättspraxis.” (Egen översättning)

⁶ Närmare om allmän rättslära i t.ex. Hirvonen 2011, s. 36-53.

betydlig vägledning i tolkningen av EU-rättsnormerna. Det centrala källmaterial består av nationell och EU-rättslig lagstiftning, lagförberedningsmaterial, rättslitteratur, artiklar, andra publikationer, rättspraxis, myndighetsanvisningar och -beslut. I avhandlingen utnyttjas även s.k. rättskällor i form av *soft law*-källor⁷ såsom kommissionens interna diskussionsdokument inklusive publikationer av icke-statliga organ såsom Världshandelsorganisationens (WTO) och Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD). Förutom finsk rättslitteratur utnyttjas även rikssvensk litteratur samt internationella publikationer. Likt de unionsrättsliga strävandena till att tillämpa utförligare ekonomisk analys i statsstödspraxis har utöver strikt rättsvetenskaplig metodik även nationalekonomiska teorier och modeller använts för att belysa skadeverkningarna av oneutrala marknadsförhållanden och förbjudna statsstödsåtgärder.

Ämnesvalet innebär att det i avhandlingen ingår dels konkurrensrättsliga, dels förvaltningsrättsliga, dels finansrättsliga och dels EU-rättsliga inslag. Att kombinera dessa inslag är utmanande men möjliggör bildandet av en helhetsbild över problematiken.⁸ Av den nationella lagstiftningen tillämpas i avhandlingen närmare bestämt konkurrensrättsliga, förvaltningsrättsliga och författningsrättsliga bestämmelser. Avhandlingen har ytterligare en stark EU-rättslig koppling och därför har fördraget om den Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt fungerat som centrala källor. Ytterligare har andra källor ur EU:s primärrätt jämte sekundärrätt utnyttjats såsom förordningar, direktiv, beslut, EU-rättsfall och andra internationella officialkällor. Därtill har nationella rättsfall och officialkällor såsom myndighetsutlåtanden, utredningar och kungörelser och meddelanden bearbetats. Tidigare forskning inom området som inverkat på avhandlingen har bedrivits av Pekka Valkama som i sin doktorsavhandling *Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla* (2004) behandlat hur konkurrens-neutraliteten förverkligades på förhandsmarknaderna av kommunala tjänster, vidare har Tobias Indéns doktorsavhandling *Kommunen som konkurrent* (2008) om statsstödsrättens och konkurrensneutralitetens inverkan inom den kommunala sektorn i Sverige fungerat som bakgrundslitteratur. Mikko Alkios och Olli Hyvärinens handbok i statsstödsrätt *Valtiontuot* (2016) har skapat en helhetsbild av statsstödsrättens inverkan i Finland. Ytterligare har Heikki Harjulas och Kari Prättäläs *Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat* (2015) fungerat som stödmaterial.

⁷ *Soft law* -källor kan definieras såsom källor som i sig inte i sig utgör egentliga rättskällor men som har betydelse i form av anvisningar för tolkning och tillämpning av egentliga rättskällor. I unionsrätten finns många rekommendationer, tillkännagivanden, meddelanden, riktlinjer och förfaranderegler som är *Soft law* -källor. Se även Senden 2004, s. 1 och 111-113, som har definierat *soft law* -källor som ”*förfaranderegler som har upptagits i instrument som inte i sig tillskrivits bindande verkan, men ändå kan ha någon mån av (indirekt) rättslig verkan, och som är ämnade att ha konkreta effekter.*” (Egen översättning).

⁸ Närmare om särdragen av rättsdogmatik inom förvaltningsrättslig forskning i Husa 1995, s. 164-191.

2 EU :S STATSSTÖDPOLITIK OCH STATSSTÖDSREGLERNA

2.1 Inledande kommentarer och närmare definitioner

Bestämmelserna om statligt stöd utgör ett centralt delområde av Europeiska unionens rättsordning och konkurrenspolitik, med statsstödsreglerna eftersträvas en balans mellan konkurrenshänsyn och de nationella stödprogrammen för subventioner till företag eller övrig näringsverksamhet för att på så vis uppnå målsättningarna d.v.s. en välfungerande och rättvis marknadsekonomi. Att hitta denna balans mellan konkurrenshänsyn och medlemsländernas stödprogram har visat sig vara utmanande då principerna gällande den öppna marknaden och olika nationella önskemål ska kombineras. Statsstödsreglerna, d.v.s. 107-109 art. FEUF, kan vidare antingen räknas som ett delområde av konkurrensrätten eller som ett komplement till själva kärnan av konkurrensrätten, som i sin tur kan återfinnas i 101 art. och 102 art. FEUF. Genom reglerna om statligt stöd begränsas möjligheterna för offentliga instanser att genom olika stödåtgärder skapa en situation med olika förutsättningar för företag på en konkurrensutsatt marknad.

Ordet stöd förstås oftast i betydelsen av direkt bistånd till företag, men inbegriper även beskattningsmässiga arrangemang eller andra stödåtgärder som betydligt sporrar företag till att driva vissa verksamheter. Med statliga stöd avses i huvudsak sådana stöd som definieras i 107(1) art. FEUF och stöden kan begreppsmässigt indelas i horisontella eller sektorbundna stöd jämte krisstöd eller konventionella icke-krisbundna stöd. Såsom horisontella stöd kan regionala stöd, miljöstöd, forsknings- och utvecklingsstöd och stöd till små- och medelstora företag samt stöd till riskkapitalinvesteringar kategoriseras. Stöd till trafikverksamhet, jordbruks- och fiskeristöd, stöd till förnyelser i räddnings- och strukturstöd till företag i ekonomiska svårigheter och stöd till kol-, stål- och skeppsindustriverksamhet kan sin tur kategoriseras såsom sektorbundna stöd. Skillnaden mellan horisontella stöd och sektorbundna stöd är att horisontella stöd potentiellt kan gagna alla företag medan sektorbundna stöd enbart gagnar aktörer i en enskild bransch vilket kan leda till en situation med snedvriden konkurrens.⁹ De materiella och processuella statsstödsreglerna har genom åren ständigt utvecklats genom tolkning och tillämpning av bestämmelserna i fördraget, utarbetning av sekundärlagstiftning och uppkomsten av specifika tolkningsregler genom rättspraxis i Europeiska unionens domstolar. Till följd av alla dessa motstridiga intressen har EU:s statsstödsregler utvecklats till ett mångfasetterat område i Europeiska unionens rättsordning.¹⁰

⁹Alkio – Hyvärinen 2016, s. 17-19. Se även Indén 2009, s. 171-179 för en djupare reflektion.

¹⁰ Sauter 2016, förorden.

2.2 Statsstödspolitik och konkurrenspolitiken

Statsstödspolitik kan anses vara en betydlig del av Europeiska unionens konkurrenspolitik, konkurrenspolitiken grundar sig i sin tur på tanken om att de marknadsekonomiska mekanismerna skapar de bästa kända förutsättningarna för att höja levnadsstandarden till fördel för unionens medborgare. Med konkurrenspolitik i strikt bemärkelse avses det politikområde som genom lagstiftning, övervakning eller andra åtgärder strävar till att säkerställa och främja en fungerande ekonomisk konkurrens på marknaden. I det s.k. konkurrenspolitiska kretsloppet ingår tre huvudsakliga skeden, i det första skedet uppställs de konkurrenspolitiska målsättningarna, i det andra skedet kartläggs aktuella problem i marknadsfunktionerna och i det tredje skedet väljer lagstiftarna vilka medel som är ändamålsenliga för att avhjälpa konkurrensproblemen.¹¹ I konkurrenspolitiken tillämpas de olika konkurrensteoretiska skolornas läror, teorier och modeller för att avgöra genom vilka åtgärder uppsatta målsättningar bäst ska uppnås. Med andra ord kombineras forskningsresultat från rättsvetenskapliga och nationalekonomiska undersökningar med samhällspolitiska synpunkter för att sedan formas till konkreta rekommendationer till lagstiftarna. Konkurrenspolitiken kan i sin vida bemärkelse ytterligare underordnas den allmänna ekonomiska politiken, vilket kan anses innefatta samtliga regler som styr samhällsekonomin funktion, och kan därför omspänna ett flertal rättsområden. Konkurrenspolitiken kan i sin vida bemärkelse även innefatta övervakningen av företagens, konsumenternas och offentliga instansers marknadsverksamhet.¹²

Konkurrensteorin i sin tur kan definieras såsom ett till nationalekonomin nära kopplat samhällsvetenskapligt område, inom vilken forskarna inresserar sig för betydelsen av ekonomisk konkurrens i det marknadsekonomiska systemet. Utöver nationalekonomiska övervägningar innefattar konkurrensteorin även rättsvetenskaplig, sociologisk och politologisk metodologi samt granskning av den politiskt-historiska utvecklingen, därför riktas även intresse till växelverknningar mellan rättssystemet, samhället och det ekonomiska systemet. Det huvudsakliga forskningsintresset inom nationalekonomin riktar sig till hur den ekonomiska konkurrensen fungerar, av särskilt intresse med tanke på konkurrens är för det första den neoklassiska pristeorin, som behandlar växelverkan mellan prisnivå och utbud, och för det andra nationalekonomisk industriell ekonomi, där vilken konkurrensen granskas utifrån marknadsstrukturerna. Gemensamt för de ovan nämnda inriktningarna är att antagandet är att konkurrens möjliggör bästa möjliga

¹¹ Kuoppamäki 2003, s. 98.

¹² *Id.*, s. 95.

fördelning av samhällets resurser vilket i sin tur innebär ökad välfärd. Likväl kan konkurrensen, såsom senare i avhandlingen även kommer att framgå, undersökas som ett dynamiskt fenomen i form av tävlan mellan företag där ett företags initiativ leder till motreaktioner från konkurrenterna, dessa förhållanden kan även undersökas inom ramarna för spelteorin.¹³ Granskas marknadsförhållandena på längre sikt kan förändringar i marknadspositioner och marknadsstrukturer bli märkbara, de kan då bero på samhällsutvecklingen eller marknadsaktörernas innovationer. Slutligen kan konkurrensen ses som en grundsten för ett huvudsakligen marknadsekonomiskt samhälle, och konkurrensen kan på sätt och vis gestaltas som en mekanism som säkerställer och motiverar privatägande, avtals- och näringsfrihet samt ekonomisk frihet i allmänhet.

Konkurrensrätten kan räknas till konkurrenspolitiken i sin strikta bemärkelse eftersom bestämmelserna har tillkommit genom utövning av konkurrenspolitik. Konkurrensbestämmelserna kan gestaltas som de lagar och bestämmelser som ska säkerställa att konkurrensen på marknaden inte begränsas på ett för samhället skadligt vis, det nämnda samhällseliga skyddsintresset gäller i ljuset av myndighets- och rättspraxis mer specifikt skydd av ekonomisk välfärd.¹⁴ Konkurrensrättens funktion är att skydda konkurrensen som process och institution, konkurrenslagstiftningen finns således till för att se till att marknadsekonomin kan fungera ostört så att den uppfyller sin samhällsekonomiska styrfunktion för en effektiv och fungerande konkurrens. Konkurrensrättens uppgifter kan ytterligare indelas i säkerställandet av ekonomisk effektivitet och välfärd samt konkurrensfrihet till vilken ekonomisk frihet, näringsfrihet och avtalsfrihet räknas. Till konkurrensrättens uppgifter räknas även uppehållet av rättvisa verksamhetsförutsättningar för företag av olika storlek.¹⁵ Konkurrensrätten i strikt bemärkelse strävar till att förhindra åtgärder som begränsar konkurrensen, och möjliga konkurrensbegränsningar kan indelas i karteller, vertikala konkurrensbegränsningar samt missbruk av dominerande marknadsställning. Ytterligare strävar konkurrensrätten till att uppehålla en sund marknadsstruktur genom att övervaka företagsköp eller övriga arrangemang som leder till fusioner av företag med betydande marknadsandelar.¹⁶ I ljuset av avhandlingens tematik kan det skäligen motiveras att statsstödsrätten och konkurrensneutralitetsreglerna är starkt sammankopplade till konkurrensrätten i och med att förbjuda statliga stöd och

¹³ Kuoppamäki 2003, s. 95-107.

¹⁴ Se t.ex. Motta 2004, s. 30 samt 39-40. Motta anför ytterligare en aning förenklat att grundidén i konkurrenspolitiken är att begränsa företagens möjligheter att uppnå monopolställning och på så vis begränsa missbruk av monopolistiska marknadsförhållanden eller andra konkurrensstörningar eftersom dessa ger upphov till högre prisnivåer genom statisk, allokativ och dynamisk ineffektivitet som i sin tur skadar välfärden.

¹⁵ Kuoppamäki 2003, s. 21-22 samt s. 28-49.

¹⁶ *Id.*, s. 21-22.

aggressivt marknadsbeteende av offentligt ägda företag eller företag under bestämmande offentligt inflytande kan ha betydliga snedvridande verkningar på marknadsstrukturerna och rådande konkurrensförhållanden, det är inte heller uteslutet att företag under bestämmande offentligt inflytande kan bedriva missbruk av dominerande marknadsställning. Konkurrensrätten innefattar inte utövning av offentlig makt utan tillämpas enbart på statens, landskapens och kommunernas verksamhet i konkurrensläge på marknaden.¹⁷

Förbättringen av levnadsstandarden är en av målsättningarna i fördraget om Europeiska unionen och uppfyllelsen av denna målsättning sker på basis av tillgänglig information under marknadsekonomiska förhållanden. En fungerande marknad är således livsviktigt för att ett tillräckligt utbud på varor och tjänster till rimliga prisnivåer ska kunna säkerställas. Dessutom skapar konkurrensen en verksamhetsmiljö där förutsättningarna för innovation och effektivitet råder, under dessa förhållanden har marknadsaktörerna med andra ord incitament för att hitta innovativa och effektiva lösningar och genom dessa innovationer åtnjuta framgång. I Kommissionens handlingsplan för statligt stöd¹⁸ konstateras även att Europeiska unionens konkurrenskraft förstärks ifall innovation och effektivitet uppmuntras på den interna marknaden.¹⁹

I likhet med konkurrenspolitiken inverkar den rådande finans- och samhällspolitiken även på statsstödspolitiken.²⁰ Avsikten med statsstödsrätten och den konkreta övervakningen av statsstöd är att skydda en effektiv konkurrens och ett välfungerande frihandelssystem vilket särskilt innebär att säkerställa att jämlika verksamhetsförutsättningar råder för alla företag som verkar på den interna marknaden oberoende av vilken medlemsstat företaget har sin hemort i. Vid övervakningen av statsstöd riktas intresse till statsstödsåtgärder som ger exklusiva och ogrundade förmåner åt enskilda företag vilket i sin tur skapar hinder för eller försinkar marknadsmekanismernas funktioner, vilket åter igen kan hindra de mest effektiva eller de mest innovativa företagen från att bli framgångsrika. Statsstöd som beviljats i strid med statsstödsreglerna leder oundvikligen till att Europeiska unionens konkurrenskraft försämras. Exklusiva och ogrundade statsstöd kan dessutom leda till att marknadskraft hopar sig hos särskilda företag, denna marknadskraft kan ansamlas hos ett företag om företag som inte beviljats stöd måste minska på sin marknadsnärvaro och rentav dra sig tillbaka från marknaden, marknadskraften kan också hopa sig genom att

¹⁷ Se närmare i avsnitt 2.5 om bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur.

¹⁸ Kommissionens samrådsdokument KOM/2005/107 slutlig: Handlingsplan för statligt stöd – Mindre men bättre riktat statligt stöd: en plan för reform av det statliga stödet 2005 - 2009, 7.6.2005, inte publicerat i EUT. (Handlingsplan för statligt stöd).

¹⁹ *Id.*, 5-6 punkten.

²⁰ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 19.

potentiella konkurrenters tillgång till marknaden fullständigt förhindras. De behandlade snedvridningarna i konkurrensen kan leda till betydande olägenheter för konsumenterna om företag med dominerande marknadsställning missbrukar sin ställning genom att orsaka prisstegringar, brister i kvalitet, bristande innovationer eller begränsat utbud.²¹ Gällande det tidigare förfarandet i bedömningen av statliga stödåtgärder som omfattades av förhandsanmälningsförfarandet kan det konstateras att konkurrenssteori inte tidigare tillämpats lika utförligt i avvägningarna om statliga stödåtgärders förenlighet med den inre marknaden, utan de skadliga verkningarna på konkurrensen och den fria handeln har ganska långt presumerats utifrån gemenskapsdomstolarnas fastslagna rättspraxis och kommissionens detaljerade tillämpningsanvisningar. Från och med 2005 har kommissionen strävat till att modernisera tillämpningen av statsstödsbestämmelserna genom att ta fram bedömningsprinciper där ekonomiska faktorer allt mer tas i beaktande.²²

2.3 EU:s statsstödsbestämmelser

Enligt artikel 107.1 FEUF är alla stöd som ges av en medlemsstat eller ur medlemsstatens statliga medel, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, opassande på den inre marknaden i den mån stödet påverkar handeln medlemsstaterna emellan. Utifrån *tillkännagivandet om begreppet statligt stöd C/2016/2946*²³ kan ytterligare vägledning hämtas gällande begreppet statligt stöd. I tillkännagivandet har kommissionen samlat de tolkningslinjer som utarbetats i unionens domstolar.

Begreppet statligt stöd kan åskådliggöras i enlighet med ordalydelsen i 107 (1) art. FEUF, enligt 1 punkten;

”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 snedvrída konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.”

Detta betyder att vid beviljande av *direkt eller indirekt ekonomisk fördel eller stöd* åt privata aktörer *ur offentliga medel på bevåg av statliga instanser* som beviljas på *selektiva grunder* och förfarandet är ägnat att *inverka på den gemenskapsinterna handeln eller konkurrensen*, kan förfarandet klassificeras som förbjudet statligt stöd som avses i 107(1)

²¹ Handlingsplan för statligt stöd, 7 punkten.

²² De ekonomiska bedömningsprinciperna behandlas närmare i avsnitt 4.3.

²³ Kommissionens tillkännagivande C/2016/2946: om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT 19.7.2016 C 262/01. (Tillkännagivande om begreppet statligt stöd).

art. FEUF. I huvudregel är dylika stödåtgärder oförenliga med den inre marknaden om beviljandet av stöd ur offentliga medel orsakar eller är ägnat att orsaka snedvridningar i konkurrensen på marknaderna. Det bör dock konstateras att inte enbart strikt statliga instanser kan vidta statliga stödåtgärder, även stöd som kommunala instanser beviljar kan utgöra statligt stöd och kommunerna ska därför även följa EU:s statsstödsregler. FEUF 107 (1) art. utgör inte ett direkt förbud, trots detta har bestämmelsen tolkats som ett förbud eftersom att oförenliga stödåtgärder inte kan verkställas och redan betalda stöd måste återbetalas om kommissionen konstaterar att stöden är oförenliga med den inre marknaden.²⁴ Bestämmelsen i 107(1) art. är med andra ord inte fullständigt huggen i sten och det finns undantag från huvudregeln gällande statsstöd, dessa undantag har definierats i 107 (2-3) art. Om någon av undantagsgrunderna i 2 och 3 punkten uppfylls kan kommissionen godkänna stödåtgärden ifråga som förenlig med den inre marknaden. Stöd som uppfyller följande kriterier i FEUF 107(2) art. kan godkännas som förenliga med den inre marknaden:

- 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.*

I sådana fall där någon av undantagsgrunderna som listas i 107(2) art. uppfylls antar kommissionen i praktiken automatiskt att stödåtgärderna kan anses vara förenliga med den inre marknaden. I FEUF 107(3) art. anges ytterligare undantagsfall, dvs. kan som förenligt med inre marknaden förklaras:

- 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.*

²⁴ Indén 2009, s. 172.

Med undantag av ett flertal stödåtgärder som omfattas av gruppundantagsförordningen²⁵ och de minimis -förordningen²⁶ måste alla sådana stödåtgärder som uppfyller kriterierna i 107(1) art. anmälas till kommissionen för en förhandsbedömning. Kommissionen undersöker utifrån, av medlemsstaternas myndigheter, inkomna anmälningar om ovan nämnda undantagskriterier kan anses vara för handen. Vid bedömningen av undantagskriteriernas tillämplighet granskar kommissionen alla för den inre marknadens funktion betydelsefulla omständigheterna, kommissionen kan således utöva omfattande bedömningsmakt gällande de ovan nämnda undantagskriterierna.

2.4 De minimis -stöd och kommissionens allmänna gruppundantagsförordning

I samband med statsstödsreformerna eftersträvades en strömlinjeförändring av statsstödsreglerna och statsstödsförfarandet inom EU och att tyngdpunkten i statsstödsövervakningen skulle kunna förskjutas till att åtgärda de statliga stödåtgärder som har störst betydelse för den inre marknaden och konkurrensen. De i handlingsplanen för statligt stöd behandlade förnyelserna innebar en utvidgning av den allmänna gruppundantagsförordningen och att allt fler stödåtgärder numera omfattas av undantagen, Kommissionen har öppet förklarat att största delen av stödåtgärderna ska kunna genomföras utan förhandsanmälningsförfaranden.²⁷ En genomgående behandling som skulle göra rättvisa för de minimis -förordningen och gruppundantagsförordningen kan skäligen inte göras inom avhandlingens avgränsningar men förordningarnas inverkan på statsstödsförfaranden kan inte förbises.²⁸

De minimis -stöd utgör, sedan år 2007, offentliga samfunds stödåtgärder av mindre betydelse till privata företag där stödet till ett enskilt företag uppgår till ett belopp på högst 200 000 euro under pågående och två föregående beskattningsår. Kommissionen har med stöd av rådets bemyndigandeförordning²⁹ möjlighet att förklara att vissa statliga

²⁵Kommissionens förordning 651/2014/EU: av den 17 juni 2014, genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget, EUT 26.6.2014 L 187/1. (allmänna gruppundantagsförordningen).

²⁶Kommissionens förordning 1407/2013/EU: av den 18 december 2013, om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse, EUT 24.12.2013 L 352/1. (De minimis -förordningen).

²⁷ Handlingsplan för statligt stöd 2005, 35-38 punkten.

²⁸ Det bör i detta sammanhang klargöras att det finns skilda de minimis -bestämmelser för statliga stödåtgärder och skilda de minimis -bestämmelser för sådana konkurrensbegränsningar som avses i 101(1) art. FEUF. I kommissionens tillkännagivande 2001/C 368/07 om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget finns närmare bestämmelser om avtal mellan företag som ska anses vara av ringa betydelse för konkurrens och därför inte utgör sådana konkurrensbegränsningar som avses i 101(1) art. FEUF. Med andra ord riktas i denna avhandling intresse till de minimis -bestämmelserna för statliga stödåtgärder. Se närmare om De minimis -tillkännagivandet i t.ex. Alkio – Wik 2009, s. 123-124 samt Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 143-149.

²⁹ Rådets förordning 2015/1588: om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på vissa slag av övergripande statligt stöd, (2015) EUT L 248/1. (Bemyndigandeförordningen).

stödåtgärder är förenliga med den inre marknaden och har följaktligen i de minimis -förordningen förklarat att stöd som understiger tröskelvärdet på 200 000 euro är relativt obetydliga och att dessa inte inverkar på konkurrensen eller på handeln medlemsstaterna emellan.³⁰ Stöd som faller under de minimis -kriterierna utgör egentligen inte sådana statliga stödåtgärder som avses i 107(1) art. FEUF, och i sådana fall är således inga förhandsanmälningar till kommissionen nödvändiga. I allmänhet utövar kommissionen ingen aktiv övervakning av stöd som understiger gränsvärdet för de minimis -stöd, men i situationer där det inkommit klagomål kan kommissionen behöva undersöka om de aktuella åtgärderna uppfyller uppställda kriterier. De minimis -reglerna upptogs i unionsrätten för att minska på arbetsbördan så att kommissionen i sin övervakning skulle kunna ägna sig åt de stödåtgärder som utgör de största hoten för konkurrensen på den inre marknaden. Ursprungligen var gränsvärdet för stödåtgärderna 50 000 euro för pågående och två föregående beskattningsår, gränsvärdet för samma bedömningsperiod har därefter höjts från 50 000 euro till 100 000 euro för tiden 2001–2006 och sedan till 200 000 euro från och med 2007.³¹

De minimis -gränsvärdet gav upphov till en omfattande diskussion under arbetet med reformerna i statsstödsreglerna, på ena sidan stod argument om förvaltningsekonomiska fördelar med rättsliga, politiska och ekonomiska hänsyn som talade både för och emot en möjlig ytterligare höjning av gränsvärdet för de minimis -stöd. Fastän det kan konstateras att kommissionen inte har befogenhet att göra omtolkningar av EU-domstolens fastställda praxis om handels- och konkurrensverkningar, har EU-domstolen inte ifrågasatt kommissionens förordning om de minimis -stöd. Kommissionen har således inom sitt mandat koncentrerat sin övervakning till enbart sådana statliga stödåtgärder som överstiger de minimis -tröskelvärdena, fastän EU-domstolen konstaterat att även små stödåtgärder kan ha snedvridande verkningar i konkurrens. En betydlig höjning av de minimis -gränsvärdet har ytterligare ansetts stå i strid med unionens målsättningar för konkurrensen, inom branscher där största delen av marknadsaktörerna utgör små- och medelstora företag kan redan till synes små åtgärder innebära omfattande störningar i konkurrens på det lokala planet.

En höjning av de minimis -gränsvärdet kan förutom att orsaka störningar på det lokala planet även orsaka mer omfattande störningar i konkurrensen på den inre marknaden, vilket är möjligt på grund av att stödåtgärderna inte nödvändigtvis går till sådana ändamål som gynnar gemenskapsinterna intressen. Slutligen höjdes inte de minimis -gränsvärdet

³⁰ De minimis -förordningen, 3 art. 2 punkten.

³¹ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 235-236.

men ett flertal undantag upptogs i gruppundantagsförordningen.³² Följaktligen har kommissionen avgett särskilda de minimis -kriterier för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, fiskeriverksamhet och fiskodling. Av dessa är de förstnämnda kriterierna av visst intresse i denna avhandling, SGEI de minimis -kriterierna behandlas skilt för sig i avsnitt 2.6 om särskilda bestämmelser gällande stöd till producenter av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och i avsnitt 5.6 om åläggande av offentliga förpliktelser att tillhandahålla SGEI-tjänster.

Genom den *allmänna gruppundantagsförordningen* har kommissionen förklarat att de stödåtgärder som uppfyller kriterierna i förordningen är undantagna från det förhandsanmälningsförfarande, som upptagits i 108(3) art. FEUF. Dessa stödåtgärder kan således verkställas omedelbart efter myndighetsbeslut om beviljande av stöd. Med tanke på att stödåtgärder som beviljas av kommunala myndigheter oftast kan anses utgöra relativt obetydliga stödåtgärder på EU-nivå kan det konstateras att åtgärder på kommunal nivå i vanliga fall omfattas av de minimis -förordningen samt gruppundantagsförordningen. Det är däremot inte helt omöjligt att statliga stöd som understiger de minimis -gränsvärdet eller omfattas av gruppundantagsförordningen ändå skapar störningar i konkurrens på det lokala planet. Dessa lokala störningar i konkurrensen kan kritiserars utifrån de allmänna principerna i bestämmelserna om kommunernas uppgifter och behörighet, som behandlas i avhandlingens 5 avsnitt.

2.5 Bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur

Gällande statliga stödåtgärder avgörs gränsdragningen om vad som utgör ekonomisk verksamhet på samma grunder som när det gäller bedömningar av sådana konkurrensbegränsningar som avses i 101 art. FEUF, och sådana missbruk av dominerande marknadsställning som avses i 102 art. Det är värt att notera att ekonomisk verksamhet i EU:s konkurrensrätt jämföras med företagsverksamhet. Reglerna om statligt stöd gäller således i förhållandet mellan medlemsstaternas olika myndigheter och de företag som tar emot stöd, eller andra aktörer som utövar ekonomisk verksamhet. För att utreda om EU:s statsstödsregler kan tillämpas på en stödåtgärd är det därför nödvändigt att bedöma om en stödåtgärd riktas till verksamhet som ska anses vara av ekonomisk natur.³³ Den EU-rättsliga grunden för bedömningen av en verksamhets ekonomiska natur bygger på EU-domstolens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis.³⁴ Kommissionen har ytterligare avgivit särskilda anvisningar om bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur då

³² Alkio – Hyvärinen, s. 236-237.

³³ Sauter 2016, s. 74.

³⁴ *Ibid.*

det är frågan om utövande av offentlig makt, socialskydd, hälsovård, utbildning eller uppehåll av infrastruktur. Enligt den fastslagna definitionen är det frågan om ekonomisk verksamhet då varor och tjänster erbjuds på marknaden, definitionen stöder sig långt på *mål C-41/90*: Klaus Höfner och Fritz Elser v. Macrotron GmbH.³⁵ och *de förenade målen C-180/98 och C-184/98*: Pavel Pavlov m.fl. v. Stichting Pensioensfonds Medische Specialist.³⁶

Höfnerfallet utgör den så kallade grundstenen för EU-domstolens rättspraxis om bedömningsgrunderna för verksamhetens ekonomiska natur. I det kontroversiella fallet var det frågan om arbetsförmedlingstjänster som kunde anses utgöra företagsverksamhet enligt konkurrensbestämmelserna. EU-domstolen konstaterade i 21-22 punkten att företagsbegreppet (undertaking) innefattar alla enheter som utövar ekonomisk verksamhet oberoende av enhetens rättsliga form eller finansieringssätt samt att arbetsförmedling ska anses utgöra ekonomisk verksamhet och slutligen att det faktum att offentliga institutioner i allmänhet har omhändertagit skötseln av arbetsförmedlingstjänster inte inverkar på verksamhetens ekonomiska natur. EU-domstolen konstaterade vidare att arbetsförmedlingstjänster inte nödvändigtvis behöver omhändertas av offentliga instanser. Eftersom olikheter mellan medlemsstaternas tolkningar av företagsbegreppet kan orsaka skadliga verkningar för gemenskapen och därmed för unionsrättens effektivitet förefaller det naturligt att enheternas nationella rättsliga status förbises.

Angående *Höfnerfallet* kommenterar t.ex. Kloosterhuis att fallet innebar en betydlig linjedragning trots att den byggde på tidigare EU-rättslig praxis och att dess kontroversiella natur följer av den mycket omfattande tolkningen av företagsbegreppet. Kloosterhuis påpekar vidare att tolkningslinjen kan anses tvetydig i och med att EU-domstolen dels närmade sig företagsbegreppet utifrån ett någorlunda abstrakt men samtidigt relativt funktionellt förhållningssätt, detta eftersom uppmärksamhet också ägnades till de särskilda omständigheterna i fallet, omständigheter såsom förekomsten av en marknad. Således kan det konstateras att EU-domstolen riktar intresse till om enheten uppfyller motsvarande funktioner som ett privat företag skulle uppfylla, vilket skulle innebära tillhandahållande av varor och tjänster på en marknad. Det går att rikta kritik mot att bedömningsprinciperna som fastslogs i *Höfner* eventuellt är för omfattande och att de i värsta fall kunde leda till att samtliga tjänster som offentliga instanser tillhandahåller för medborgarna skulle kunna klassificeras såsom ekonomisk verksamhet, tolkningslinjen har följaktligen visat sig särskilt problematisk. Det går i EU-domstolens

³⁵ *C-41/90*: Klaus Höfner och Fritz Elser v. Macrotron GmbH. (1991) ECR I-01979.

³⁶ *De kombinerade målen C-180/98 – C-184/98*: Pavel Pavlov m.fl. v. Stichting Pensioensfonds Medische Specialist, (2000) ECR I-06451.

senare praxis att lägga märke till att EU-domstolen strävat till att tillämpa mer konkret bedömning än de abstrakta kriterier som uppställdes i *Höfner*.³⁷ EU-domstolen har föredragit att ägna uppmärksamhet till de faktiska förhållanden i de aktuella målen, i synnerhet till omständigheter såsom om aktiviteten egentligen idkas av privata företag³⁸, om sammanslutningen i fråga genomför aktiviteten i fråga mot betalning av köpare³⁹ eller om sammanslutningen deltar i konkurrens med privata företag.⁴⁰

I *Pavlov-målen* preciserade EU-domstolen ytterligare bedömningskriterierna för ekonomisk verksamhet, i fallet var den omtvistade frågan om en tjänstepensionsfond ska anses utgöra ett företag i konkurrensrättslig bemärkelse samt om en obligatorisk anslutning till en tjänstepensionsfond för läkare kunde anses vara förenlig med EU:s konkurrensregler. EU-domstolen fastställde i 75 punkten att all marknadsverksamhet som innebär tillhandahållande av varor och tjänster enligt fastslagen praxis tolkas som ekonomisk verksamhet.⁴¹ EU-domstolen konstaterade vidare i 76 punkten att läkarna som var medlemmar i tjänstepensionsfonden utövar riskbelastad verksamhet när de i egenskap av oberoende näringsidkare tillhandahåller tjänster mot ersättning på en marknad, resonemanget antyder även att enskilda läkare kan anses utöva ekonomisk verksamhet.⁴²

Wehlander har granskat kopplingen mellan bedömningskriterierna som fastslagits i *Höfner-målet* och senare i *Pavlov-målen*, och konstaterar sammanfattande att EU-domstolen inom områdena för fri rörlighet, konkurrens och offentlig upphandling skiljer mellan ekonomisk aktivitet och aktiviteter som eventuellt kan tolkas som ekonomisk verksamhet. Utifrån reglerna för fri rörlighet för varor och tjänster kan en aktivitet utgöra ekonomisk verksamhet om den utgör tillhandahållande av varor och tjänster som *i allmänhet* sker mot ersättning, medan en verksamhet utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv utgör ekonomisk aktivitet om den består av tillhandahållande av varor eller tjänster som *kan* erbjudas på marknaden och därmed uppfyller jämförelsetestet som fastslogs i *Höfner*. I enlighet med den i *Pavlov-målen* utvecklade definitionen av ekonomisk verksamhet kan aktiviteter, som i det enskilda fallet *faktiskt* innebär tillhandahållande av varor och tjänster på marknaden, utgöra ekonomisk verksamhet. Wehlander påpekar att bedömningskriterierna som fastslagits i *Höfner* och *Pavlov* hänger samman på så vis att jämförelsetestet i *Höfner* avgör om verksamheten på allmänt plan

³⁷ Kloosterhuis 2017, s. 120-125 och s. 132.

³⁸ Se närmare om t.ex. *Glöckner-målet* som behandlas närmare i avsnitt 3.1.

³⁹ Se närmare i t.ex. *Pavlov-målen*, 76 punkten.

⁴⁰ Se närmare i t.ex. *Mål C-67/96: Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (1999) ECR I-05751, 84 punkten.

⁴¹ Se även *Mål C-118/85: Kommissionen v. Italien* (1987) ECR I-02599, 7 punkten och *Mål C-35/96: Kommissionen mot Italien*, (1998) ECR I-03851, 36 punkten.

⁴² Se även Sauter 2016, s. 75.

kan klassificeras såsom ekonomisk verksamhet och kan innebära det finns en potentiell marknad, medan en närmare granskning av de särskilda omständigheterna i specifika fall utifrån definitionen i *Pavlov* kan avslöja om nationella bestämmelser är orsaken till frånvaron av konkurrens. Ytterligare kan två kriterier härledas ur *Höfner* och *Pavlov*, dels ska verksamheten ske mot ersättning och dels behöver verksamheten basera sig på ett avtal som ingåtts före verksamheten inleds. Wehlander påpekar ytterligare att en förenhetligad tolkning av vad som utgör ekonomisk aktivitet utvecklats ur EU-domstolens rättspraxis, samma tolkning gäller både för fri rörlighet för varor och tjänster och för konkurrensens funktion på den inre marknaden.⁴³

EU-domstolens rättspraxis kan således anses vara funktionell på så sätt att nationella klassifikationer eller definitioner inte tillskrivs någon betydelse i EU-domstolens övervägningar. EU-domstolen ägnar inte heller uppmärksamhet till om verksamheten drivs i privat eller offentlig regi utan det avgörande kriteriet är alltid om verksamheten ska anses vara av ekonomisk natur. Att verksamheten är vinstorienterad ses inte som ett nödvändigt kriterium i bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur, i EU:s rättspraxis är således det enda betydelsefulla kriteriet att samfundet erbjuder varor och tjänster på marknaden och att en privat vinstdrivande aktör driver eller kunde driva motsvarande verksamhet på marknaden. Företagens eller enheternas finansiella lösningar eller rättsliga former har inte heller ägnats uppmärksamhet.⁴⁴ EU-domstolen har dock i bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur också ägnat uppmärksamhet till om samfundets verksamhet sker under konkurrensförhållanden bland privata företag, om så är fallet talar detta för att verksamheten ska anses vara av ekonomisk natur. Kommissionen kan sägas ha styrt in bedömningen i en ny riktning då verksamheter som enbart ytligt kan förknippas med myndighetsverksamhet numera kan anses falla innanför tillämpningsområdet för EU:s regler om statligt stöd.

I kommissionens meddelande om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har kommissionen ställt upp närmare riktlinjer och bedömningsgrunder för verksamhetens ekonomiska natur på följande särskilda sektorer: utövning av offentliga befogenheter, social trygghet, hälso- och sjukvård, utbildning och uppehåll av infrastruktur.⁴⁵ I den första kategorin, d.v.s. utövning av offentliga befogenheter, har kommissionen fastställt varför ekonomisk aktivitet bedöms skilt från offentlig

⁴³ Wehlander 2016, s.47-53 samt s. 59-60.

⁴⁴ Sauter 2016, s. 74.

⁴⁵ Kommissionens meddelande 2012/C 8/02: om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, EUT 11.1.2012 C8/4. (SGEI-meddelandet).

myndighetsverksamhet. I kommissionens meddelande konstateras att ingripande i form av utövning av maktbefogenheter enligt EU-domstolens rättspraxis inte faller under 107 art. FEUF, vilket även gäller om myndigheter eller jämförbara instanser underkastade staten agerar som myndigheter. Även ett företag kan utöva offentliga befogenheter om verksamheten väsentligen hör till statens verksamhet eller annars kan förknippas med statliga funktioner, det nämnda baserar sig långt på EU-domstolens beslut i *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol (SAT)*.⁴⁶ Kommissionen har nämnt Armé- och polisverksamhet, flygnavigationssäkerhet och kontroll av flygtrafik, sjötrafik, säkerhet och kontroller, föroreningsbegränsande bevakning, samt organisation, finansiering och verkställande av fängelsedomar som exempel på utövning av offentliga befogenheter. Således utgör verksamhet som innebär utövning av offentlig makt i allmänhet inte ekonomisk verksamhet, men om staten beslutit om att utsätta den ifrågavarande offentliga verksamheten för marknadsmekanismerna kan den marknadsmässiga verksamheten däremot anses utgöra ekonomisk verksamhet. I enlighet med ovan drog EU-domstolen i *SAT* 30 punkten slutsatsen att konkurrensbestämmelserna inte var tillämpliga på Eurocontrols verksamhet eftersom verksamheten inte var av ekonomisk natur då den utifrån en helhetsbedömning till sin art, sitt syfte och genom de regler som gällde för verksamheten anknöt till kontroll och övervakning av luftrummet som utgör typiska offentlighetsrättsliga maktbefogenheter. I *Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich*⁴⁷ ansåg EU-domstolen att sådan ekonomisk verksamhet som kan särskiljas från utövning av offentliga myndighetsuppgifter i enlighet med statsstödsreglerna ska klassificeras som ekonomisk verksamhet. Kan den ekonomiska verksamheten däremot inte särskiljas från skötseln av offentliga myndighetsuppgifter, kategoriseras verksamheten i sin helhet såsom utövande av offentliga uppgifter. Kommissionen upptog senare linjedragningen i tillkännagivandet om begreppet statligt stöd.⁴⁸

Den andra kategorin av verksamhet kommissionen utfärdat särskilda bedömningskriterier är sådan verksamhet som ämnar tillgodose sociala trygghetssystem. Den avgörande faktorn vid bedömningen av om sociala trygghetssystem ska klassificeras som ekonomisk verksamhet är hur de är organiserade och inrättade. EU-domstolen har gjort en gränsdragning mellan ekonomiska sociala trygghetssystem och system som i sin organisation genomgående är baserade på solidaritetsprincipen. Europeiska unionens domstolar tillämpar ett flertal kriterier vid bedömningen av om sociala trygghetssystem i sin organisation följer solidaritetsprincipen, eller om de är uppbyggda som ekonomiska

⁴⁶ *Mål C-364/92*: *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol* (1994) ECR I-00043, 30 punkten.

⁴⁷ *Mål C-138/11*: *Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich*, (2012) ej pub. EU:C:2012:449, 51 punkten.

⁴⁸ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd, 19 punkten.

system. Faktorer som i allmänhet ägnats uppmärksamhet i denna betydelse är bland annat: om medlemskapet i systemet är frivilligt eller obligatoriskt, om stödåtgärderna har ett rent socialt syfte, om det sociala trygghetssystemet drivs fullständigt utan vinstsyfte, om förmånerna beror på de lämnade bidragens storlek, om de betalda förmånerna nödvändigtvis inte motsvarar de försäkrades inkomster samt om systemet är föremål för statlig övervakning. Ekonomiska trygghetssystem har allt som oftast följande egenskaper: medlemskapet är frivilligt, principen om kapitalisering tillämpas, verksamheten bedrivs i vinstsyfte och att rättigheter som kompletterar nämnda faktorer tillhandahålls i ett grundläggande system. Att den nämnda principen om kapitalisering tillämpas innebär att de utbetalda förmånerna beror på medlemmarnas inbetalda bidrag och verksamhetens ekonomiska resultat.⁴⁹ Vid bedömningen av hur sociala trygghetssystem ska klassificeras kan ett flertal av de listade faktorerna tala både för att systemet ska anses fungera på ekonomiska grunder och för att systemet samtidigt följer solidaritetsprincipen, och därför måste klassificeringarna göras på grundval av en helhetsbedömning där systemets olika delar analyseras och de olika faktorernas kombinerade tyngdpunkt avgörs.⁵⁰

I den tredje kategorin av verksamhet som kommissionen avgett särskilda bedömningskriterier för behandlas bedömningskriterierna för ekonomisk verksamhet inom hälso- och sjukvårdssektorn. Gällande hälso- och sjukvård förekommer det mycket variation bland medlemsländernas lösningar, en del medlemsländer har nationella hälsovårds- och sjukvårdssystem där verksamheten, antingen i offentlig eller privat regi, baserar sig på solidaritetsprincipen och finansieras med hjälp av skatter, sociala avgifter eller andra statliga medel. Inom sådana s.k. Beveridgemodeller,⁵¹ d.v.s. nationella hälso- och sjukvårdssystem, behöver inga betydliga avgifter därför täckas av hälso- och sjukvårdens kunder. Andra länder kan ha strukturerat hälso- och sjukvården i enlighet med den s.k. Bismarckmodellen⁵² där hälso- och sjukvården antingen ordnas av privata eller offentliga samfund, men finansieras i båda fallen med hjälp av försäkringsmedel. Båda hälso- och sjukvårdsmodellerna innebär ett heltäckande system där hela befolkningens behov av grundläggande vård kan tillfredsställas. Enligt huvudregeln är privata tjänsteproducenter normen i Bismarckmodeller, men privata tjänsteproducenter verkar ofta parallellt med offentliga tjänsteproducenter också i nationella hälso- och sjukvårdssystem av Beveridgetyp. Dessa privata aktörer som verkar parallellt med offentliga tjänsteproducenter kan beroende på sammanhanget komplettera de offentligt arrangerade

⁴⁹Jämför med. *mål C-244/94* : Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie m.fl. v Ministère de l'Agriculture et de la Pêche, (1995) ECR I-4013, 17 punkten.

⁵⁰ Sauter 2016, s. 77-79.

⁵¹ Världshälsoorganisationens bulletin, 2000, 78 (6), s. 845-846.

⁵² *Ibid.*

tjänsterna genom att erbjuda specialiserade tjänster eller tjänster som går utöver det grundläggande behovet av hälso- och sjukvård.⁵³

Som tidigare har konstaterats i avsnittet om *Pavlofallen* kan till och med enskilda praktiserande läkare anses utöva verksamhet av ekonomisk natur. Kommissionen har i tillkännagivandet om begreppet om statligt stöd låtit förstå att samma tolkning även skulle gälla för apotek, men EU-domstolen har, liksom i *mål C-205/03: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria v. Europeiska kommissionen (FENIN)*⁵⁴ varit motvillig till att tillämpa denna tolkning på aktörer som huvudsakligen inte betjänar patienter utan enbart agerar i egenskap av leverantörer av medicinska förnödenheter till de nationella sjukvårdsenheterna. EU-domstolen har i *FENIN* konstaterat att det inte finns någon anledning att behandla inköpsverksamheten särskilt från den senare användningen eller försäljningsverksamheten eftersom det slutliga användningsändamålet för en nyttinghet är den avgörande faktorn för om inköpsverksamheten och verksamheten i helhet ska tolkas som ekonomisk verksamhet. Resonemanget i *FENIN* har ändå väckt en del diskussion och det förekommer synpunkter om att resonemanget inte är fullständigt tillfredsställande, och att den ekonomiska verksamheten istället kunde ha bedömts separat för den del av verksamheten som baserade sig på solidaritetsprincipen. Om avsikten var att avgränsa stöd till förnödenheter åt de nationella vårdinstanserna från tillämpningsområdet av statsstödsreglerna kunde den delen av verksamheten som inte grundade sig på solidaritet bedömas separat istället för att undanta verksamheten i sin helhet från statsstödsreglerna, således kunde den andel av verksamheten som fungerade enligt marknadsekonomiska villkor separat ha klassificerats som företagsverksamhet.⁵⁵

Kommissionen har i tillkännagivandet om begreppet statligt stöd vidare gjort en linjedragning om att producenter av hälso- och sjukvårdstjänster, som verkar under konkurrensförhållanden i länder där dessa tjänster huvudsakligen produceras av privata aktörer genom försäkringsfinansiering enligt Bismarckmodellen, inte bedöms som icke-ekonomiska enbart på grund av deras status som offentliga aktörer. Det kan med andra ord uppfattas en tudelning i hur klassifikationerna av tjänsteproducenter förverkligas i medlemsstater med försäkringsfinansierad hälso- och sjukvård och bland länder med nationella hälso- och sjukvårdssystem.⁵⁶

⁵³ Sauter 2016, s. 79-80.

⁵⁴ *Mål C-205/03: Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, (2006) ECR I-06295, 26 punkten.

⁵⁵ Sauter 2016, s. 79.

⁵⁶ *Id.*, s. 80.

Utbildningstjänster och forskningsverksamhet är den fjärde kategorin av tjänster som kommissionen avgivit särskilda bedömningsgrunder för. Båda tjänstetyperna i denna sektor kan utgöra antingen icke-ekonomisk verksamhet eller ekonomisk verksamhet, verksamheterna kan finansieras antingen med offentliga eller privata medel. Den avgörande faktorn för om utbildnings- eller forskningstjänster ska klassificeras som verksamheter av ekonomisk natur är således hur de finansieras, instansernas formella status som offentliga eller privata samfund ägnas inte i detta sammanhang någon betydelse i bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur. Offentliga instanser som utövar utbildnings- och forskningsverksamhet i konkurrens med privata aktörer kan anses utöva verksamhet av ekonomisk natur och kan därför beroende på sammanhang klassificeras som företag. För att åskådliggöra detta kan fallet *Belgien v. Humbel* (1988)⁵⁷ nämnas, i fallet har EU-domstolen ägnat betydelse åt att staten i organiseringen av utbildningstjänsterna strävat till att uppfylla sociala, kulturella och utbildningsmässiga förpliktelser gentemot medborgarna och att verksamheten finansierats med offentliga medel. I ljuset av EU-domstolens avgörande kan det ytterligare konstateras att ifall staten grundar och uppehåller ett sådant system i huvudsak strävar till att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningsmässiga förpliktelser gentemot medborgarna och om systemet huvudsakligen finansieras ur offentliga medel och inte av slutanvändarna, anses verksamheten inte vara av ekonomisk natur.

Kommissionen har dock i tillkännagivandet om begreppet statligt stöd understrukit att finansiella bidrag av elever eller deras föräldrar i form av undervisnings- eller inskrivningsavgifter, som enbart täcker en liten andel av kostnaderna för att driva systemet som huvudsakligen är offentligt finansierat, inte inverkar på bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur. Dessa principers tillämpningsområde sträcker sig ända från förskoleundervisning till universitetsutbildning.⁵⁸ Kommissionen understryker vidare i tillkännagivandet om begreppet statligt stöd att en del verksamheter som bedrivs av universitets- och forskningsorganisationer faller utanför tillämpningsområdet för statliga stöd: så är fallet om de nämnda organisationernas huvudsakliga verksamhet utgör utbildning för ökad och högre kvalificerad arbetskraft, oberoende forskning och utveckling för ökad kunskap och förståelse, forsknings- och utvecklingssamarbete eller spridning av forskningsresultat.⁵⁹ I kommissionens meddelande av år 2014 om rambestämmelserna för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation⁶⁰ ges en

⁵⁷ Mål C-263/86: *Belgian State v René Humbel and Marie-Thérèse Edel* (1988) ECR -05365, 19 punkten.

⁵⁸ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd, 29 punkten.

⁵⁹ *Id.*, 31 punkten.

⁶⁰ Kommissionens meddelande 2014/C 198/01: Rambestämmelser för statligt stöd till forskning, utveckling och innovation. EUT 27.6.2014 C 198/1. (Rambestämmelser för R & D statsstöd).

fingerisning om att verksamheter i form av kunskapsöverföring som utförs av en forskningsorganisation eller forskningsinfrastruktur eller tillsammans med eller för andra sådana enheter, samt om alla inkomster från dessa verksamheter återinvesteras i forskningsorganisationens huvudsakliga verksamhet eller forskningsinfrastruktur.⁶¹

I den femte kategorin av verksamheter kommissionen avgett särskilda bedömningskriterier för återfinns stöd till uppehälle av infrastruktur. Stöd till konstruktion och uppehälle av infrastruktur har fått allt större betydelse på sistone och upptogs år 2016 i kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd.⁶² Tidigare har stödåtgärder riktade till konstruktion och uppehälle av infrastruktur ansetts tillhöra utövning av offentliga befogenheter och ansågs därför falla utanför statsstödsreglernas tillämpningsområde, men det finns en märkbar förändringstrend. I fallet *Aéroports de Paris* tog Europeiska unionens allmänna domstol ställning till hur flygplatsverksamhet ska klassificeras och konstaterade att underhåll av en flygplats utgör ekonomisk verksamhet som kan särskiljas från utövning av offentliga befogenheter.⁶³ I de kombinerade målen *Flughafen Leipzig-Halle* utvidgade Europeiska unionens allmänna domstol samma princip till att gälla konstruktion av infrastruktur, om byggverksamheten inte kan särskiljas från sådan drift av infrastruktur som ska anses utgöra verksamhet av ekonomisk art, ingår byggverksamheten i den helhet som anses utöva ekonomisk verksamhet och faller således inom statsstödsreglernas tillämpningsområde.⁶⁴ Europeiska unionens domstol konstaterade vidare att bedömningen av verksamhetens ekonomiska natur måste göras separat för varje enskild aktivitet inom organisationen. Ovan behandlade tolkning fastställdes senare även av EU-domstolen.⁶⁵ Gällande organisationer som utövar en blandning av både ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet är det nämnvärt att reglerna om statligt stöd enbart tillämpas på den andel av verksamheten som är av ekonomisk natur och således tas enbart de kostnader som förknippas med den ekonomiska verksamheten upp till vidare granskning.

Reglerna om statligt stöd tillämpas däremot inte om den andel av verksamheten som utgör ekonomisk verksamhet i sin helhet består av verksamhet som stöder den övriga verksamheten och utgör mindre än 15 procent av hela verksamheten.⁶⁶ EU-domstolen fastställde även i *Compass- Datenbankfallet* huvudregeln om att den del av verksamheten

⁶¹ Rambestämmelser för R & D statsstöd, 19b punkten.

⁶² Sauter 2016, s. 81.

⁶³ T-128/98: *Aéroports de Paris v. Europeiska kommissionen*, (2000) ECR II-03929. 108 och 125 punkten.

⁶⁴ *De kombinerade målen T-443/08 och T-455/08*: *Freistaat Sachsen och Land Sachsen-Anhalt och Mitteldeutsche Flughafen AG och Flughafen Leipzig-Halle GmbH v. Europeiska kommissionen* (2011) ECR II-01311.

⁶⁵ *Id.*, 99-100 punkten.

⁶⁶ Tillkännagivandet om begreppet statligt stöd, 32 punkten.

som utgör ekonomisk verksamhet ska bedömas särskilt från den övriga icke-ekonomiska delen av verksamheten.⁶⁷ Gällande ekonomisk verksamhet har utvecklingen i synnerhet varit märkbar vid bedömningen av flygplatsverksamhet, när det gällde *Gdynia-Kosakowo -flygplatsen* hänvisade kommissionen till den marknadsekonomiska investeringsprincipen och konstaterade att en motsvarande privat aktör inte skulle ha investerat i verksamheten då det redan fanns en flygplats i närheten och att verksamheten skulle varit överlappande med den andra flygplatsen.⁶⁸

Utöver de tidigare behandlade sektorerna har även forskningsinfrastruktur fått stor betydelse för den ekonomiska utvecklingen inom Europeiska unionen, i rambestämmelserna för statligt stöd till forskning utveckling och innovation har kommissionen definierat forskningsinfrastruktur som anläggningar, resurser och till dessa anknutna tjänster som forskare använder för genomförande av forskning inom sina forskningsområden. Definitionen täcker vetenskaplig utrustning, forskningsinstrument, kunskapsbaserade resurser, ICT-infrastruktur och andra särskilda enheter som är nödvändiga för att bedriva forskning. Ytterligare kan forskningsinfrastrukturerna vara lokaliserade på ett och samma ställe eller vara utspridda bland ett flertal enheter, infrastrukturerna i fråga ska ändå bilda ett organiserat resursnätverk.⁶⁹

2.6 Specialbestämmelser för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Producenter av allmännyttiga ekonomiska tjänster kan med förutsättningen att kriterierna för tjänster av allmänt ekonomiskt intresse uppfylls utan hinder av statsstödsbestämmelserna och konkurrensneutralitetshänsyn erhålla ekonomisk ersättning eller skydd från konkurrenter gentemot tillhandahållandet av dessa tjänster. Med tjänster av allmänt intresse avses uppgifter som gagnar hela samhället och dess medborgare. Till allmännyttiga tjänster hör i allmänhet tjänster såsom hälsovårdstjänster, utbildning, eldistribution, värmedistribution, vattendistribution samt post- och kommunikationstjänster. Med tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (*Services of General Economic Interest*) dvs. SGEI-tjänster avses erbjudande av allmännyttiga tjänster som kan klassificeras som ekonomisk verksamhet.⁷⁰ Gemensamt för alla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är att myndigheterna ansett att tillgängligheten av tjänsterna är ytterst nödvändigt för samtliga medborgare, trots att tjänsterna inte nödvändigtvis skulle

⁶⁷ Mål C-138/11: *Compass-Datenbank GmbH v. Republik Österreich*, (2012) ej ännu publicerat i rättsfallssamlingarna, ECLI:EU:C:2012:449.

⁶⁸ Kommissionens beslut C(2014) 759 slutlig: av den 11 februari 2014 om åtgärden SA.35388 (2013/C)(f.d. 2013/NN och 2012/N) för uppställandet av *Gdynia-Kosakowo -flygplatsen*.

⁶⁹ Rambestämmelser för R&D statsstöd, *passim*.

⁷⁰ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 932 – 934.

tillhandahållas i samma utsträckning under fria konkurrensförhållanden.⁷¹ Kommissionens huvudavdelning för konkurrens har konstaterat att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse närmast kan beskrivas som marknadstjänster som anknyter till allmänna ekonomiska ändamål och vars skötsel medlemsstaterna genom myndighetsbeslut kan ålägga marknadsaktörer att omhänderta mot ersättning.⁷² Så kallade offentliga tjänsteförpliktelser kan definieras såsom skyldigheter att tillhandahålla sådana allmännyttiga ekonomiska tjänster som marknadsaktörerna inte annars skulle omhänderta. Ett villkor för att ålägga ett företag förpliktelser att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är att det inte finns någon privat marknadsaktör som annars skulle kunna bedriva verksamheten på ett ekonomiskt hållbart sätt under rådande marknadsförhållanden, samtidigt som tjänstenivån hålls på en tillfredsställande och tillräcklig nivå.⁷³ Då undantaget tolkas teleologiskt, dvs. i enlighet med dess ändamål, kan slutsatsen dras att tillämpningen av konkurrensreglerna inte får äventyra förverkligandet av de allmännyttiga ekonomiska tjänsterna. Under dessa förutsättningar begränsar 106(2) art. FEUF hur och i vilken utsträckning medlemsstaterna kan understöda SGEI-företag utan att snedvrیدا marknadsförhållandena och därigenom den EU-rättsliga konkurrensneutraliteten. Varken 106(2) art. FEUF eller de andra konkurrensreglerna är tillämpliga om det inte är frågan om verksamhet som ska eller kan klassificeras som ekonomisk verksamhet.⁷⁴ Kommissionen har avgett skilda bestämmelser för stöd till SGEI-tjänster och de centrala SGEI -bestämmelserna som berör frågeställningen behandlas i samband med avsnitt 5.5 om tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse på kommunalt initiativ.

Någon allmängiltig definition av vad som kan klassificeras som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse har inte kunnat utarbetas, utan bedömningen görs alltid från fall till fall, och medlemsstaterna har omfattande handlingsfriheter när det kommer till bedömningen av om en tjänst kan klassificeras som SGEI- tjänsteverksamhet. EU-domstolen har dock klargjort att det inte går att klassificera vilka tjänster som helst som sådana i 106(2) avsedda SGEI-tjänster som är förenliga med den inre marknaden, till exempel har EU-domstolen i fallet *Porto di Genova*,⁷⁵ liksom i ett flertal andra fall, fastställt att om det inte framgår ur de dokument som de nationella domstolarna tillställer

⁷¹ Kommissionens meddelande: Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, EUT 19.1.2001.C 017/04, 14 punkten.

⁷² Diskussionsdokument av Generaldirektoratet för konkurrens vid Europeiska kommissionen: av den 12 november 2002, Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och statligt stöd. 13 punkten.

⁷³ Kommissionens meddelande 2012/C 8/03: Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster EUT 11.1.2012 C 8/15, 14 punkten.

⁷⁴ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 933.

⁷⁵ *Mål C-179/90*: *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, (1991) ECR I-05889, 27 punkten.

EU-domstolen och det inte heller framgår av andra yttranden att tjänsterna har ett allmänt ekonomiskt intresse i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet, eller att tillhandahållandet av tjänsterna skulle hindras av tillämpning av fördragets regler om konkurrens och fri rörlighet, kan tjänsten inte heller anses uppfylla kriterierna för SGEI-tjänster. EU-domstolen har således vid bedömningen av fallet *Porto di Genova* jämfört hamnverksamhet med annan ekonomisk verksamhet och därför kan det konstateras att det vid bedömningen av huruvida verksamheten i fråga ska kunna anses vara produktion av SGEI-tjänster ska ställning tas till hur verksamheten framstår i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet.

Tillhandahållandet av SGEI-tjänster kan finansieras antingen genom att bevilja ekonomiskt bistånd till tjänsteproducenterna eller genom att skydda dessa från konkurrens. Medlemsstaterna och kommunerna tillhandahåller själva ett flertal tjänster av allmänt intresse såsom hälso- och sjukvård, undervisning samt sociala förmåner. Därtill kan även skötseln av tjänster som tillhandahålls av marknadsaktörer åläggas på offentliga eller privata företag.⁷⁶ De företag som ålagts offentlig tjänsteproduktion erhåller kompensation för de kostnader som orsakas av tillhandahållandet av tjänster de annars inte under rådande marknadsförhållanden skulle tillhandahålla. Kompensationen kan i princip förverkligas antingen genom att bevilja ensamrätter, särskilda rättigheter eller genom att bevilja statligt stöd till SGEI-producenterna. Ensam- och sär rättigheter ger företaget skydd mot konkurrens och möjligheter till högre prissättning, vilket kan säkerställa att företaget kan driva en tillräckligt lönsam verksamhet för att tjänsterna även i längden ska kunna tillhandahållas på ett hållbart sätt.⁷⁷ Ensamrätter kan även ge SGEI-producenter möjlighet till att korssubventionera olönsam verksamhet med mer lönsam verksamhet, vilket i sin tur också möjliggör ett hållbart tillhandahållande av SGEI-tjänsterna. Vid beviljandet av ensam- och sär rättigheter måste ändå riskerna för översubventionering och snedvridningar i konkurrens tas i beaktande, dessa privilegier kan i värsta fall leda till oskäligt höga prisnivåer, diskriminerande prissättning, överdriven korssubventionering mellan olika verksamheter eller expansion till nya verksamhetsområden som i synnerhet kan skada konkurrensen. Fastän beviljande av statliga stöd till SGEI-producenter även innebär omfattande ingripanden i konkurrensförhållanden är de i allmänhet mindre skadliga för konkurrensförhållandena än ensam- och sär rättigheter.

⁷⁶ Kommissionens grönbok KOM/2003/0270 slutlig: av den 21 maj 2003, om tjänster i allmänhetens intresse, EUT 25.3.2004 C 76, 23 punkten.

⁷⁷ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 934-936.

2.7 Statsstödsreglerna och stöd till producenter av SGEI-tjänster

Fram till dess att *Altmarkfallet*⁷⁸ avgjordes i EU-domstolen 2003 var det oklart om reglerna om statligt stöd skulle tillämpas på stöd som beviljas av offentliga myndigheter till producenter av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI). Efter EU-domstolens dom i *Altmarkfallet* har det stått klart att 107(1) art. FEUF även tillämpas på stödåtgärder till SGEI-producenter i den omfattning som verksamheten innebär prestationer som anses utgöra ekonomisk aktivitet av ett företag i konkurrensrättslig mening.⁷⁹ EU-domstolen konstaterade i *Altmarkfallet* att kompensation till producenter av SGEI-tjänster som enbart utjämnar företagets kostnader till följd av tjänsteproduktionen inte utgör sådant statligt stöd som avses 107(1) art. FEUF. EU-domstolen har fastställt fyra strikta kriterier för att begränsa de kompensationer som medlemsstaternas myndigheter kan bevilja för de kostnader en effektiv tjänsteproducent får av att producera SGEI-tjänsten.⁸⁰ Alla fyra kumulativa *Altmark*-kriterier ska uppfyllas för att bevisa att kompensationer till SGEI-tjänsteproducenter inte utgör sådant statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden.⁸¹ Kriterierna lyder enligt följande;

”För det första skall det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter skall vara klart definierade. I målet vid den nationella domstolen måste nämnda domstol således pröva om den allmänna trafikplikt som har ålagts Altmark Trans klart följer av den nationella lagstiftningen och/eller av de tillstånd som är i fråga i nämnda mål.

För det andra skall de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag.

För det tredje får ersättningen inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter. Det är absolut nödvändigt att ett sådant villkor iakttas för att det skall kunna säkerställas att någon fördel som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, genom att det mottagande företaget konkurrensställning förstärks, inte ges till nämnda företag

För det fjärde skall, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, storleken av den nödvändiga ersättningen fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som

⁷⁸ *Mål C-280/00: Altmark Trans GmbH och Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft*, (2003) ECR I-7747.

⁷⁹ Jämför med det engelskspråkiga begreppet *undertaking*.

⁸⁰ Commission Staff Working Paper SEC/2011/397: of 23rd of March 2011, *The Application of EU State Aid rules on Services of General Economic Interest since 2005 and the Outcome of the Public Consultation*, s. 3.

⁸¹ SGEI-meddelandet (2012/C 8/02), 42-43 punkten.

är utrustat med transportmedel som är lämpliga för att fullgöra den allmänna trafikplikten som ålagts det skulle ha åsamkats vid fullgörandet av trafikplikten, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av trafikplikten.”⁸²

EU-domstolen sammanfattade kriterierna genom att konstatera att statligt stöd som beviljas till företag som uttryckligen har ålagts skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster i syfte att ersätta företaget för de kostnader som uppstår vid fullföljandet av dessa skyldigheter inte omfattas av artikel 107(1) art. FEUF om stödet uppfyller *Altmarkkriterierna*. Stödåtgärder som inte uppfyller dessa villkor ska däremot anses utgöra statligt stöd som avses i 107(1) art.⁸³ Om det händer sig att en medlemsstat råkar bevilja stöd för de förluster som uppkommer till följd av produktionen av tjänster utan att kriterierna för ersättningen fastställts på förhand och det visar sig att en del av de producerade tjänsterna utgör SGEI-tjänster vars tillhandahållande inte varit ekonomiskt lönsamma, tillämpas ändå 107(1) art.⁸⁴ EU-domstolen har i senare rättspraxis specificerat att *Altmarkkriterierna* endast avgör om stödåtgärderna ska klassificeras såsom statligt stöd, samt om stödmottagaren har gynnats eller inte, samt ifall reglerna om statligt stöd ska tillämpas på de SGEI-tjänster som åtgärderna berör. I fallet *Télévision française 1 SA v. kommissionen*⁸⁵ konstaterade förstainstansrätten att det s.k. Altmark-testet om tillämpligheten av 107(1) art. inte ska misstas för prövningen av om en offentlig åtgärd för finansiering av SGEI-tjänster som inte uppfyller *Altmarkkriterierna*, i enlighet med 106(2) art. FEUF kan förklaras som förenlig med den inre marknaden.

2.8 EUs: statsstödsbestämmelser och Världshandelsorganisationen

Europeiska unionens statsstödsbestämmelser kan ses som en implementering av den regleringshelhet som avtalats i WTO gällande internationell handel och statligt stöd, EU:s statsstödsregler är i regel strängare än WTO:s bestämmelser, men gäller enbart inom EU:s territoriella områden. När det gäller internationell handel utanför den inre marknaden tillämpas således WTO:s bestämmelser.⁸⁶ Övervakningen av WTO:s stödbestämmelser skiljer sig från övervakningen av EU:s statsstödsregler, WTO:s stödbestämmelser övervakas i regel i form av efterhandsövervakning i WTO:s tvistlösningsorgan medan EU:s statsstödsbestämmelser övervakas både i förhand genom förhandsanmälningsförfarandet och efterhandsuppföljning. I enlighet med WTO:s bestämmelser kan en medlemsstat ifrågasätta en stödåtgärd som en annan medlemsstat åtagit sig i WTO:s

⁸² *Altmarkfallet*, 89-90 och 92-93 punkten.

⁸³ *Id.*, 94 punkten.

⁸⁴ *Id.*, 89 punkten. Se även Indén 2009, s. 185-187.

⁸⁵ *Mål T-354/05: Télévision française 1 SA (TF1) v. Europeiska kommissionen*, (2009) ECR II-00471.

⁸⁶ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 35.

tvistlösningsförfarande. Tvistlösningsorganet har till uppgift att ställa upp en panel för att utreda ärendet, att godkänna eller förkasta klagoprocessens resultat alternativt godkänna eller förkasta den lösning som den tillsatta panelen kommit med. I praktiken är de lösningar som panelen kommer med oftast relativt slutgiltiga eftersom panelens beslut enbart kan fällas med ett enhälligt beslut i tvistlösningsorganet. Tvistlösningsorganet övervakar vidare verkställelsen av de beslut eller rekommendationer som tillkommit i tvistlösningsförfarandet och kan vid behov ställa upp vitesåtgärder om en medlemsstat låter bli att följa fattade beslut. Vid inledandet av en utredning av en tvist börjar behandlingen med en förhandlingsfas, om förhandlingarna inte leder till resultat kan den kärande medlemsstaten yrka på att en WTO-panel uppställs för att utreda ärendet.⁸⁷

Ur EU-domstolens praxis framgår det att domstolen inte godkänt synpunkten om att WTO:s definition av statliga stöd skulle ha någon betydelse vid bedömningen av huruvida en stödåtgärd ska anses vara förbjudet statligt stöd. Domstolen har t.ex. i fallet *CETM v. Kommissionen* konstaterat att *"Hänvisningen till begreppet "subvention" i den mening som avses i WTO-avtalet om subventioner och utjämningsåtgärder är, i likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, under alla omständigheter utan relevans för att kvalificera åtgärden som statligt stöd i den mening som avses i gemenskapsrätten."*⁸⁸ Den största skillnaden mellan EU:s statsstödsregler och WTO:s avtal är att stödåtgärder enligt EU-rätt alltid härstammar ur offentliga medel, medan subventioner enligt WTO:s avtal om subventioner och utjämnande åtgärder (SCM-avtalet)⁸⁹ även kan härstamma ur privata medel.⁹⁰ WTO:s målsättning är att uppnå ett regelbaserat internationellt handelssystem och att lösa nya och framtida handelsutmaningar. WTO:s handelsbestämmelser har ytterligare utvecklats till följd av ikraftträdelsen av avtalet om förenklade handelsprocedurer i februari 2017.

Den externa handelspolitiken utövas gemensamt av Europeiska unionens medlemsstater, och därför representeras medlemsstaterna gemensamt av kommissionen efter tillstånd av ministerrådet i WTO. Den gemensamma handelspolitiken hör med andra ord till EU:s fullständiga och exklusiva behörighetsområde.⁹¹ EU företräds i WTO som en aktör och kommissionen förhandlar om handelsavtal och bevakar medlemsländernas gemensamma intressen i Tvistlösningsorgan.⁹²

⁸⁷ *Id.*, s. 41.

⁸⁸ *Mål T-55/99: Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) v Kommissionen*, (2000) ECR II-03207, 50 punkten.

⁸⁹ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1869 U.N.T.S. 14.

⁹⁰ Se även Alkio – Hyvärinen 2016, s. 41.

⁹¹ Europeiska kommissionen 2018.

⁹² Mendonça – Europaparlamentet 2018, s. 3-4.

3 KONKURRENSNEUTRALITET

3.1 Konkurrensneutralitetens värdegrund

Någon enhällig och detaljerad definition av begreppet konkurrensneutralitet finns egentligen inte, men begreppet grundar sig självskrivet på konkurrensbegreppet och har således en stark sammankoppling med marknaderna. Inledningsvis kan konkurrens ses som en social situation där flera individer eller sammanslutningar av individer samtidigt tävlar om samma odelbara nyttighet, konkurrens kan också innebära att individerna inte sinsemellan kan komma överens om hur nyttigheterna ska delas.⁹³ Konkurrensen är med andra ord den huvudsakliga drivande kraften i en marknadsekonomi, konsumenternas valfrihet är i sin tur är den drivande faktorn för att konkurrensen ska fungera oförhindrat. Tack vare att det finns konkurrens på marknaden för ifrågavarande varor eller tjänster kan konsumenterna tillfredsställa sina ekonomiska behov till förmånligaste möjliga prisnivå och med bästa möjliga varuegenskaper eller service, konkurrensen möjliggör i allmänhet även att utbudet på tjänsterna på bästa möjliga sätt motsvarar efterfrågan. Av företagen kommer de företag som mest effektivt verkar för att tillfredsställa sina kunders behov givetvis att avnjuta störst framgång, medan de företag som verkar mindre effektivt kommer i det långa loppet att behöva avsluta sin verksamhet.⁹⁴

Inom ramarna för jämviktsteorin och konkurrenssteorin har den ekonomiska konkurrensmodellen utvecklats, ekonomisk konkurrens kan i sin tur definieras som en kontinuerlig strävan efter mer effektiva handlingsförfaranden, genom vilka konsumenternas behov bättre kan tillfredsställas. Under ekonomisk konkurrens fungerar prismekanismen som den huvudsakliga informationskanalen, vilket möjliggör att utbud och efterfrågan kan kommunicera sinsemellan.⁹⁵ I diskussionen har även modeller om fri marknadsekonomi framtagits, i en marknad med obegränsade konkurrensförhållanden bestäms priserna utifrån marknadskrafternas funktioner och marknadsaktörernas verksamhet, ytterligare varken begränsas eller styrs marknadsförhållandena av de offentliga maktutövarna.⁹⁶ I den neoklassiska nationalekonomin har modellen om den perfekta marknaden utarbetats, i modellen måste varje säljares och köparens marknadsandel vara så pass liten så att enstaka marknadsaktörers beslut inte kan inverka på marknadspriset.⁹⁷ Konstruktionen av

⁹³ Valkama 2004, s. 57. Se även Stigler 1957, s. 14, Stigler hävdar att någon slutgiltig definition av konkurrensbegreppet inte låter sig framtas eftersom teorin är öppen, ny problematik som tidigare förbisetts kan uppstå och konkurrenssteorin kan kontinuerligt behöva vidareutvecklas.

⁹⁴ Kettunen 1987, s. 248.

⁹⁵ Ormsby 2000, s. 369.

⁹⁶ Se t.ex. Kettunen, 1979 s. 248, Burke – Genn-Bash – Haines 2018, s. 1-2.

⁹⁷ Inom nationalekonomin är forskare ofta tvungna att skapa förenklade teorier och modeller av verkligheten för att studera olika marknadsfenomen under olika förhållanden, för att skapa en fullständig bild över ett fenomen behöver ett fenomen i allmänhet granskas utifrån flera olika perspektiv.

den perfekta marknaden som den neoklassiska nationalekonomin opererar i motsvarar tyvärr inte de verkliga marknadsförhållandena, för det första måste samtliga nyttigheter på marknaden vara identiska så att köparna inte behöver överväga vilken säljare de köper nyttigheten av. För det andra borde det för näringsidkarna vara snabbt och smidigt att komma in på eller lämna marknaden. För det tredje måste alla parter erhålla identisk information om nyttigheternas prisnivå, tillgänglighet, egenskaper och så vidare. Alla dessa förutsättningar kan omöjligen anses bli uppfyllda i verkligheten.⁹⁸ Marknadsaktörernas rörelser in och ut från marknaderna kan försinkas eller rent av förhindras på grund av tekniska eller ekonomiska faktorer, konkurrensen kan ibland fattas helt på grund av brist på konkurrenter eller att mängden konkurrerande företag på marknaden är mycket få till antalet. Det är också möjligt att informationsflödet är trögt, bristfälligt eller selektivt. Det i detta sammanhang största problemet med modellen med en fullständigt fri marknad med perfekt konkurrens är att på området för offentlig tjänsteproduktion beaktar modellen inte de rättsliga eller förvaltningsmässiga begränsningarna som belastar området, nyttighetsteorierna kan därtill svårligen tillämpas på offentlig tjänsteproduktion.⁹⁹

Valkama lyfter fram att alla marknadsaktörer inte nödvändigtvis är likvärdiga, utan det förekommer skillnader mellan olika aktörer och de förhållanden som de verkar i. Institutionella faktorer kan skapa konkurrensfördelar, fördelar som kan bero på lagstiftning eller övriga bestämmelser, dessa faktorer kan bero på den offentliga marknadsaktörens ställning, etablerad praxis i förvaltning eller i faktorer i den offentliga ekonomin. De institutionella faktorerna hänger starkt samman med offentlig förvaltning, därför kan en granskning av sådana konkurrensfördelar som skapats genom utövning av offentlig makt eller andra åtgärder av offentliga samfund motiveras. Detta granskningsbehov har gett upphov till diskussionen om konkurrensneutralitet där hänsyn riktas till strävanden att öppna offentliga monopol för konkurrens, att öka verkningarna av förhandsmarknaderna, öka effektiviteten av offentliga upphandlingar och konkurrensutsättningsprocesserna.¹⁰⁰ Utöver detta har Rimmer betonat att tjänsteproducenterna börjat förvänta sig rättvisa konkurrensförhållanden.¹⁰¹ Konkurrensneutraliteten förknippas starkt med de institutionella förutsättningar utifrån vilka företagen kan genomföra marknadstransaktioner och därmed konkurrera med varandra. Det som eftersträvas är med andra ord att möjligheterna för att påbörja, uppehålla, utöka eller

⁹⁸ Se t.ex. Eklund 2005, s. 89.

⁹⁹ Valkama 2004, s. 57-58 påpekar att det går att inverka på förekomsten av offentliga monopol genom rättsliga, förvaltningsmässiga och politiska åtgärder.

¹⁰⁰ *Id.*, s. 58-59.

¹⁰¹ Rimmer 1998, s. 76.

inskränka och slutligen att avsluta tjänsteproduktionen ska vara lika för alla marknadsaktörer, oberoende av deras ställning som offentliga eller privata företag och att marknadsförhållandena inte ska utsättas för snedvridningar genom statliga stödåtgärder.¹⁰² Konkurrensneutralitet har definierats på ytterligare ett flertal olika sätt, definitionerna innehåller ändå liknande element. Deighton-Smith ser konkurrensneutralitet som en nödvändighet för att rättvisa konkurrensförhållanden ska förverkligas, med andra ord bör konkurrensen mellan offentlig och privat sektor vara rättvis.¹⁰³ Määttä, Frank och Pääkkönen har poängterat att för att konkurrensneutrala marknadsförhållanden ska kunna råda får ingen serviceproducent diskrimineras, det är således inte tillåtet att gynna eller belasta någon serviceproducent med olika förpliktelser i förhållande till andra marknadsaktörer.¹⁰⁴ Trembath anser vidare att vid förverkligad konkurrensneutralitet utsätts offentliga företag för konkurrens av existerande konkurrenter och potentiella konkurrenters möjligheter till att etablera sig på marknaden på lika villkor säkerställs, till dessa villkor kan jämlik beskattningspraxis och att de olika marknadsaktörernas verksamheter är underkastade samma regelverk. Trembath betonar ytterligare att offentligt ägda företag inte borde åtnjuta privilegier i förhållande till privatägda företag.¹⁰⁵ Valkama har sammanfattat de tidigare nämnda definitionerna genom att konstatera att med konkurrensneutralitet avses rättvisa, opartiska och jämlika konkurrensförhållanden.¹⁰⁶

Valkama belyser att det även finns en koppling mellan konkurrensneutralitet och god förvaltning. I förvaltningsrätten har läran om begränsningsgrunderna för myndigheternas bedömningsutrymme utarbetats. Till dessa begränsningsgrunder hör bland annat likställighetsprincipen som kan förankras till grundlagens (731/1999) 6.2 § förbud mot särbehandling. Således förpliktas myndigheterna till ett jämlikt, konsekvent och icke-diskriminerande bemötande.¹⁰⁷ Med andra ord får ingen utan godtagbara grunder ställas i mindre förmånlig ställning i jämförelse till andra. Valkama nämner att likställighetsprincipen i nämnda form även tolkats så att myndigheterna måste ordna sin verksamhet på så sätt att ett jämlikt bemötande och ett konsekvent myndighetsutövande förverkligas. Likställighetsprincipen kan ytterligare tolkas så att ingen medborgare, kommuninvånare eller medborgargrupping utan godtagbara grunder får sättas i mindre förmånlig ställning i jämförelse med någon annan aktör.¹⁰⁸ I ljuset av detta kan konkurrensneutraliteten gestaltas som en utveckling av likställighetsprincipen, när det gäller

¹⁰² Valkama 2004, s. 61 samt Kuusniemi-Laine 2014, s. 663.

¹⁰³ Deighton-Smith 2001, s. 30.

¹⁰⁴ Määttä –Frank – Pääkkönen 2001, s. 74.

¹⁰⁵ Trembath 2002, s. 5.

¹⁰⁶ Valkama 2004, s. 60.

¹⁰⁷ Kommunförbundet 2017.

¹⁰⁸ Ryytänen 1991, s. 55-56.

konkurrensneutralitet kan tjänsteproducenterna jämföras med s.k. medborgargrupperingar. Det dåvarande Handels- och industriministeriets arbetsgrupp för utredning av möjligheterna att utsätta produktionen av offentliga tjänster för marknadsvillkor konstaterade att verkställandet av likställighet på marknaden skulle innebära en strävan till att skapa lika förutsättningar för alla marknadsaktörer att skaffa sig marknadsfördelar och därigenom utveckla sin konkurrenskraft.¹⁰⁹

Begreppsmässigt skiljer sig icke-neutrala marknadsförhållanden från snedvridningar i konkurrens, snedvriden konkurrens innehåller starka implikationer på fusk eller oproportionerligt hård konkurrens. Däremot behöver inte fusk eller oproportionerligt hård konkurrens förekomma under icke-neutrala marknadsförhållanden, under icke-neutrala förhållanden kan vissa utvalda företag inneha marknadsfördelar på grund av rättsliga, institutionella eller andra jämförbara orsaker. Begreppsmässigt diskuteras i den konkurrenspolitiska forskningen även om offentliga konkurrensbegränsningar. Offentliga konkurrensbegränsningar kan uppkomma till följd av strukturella, funktionella och indirekta regleringsåtgärder.¹¹⁰ Regleringsåtgärderna kan bestå av olika former av myndighetslicenser, offentliga avgifter, skatter eller statliga stödåtgärder.¹¹¹ Valkama poängterar dessutom att den konkurrenspolitiska forskningen inte tills dess hade ägnat särskilt mycket intresse till faktorer såsom offentliga sammanslutningars ägandeförhållanden till företag, bolagiseringsalternativ, förhållandet mellan kostnader och prissättning, servicesedlar eller förhållandet mellan uppdragsgivare och producent.¹¹²

Konkurrensneutralitetens värdegrund kan även starkt sammankopplas med principen om icke-diskriminering som finns utskreven i 18 art. i fördraget om europeiska unionens funktionssätt. Ur icke-diskrimineringsprincipen kan vi dra paralleller till vår finska likställighetsprincip. I enlighet med 18 art. FEUF är;

- 1. Inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.*
- 2. Europaparlamentet och rådet kan i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet anta bestämmelser i syfte att förbjuda sådan diskriminering.*

Europeiska kommissionen har år 2009 sammanställt en rapport till OECD, ur rapporten framgår kommissionens tolkning om att konkurrensneutralitet kan definieras som policyer av konkurrensövervakande instanser och lagstiftarna för att avlägsna orättvisa

¹⁰⁹ Kilpailupolitiikan ohjelmatyöryhmä – Sasi 2001, s. 19-20.

¹¹⁰ Valkama 2004, s. 60.

¹¹¹ Vittaniemi 1994, s. 48.

¹¹² Valkama 2004, s. 60-61.

konkurrensfördelar eller -nackdelar som offentligt ägda företag, som idkar kommersiell verksamhet, p.g.a. offentligt ägarskap eller engagemang kan erfaras i jämförelse med deras privata konkurrenter. Den logiska grunden bakom verkställandet av konkurrensneutralitetsåtgärder är att möjliggöra att privatägda företag kan konkurrera på lika villkor och konkurrensneutralitet innefattar således även att samma incentiv och bestämmelser tillämpa på såväl privata företag som på offentligt ägda företag.¹¹³

Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) har i sin publikation om konkurrensneutralitet definierat hur konkurrensneutralitet begreppsmässigt tolkas av OECD. Enligt OECD innebär konkurrensneutralitet att ingen ekonomisk aktör som utövar sin verksamhet i en ekonomisk marknad är belastad av oskäliga konkurrensfördelar eller konkurrensnackdelar.¹¹⁴ I definitionen hittar vi många likheter i förhållande till andra definitioner, i OECD:s rapport görs dock en del observationer, såsom att vad som anses oskäligt beror på sammanhanget och gällande marknaderna påpekas att utövande av ekonomisk verksamhet i samband med granskningen tolkas i vid betydelse så att även potentiella konkurrenter eller potentiellt konkurrerande verksamheter inkluderas i granskningen. Skälig kompensation till producenter av speciellt betydelsefulla samhällseliga tjänster skapar ändå inte oskäliga konkurrensfördelar för de producenter som erhåller kompensationer. Marknadsförhållandena kan anses avvika från en situation med konkurrensneutralitet om det förekommer störningar i konkurrensen eller hinder för densamma trots att konkurrerande verksamhet är tillåten.¹¹⁵

OECD har i rapporten strukturerat granskningen av konkurrensneutralitet i åtta grundpelare. Dessa grundpelare består för det första av att strömlinjeformat offentligt ägda företag. För det andra behöver kostnaderna för all verksamhet kunna identifieras och bokföras genom ändamålsenliga metoder så att transparens och offentlighet kan uppehållas. För det tredje behöver offentligt ägda företag som verkar kommersiellt under konkurrensutsatta marknadsförhållanden ha likvärdiga avkastningsmål som motsvarande privata marknadsaktörer. För det fjärde behöver kompensationer till tjänsteproducenter som utövar myndighetsuppgifter vara adekvata, transparenta och redovisningsbara. Den femte och sjätte pelaren innebär att offentliga företag måste verka under samma beskattningsförhållanden och under samma bestämmelsemässiga förhållanden för att säkerställa att konkurrensen hålls neutral. För det sjunde behöver behandlingen av

¹¹³ Discussion paper DAF/COMP/WP3/WD(2009)57 of the European Commission of 20th of October 2009: Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for state owned enterprises, s. 2.

¹¹⁴ Competitive Neutrality - Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business. Organisation for Economic Co-operation and development (OECD) 2012. s. 9.

¹¹⁵ *Id.*, s. 15.

offentliga företags och privata företags skulder ske på lika grunder för att marknadsförhållandena på riktigt ska vara likställiga. Den åttonde grundpelaren går ut på att upphandlingsreglerna och upphandlingsförfaranden ändamålsenligt efterföljs så att upphandlingarna verkställs på ett icke-diskriminerande och transparent sätt.¹¹⁶ OECD poängterar vidare att för att ett kontinuerligt förverkligande av en konkurrensneutral marknad ska vara möjligt, d.v.s. en marknad där privata och offentliga aktörer utövar verksamhet på lika villkor, behöver ett effektivt och bindande regelverk upprättas. Regelverket behöver överensstämma med internationella överenskommelser och kombineras med tillhörande rättsliga medel såsom behandling av klagomål, och effektiv verkställighet genom till exempel sanktioner. OECD nämner Australien och Europeiska unionen som praktexempel över hur konkurrensneutralitetshänsyn tas i beaktande, även en fingervisning gentemot de nordiska privatiseringssträvandena görs i rapporten.¹¹⁷

Valkama poängterar att vid mitten av 2000-talet fanns ännu ingen etablerad definition av innebörden av konkurrensneutralitet, det finns idag många synpunkter på vad som ingår i begreppet men i denna avhandling utgår jag särskilt utifrån kommissionens definition. Enligt Valkama är en marknad som länge kunnat anses vara belastad av icke-neutrala konkurrensförhållanden de s.k. förhandsmarknaderna för kommunala tjänster. Vid tidpunkten för Valkamas forskningsarbete kunde marknaden för kommunala tjänster anses vara relativt oneutrala och marknadsförhållandena var relativt favoriserande gentemot offentliga tjänsteproducenter. Det hade framförts synpunkter om att det inte var rättvist att kommunalförvaltningens tjänsteproduktion skulle avnjuta institutionella fördelar när de verkade i konkurrens med privata företag. Ett annat argument för att marknaden för den kommunala tjänsteproduktionen skedde på icke-neutrala villkor var att stöd till kommunala producenter kunde utgöra missbruk av kommunens ekonomiska resurser, resurser som inkommit i form av skatter som belastar de kommunmedlemmar som betalar skatt. Det samhällseliga behovet av konkurrensneutralitetshänsyn kan fastställas i den ineffektivitet och orättvisa som uppstår på marknaderna på grund av sådan reglering eller praxis som enbart gäller utvalda marknadsaktörer, medan andra marknadsaktörer kan utöva sin verksamhet under mer fria omständigheter. Nämda problem uppstår oftast på marknader där både offentliga och privata aktörer verkar samtidigt, problem uppstår dels på grund av skillnaderna i verksamhetsform och dels på grund av att marknadsaktörerna är underkastade olika regelverk. Om en kommuns företagsverksamhet njuter av betydande institutionella konkurrensfördelar, slår detta prismekanismen ur spel, i den kommunala företagsverksamheten kan således en friare

¹¹⁶ *Id.*, s. 9-11.

¹¹⁷ *Id.*, s. 12.

prissättningspolitik tillämpas i jämförelse med vad ett mer effektivt eller lika effektivt privat företag har möjlighet till. Detta leder i sin tur till att den ekonomiska effektiviteten lider och vidare att lokalsamhället drabbas av dessa brister i form av sämre välfärdsnivå än vad som skulle ha uppnåtts under effektiva marknadsförhållanden. Motsvarande problem uppstår om en kommunal tjänsteproducent kan bibehålla sin produktion på grund av institutionella fördelar och produktionen därför stannar hos den kommunala sammanslutningen i stället för att mer effektiva privata tjänsteproducenter hade kunnat ta över verksamheten. Detta innebär att några effektivitetsfördelar inte behöver förväntas av att konkurrensutsätta tjänsteproduktion i förväg under icke-neutrala konkurrensförhållanden.¹¹⁸

I konkurrensneutralitetspolitiken eftersträvas marknadsförhållanden där lagstiftningen, övriga bestämmelser, den offentliga finanspolitiken eller andra offentliga eller finansiella åtgärder inte förser tjänsteproduktion inom eller utanför den offentliga organisationen med några betydliga konkurrensfördelar eller nackdelar. Konkurrensneutralitetens EU-rättsliga förankring ligger närmare bestämt i tillämpningen av 106 art. FEUF, i samband med vilken konkurrensneutralitet har fått stor betydelse. I 106 art. står följande;

1. *Medlemsstaterna ska beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i fördragen, i synnerhet reglerna i artiklarna 18 samt 101–109.*
2. *Företag som anförtrots att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.*
3. *Kommissionen ska säkerställa att bestämmelserna i denna artikel tillämpas och, när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut vad avser medlemsstaterna.*

Kommissionen har strävat till att begränsa offentliga företags möjligheter att utnyttja sina särskilda positioner under offentliga aktörer på så sätt att konkurrensen på marknaderna äventyras. Konkurrensen kan t.ex. äventyras om ett offentligt företag, eller en övrig offentlig aktör, producerar såväl lagstadgade offentliga tjänster som tjänster på konkurrensutsatta marknader. Det finns en risk för att sådana inkomster eller kompensationer som erhålls för offentlig serviceproduktion utnyttjas som kors-subsventionering för verksamhet på konkurrensutsatta marknader vilket i sin tur leder till snedvridna marknadsförhållanden. Ovan nämnda arrangemang kan antingen direkt eller indirekt innebära förbjudet statligt stöd enligt 107(1) art. FEUF. Definitionen av sådana i

¹¹⁸ Valkama 2004, s. 61.

106(1) art. FEUF avsedda offentliga företag varierar bland EU-medlemsstaterna, gränsdragningarna mellan privata och offentliga samfund sker däremot enligt EU-rättsliga regler som inte kan åsidosättas vid tillämpningen av 106 art. Det finns dock i 106(1) art. ingen definition av offentliga företag och det går inte heller att hämta någon vägledning ur EU-domstolens rättspraxis eftersom EU-domstolen inte tagit ställning om definitionen av offentliga företag. Av hävd har det avgörande kriteriet för om företaget ska anses vara offentligt varit huruvida företagen kan anses verka under direkt eller indirekt kontroll av statliga, kommunala eller andra offentliga myndigheter. Ett företag som står under privatpersoners eller privata samfunds kontroll kan således inte klassificeras som ett offentligt eller offentligt ägt företag.¹¹⁹

Ensam- och sär rättigheter är sådana privilegier som medlemsstatens myndigheter kan bevilja till ett enskilt företag eller en begränsad mängd företag, som i sin tur inverkar på de konkurrerande företagens möjligheter att utöva motsvarande ekonomisk verksamhet på marknaden för en särskild vara, tjänst- eller annan nyttinghet under väsentligen lika villkor. I fallet *Glöckner*¹²⁰ lämnade generaladvokat Francis Jacobs i sin skrivelse sina synpunkter om att särskilda eller exklusiva rättigheter utgör rättigheter som myndigheterna i en medlemsstat tilldelat ett företag eller ett begränsat antal företag, som väsentligt påverkar möjligheterna för andra företag att bedriva motsvarande verksamheter på samma område under huvudsakligen lika villkor.¹²¹ Definitionen fastställdes i EU-domstolen i enlighet med generaladvokat *Jacobs* förslag.¹²²

Kopplingen mellan konkurrensneutralitet och reglerna om statligt stöd är med tanke på frågeställningen viktig att förstå. Ur kommissionens beslut vid behandlingen av stödmålet *Destia* framgår att kommissionen enbart skulle ha bedömt kopplingen mellan den finska statens stödåtgärder gentemot *Destia* och utförandet av offentliga serviceobligationer om åtgärderna hade bedömts stå i strid med bestämmelserna i 107 art. FEUF.¹²³ Alkio och Hyvärinen har därför dragit slutsatsen att enligt linjedragningen bedöms först om stödåtgärden, till den del som åtgärden utgör potentiell överkompensation, utgör sådant statligt stöd som enligt 107 art. är förbjudet. Om stödet inte ska bedömas utgöra förbjudet statligt stöd finns inte heller någon risk för att någon överkompensation för skötseln av offentliga serviceförpliktelser som strider mot 106(2) art. FEUF skulle förekomma.¹²⁴

¹¹⁹ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 918-919.

¹²⁰ *Mål C-475/99*: Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, (2001) ECR I-08089.

¹²¹ *Mål C-475/99*: Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz, (2001) ECR I-08089. Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs. 17.5.2001, 89 punkten.

¹²² Ensam- och sär rättigheter har i likhet med offentliga företag inte definierats i FEUF 106(1) art. Se närmare i Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 918-919.

¹²³ Kommissionens beslut 2008/765/EG: av den 11 december 2007, om statligt stöd C7/06 som Finland har genomfört till förmån för Vägaffärsverket/Destia, EUT 10.10.2008 L 270/1.

¹²⁴ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 183-184.

Med andra ord granskas först den kompensation som serviceproducenten erhåller för fullgörande av en offentlig serviceförpliktelse i ljuset av reglerna om statligt stöd, om åtgärderna bedöms utgöra sådana statliga stöd som enligt 107 art. FEUF kan utgöra förbjudna statliga stöd bedöms vidare om kompensationen kan anses försvarlig enligt 106(2) art. FEUF. Med andra ord kan inte bestämmelserna om offentliga företag, privilegierade företag eller företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse fullständigt förstås om de inte behandlas tillsammans med statsstödsbestämmelserna. Helheterna har i slutändan samma skyddsintresse, nämligen skyddet av marknadsförhållandena från osund och snedvriden konkurrens till följd av offentliga eller privilegierade företags särställning, på grund av oproportionerligt stora understöd från offentliga medel eller på grund av övriga ogrundade exklusiva rättigheter. Nämda skyddsintresse är centralt både i statsstödsbestämmelserna och bestämmelserna om förfaranden och verksamhetsstrukturer för offentliga och privilegierade företag jämte ålägganden att tillhandahålla SGEI-tjänster. Kort och koncist uttryckt gäller statsstödsbestämmelserna direkt beviljande av understöd medan konkurrensneutralitetsbestämmelserna i sin tur gäller verksamhetsstrukturer och förfaranden som kan förknippas med offentliga och privilegierade företag eller SGEI-företag. Därmed kan slutsatsen dras att reglerna om statligt stöd är starkt sammankopplade med konkurrensneutralitetshänsyn.

3.2 Verktyg för att uppnå konkurrensneutrala marknadsförhållanden

För att säkerställa uppehållet av en konkurrensneutral marknad kan olika tillvägagångssätt följas, dels kan problem i konkurrensneutralitet avhjälpas genom att göra sektorsvisa överenskommelser om arbetsfördelningen, dels kan verksamhets- och konkurrensförutsättningarna både för privata och offentliga företag strömlinjeformas och slutligen kan opartiska konkurrensutsättningsförfaranden efterlevas så att samtliga marknadsaktörer kan utöva verksamhet på lika villkor.¹²⁵ Det första alternativet är dock belastat med vissa problem, för det första förhindrar sektorsvisa överenskommelser konkurrens mellan företag på olika sektorer, företag på en sektor kan utgöra potentiella konkurrenter på en annan marknad än den de för tillfället är verksamma i, sektorsvisa överenskommelser förhindrar sådana marknadsrörelser. Sektorsvisa överenskommelser står i strid med idealet om en fri marknadsekonomi och är således ett föråldrat tillvägagångssätt som inte är förenligt med dagens marknads- eller samhällsförhållanden. Sektorsvisa överenskommelser på statlig nivå kan leda till att de lokala förhållandena förbises medan lokala överenskommelser i kommunal regi kan leda till regionala

¹²⁵ Valkama 2004, s. 62-63.

skillnader, överenskommelserna leder således till icke-neutrala konkurrensförhållanden och företagen kan i dessa fall välja de mest gynnsamma verksamheterna på bekostnad av andra företag, oberoende av på vilken nivå överenskommelserna ingås. I stället för att ingå sektorsvisa överenskommelser bör uppmärksamheten riktas till att genom lagstiftning skapa likställiga regelverk och verksamhetsförhållanden mellan offentlig och privat marknadsverksamhet, på kommunal nivå bör s.k. upplysta förfaranden efterlevas. I den utsträckning kommunerna bör beakta konkurrensneutralitetshänsyn kan de tillämpa s.k. upplysta förfaranden där tjänsteproducenterna bemöts på ett opartiskt, likställigt och i övrigt på ett rättvist sätt. För att kommunerna ska kunna bemöta tjänsteproducenterna enligt upplysta förfaranden behöver lagstiftningen, övriga bestämmelser, kommunernas förvaltningsstadgar och kommunernas självstyrelse möjliggöra detta.¹²⁶ Utöver dessa upplysta förfaranden kan kommunerna även behöva vidta särskilda åtgärder för att säkerställa att kommunens verksamhet inte äventyrar konkurrensneutraliteten på marknaderna, dessa åtgärder kan ta form av organisering av vissa verksamheter i bolagsform och tillämpning av kostnadsbaserad prissättning.¹²⁷

3.3 Finländska konkurrensneutralitetsfall

Det tidigare nämnda *Destiabeteslutet* var banbrytande för den finska diskussionen om affärsverkens verksamhet och de därefter följande reformerna i organiseringen av produktionen av tjänster av allmänt intresse. Bolagiseringsförpliktelserna som tillkommit i den finska kommunallagstiftningen beror i mångt och mycket på *destiabeteslutet*. Dessutom ger beslutet även en fingervisning på förhållandet mellan 106 art. Och 107 art. FEUF. Kommissionen granskade i fallet särskilt om konkurrensen mellan privata och offentligt ägda företag skedde på lika villkor, m.a.o. granskade kommissionen om marknadsförhållandena kunde anses vara konkurrensneutrala. En annan betydande linjedragning är den om offentliga affärsverk som kommissionen har avgett i de preliminära synpunkterna om affärsverket *Palmia*. I fallet, som hade en stark kommunalrättslig koppling, hade Turism- och restaurangtjänster r.f. (MaRa ry) och Helsingforsregionens handelskammare väckt klagomål över den ekonomiska verksamhet som drevs inom affärsverket *Palmia* av Helsingfors Stad.¹²⁸

Kommissionen gav 14.4.2010 sina preliminära synpunkter på stödåtgärderna som beviljades till kommunala affärsverk och deras förenlighet med den inre marknaden. Enligt kommissionen besatt affärsverken institutionella fördelar p.g.a. deras rättsliga form

¹²⁶ Valkama 2004, s. 62-63.

¹²⁷ Deighton-Smith 2001, s. 33.

¹²⁸ Kirje Euroopan komission kilpailun pääosastolta 14/04/2010*D/6678, Valtiontuki E 2/2010 – Suomi – Tuki kunnallisille liikelaitoksille, 1-22 punkten.

och varken statliga eller kommunala affärsverk kan gå i konkurs vilket innebar att verksamheten inte belastades av ekonomisk risk, vilket betydde att affärsverken nödvändigtvis inte fungerade enligt marknadsekonomiska förutsättningar. Kommissionen avslutade tillsvidare behandlingen av *Palmiafallet* i augusti 2013 då det aktuella förnyandet av kommunallagen ansågs åtgärda problemen. Helsingfors stads interna behandling av *Palmiafallet* har varit aktuellt i många förvaltningsorgan och har gett upphov till omfattande dokumentation, i samband med behandlingsprocessen har staden verkställt de åtgärder som varit nödvändiga för att iståndsätta en bolagisering av de tjänster som erbjuds under konkurrensförhållanden. Processen, från utredning till stadsfullmäktiges beslut att grunda ett internt tjänstebolag som övertog skötseln av personaltrakterings-, fastighets-, städnings- och säkerhetstjänsterna, strävade till att uppfylla de konkurrensneutralitetshänsyn som behandlades i kommissionens brev och de reformer som den nya kommunallagen medförde. i grundandet av det nya tjänsteföretaget tillämpades principen om företagsöverlåtelse, personal som berördes övergick till företagets arbetstagare som s.k. gamla arbetstagare utan avbrott i arbetsförhållanden.¹²⁹

Kommuner kan med andra ord mycket väl fungera på marknaderna men verksamheten bör vara underkastad samma lagstiftningsmässiga ramar som motsvarande privat verksamhet, verksamheten får inte heller avnjuta institutionella fördelar eller andra fördelar i jämförelse med privata marknadsaktörer. Konkurrensneutralitets- och statsstödsreglerna förhindrar inte kommunala företag från att delta i marknadsmässig verksamhet så länge verksamheten i konkurrensläge på marknaden står fritt från offentlig förvaltning och den politiska processen, utan enbart oskäligen fördelar i jämförelse till motsvarande privata företag är förbjudna.

¹²⁹ Helsingin kaupunginhallituksen konsernijaoston päätös asiassa HEL 2014-001702.

4 ÖKAD BETONING PÅ EKONOMISK BEDÖMNING

4.1 Ekonomiska hänsyn och statliga stödåtgärder

Avsikten med uppehållet av fungerande konkurrensförhållanden är att de företag som bäst är lämpade till att producera och erbjuda särskilda varor och tjänster faktiskt producerar dessa varor och tjänster. Med andra ord bör mindre framgångsrika företag tillåtas att dra sig tillbaka från marknaden och avvecklas, antingen frivilligt eller genom konkursförfarande eller hot om konkursförfarande. I fall där det offentliga ingriper i marknader, som annars är välfungerande, för att stöda ineffektiva marknadsaktörer hindras eller försinkas marknadsmekanismernas gång och dessa företag som egentligen borde dra sig tillbaka från marknaden ger upphov till dödvikt på marknaden, den s.k. darwinistiska marknadsmekanismen förhindras. Att marknadskrafternas funktion förhindras skadar upprättandet och uppehållet av den gemensamma marknaden, vilket på lång sikt leder till att nivån på den potentiella framtida bruttonationalprodukten inom den ekonomiska gemenskapen blir lägre.¹³⁰ Kopplingen mellan statliga stödåtgärder och utvecklingen av den totala välfärden d.v.s. bruttonationalprodukten har illustrerats i doktrin och kopplingen diskuteras närmare i avsnitt 4.3.

De snedvridningar i konkurrens och skadeverkningar på handeln mellan medlemsländerna som avses i huvudregeln gällande statsstöd i 107(1) art. FEUF är i grund och botten ekonomiska begrepp. I tidigare rättspraxis har understöd av tradition hämtats från presumtioner om att offentliga stödåtgärder utan undantag leder till snedvridningar i konkurrensen och därmed medför negativa verkningar i handeln mellan medlemsstaterna och utvecklingen av de medlemsstaternas sammanlagda bruttonationalprodukter, utan att ägna hänsyn till någon ekonomisk analys av de egentliga verkningarna av åtgärden.¹³¹

Kommissionen har i sin rapport till OECD (2009) påpekat att den ökning i konkurrens som skulle följa av en mer genomgående uppfyllelse av konkurrensneutraliteten skulle medföra högre effektivitet samt produkter och tjänster av högre kvalitet till förmånligare priser, vilket i sin tur skulle innebära högre sammanlagd välfärd på både kort och lång sikt. Kommissionen påpekade vidare att bättre effektivitet inom den offentliga sektorn i sin tur skulle betyda bättre användning av skattemedel, utbytet som fås av förbrukade skattemedel maximeras i marknadsförhållanden där det offentliga sörjer för att offentlig marknadsverksamhet inte snedvrider konkurrensen.¹³²

¹³⁰ Indén 2009, s. 171.

¹³¹ Coppi 2011, s. 64.

¹³² Commission Discussion paper DAF/COMP/WP3/WD(2009)57, s. 2.

4.2 Marknadsekonomiska investerarprincipen

Den marknadsekonomiska investerarprincipen var länge den enda avvägningsmodellen i samband med statliga stödåtgärder där ekonomiska synpunkter ägnats uppmärksamhet i större utsträckning. Den marknadsekonomiska investerarprincipen utvecklades av Europeiska unionens domstolar som ett verktyg för identifiering av statligt stöd bland offentliga investeringar, principen om marknadsekonomiska operatörer är en vidareutveckling av den marknadsekonomiska investerarprincipen. Huvudregeln är att offentliga instansers direkta eller indirekta transaktioner omfattas av Europeiska unionens regler om statligt stöd, med undantag av omedelbar myndighetsutövning eller transaktioner som sker på marknadsmässiga villkor. Investeringar som genomförs på marknadsmässiga villkor beaktas således inte som statligt stöd. Den marknadsekonomiska investerarprincipen används med andra ord till att bedöma om finansiering erhållits på marknadsmässiga villkor, och resultatet av denna bedömning kan i sin tur användas som ett verktyg för att avgöra om förflyttning av offentliga medel ska bedömas utgöra statligt stöd eller inte. Kommuner, statliga organisationer och andra motsvarande offentliga instanser behöver inte nödvändigtvis alltid bistå företag med offentliga stödåtgärder, utan kan således delta i finansiering av projekt på samma marknadsmässiga villkor som privata investerare. Om det företag som den offentliga instansen investerat i hamnar i betalningssvårigheter blir kommunen en fordringsägare och kan då kräva återbetalning i samma ordning som privata fordringsägare skulle få agera på marknadsmässiga villkor.¹³³ Europeiska unionens domstolar har även utarbetat motsvarande kriterier för privata fordringsägare som används vid undersökning av offentliga fordringsägares omförhandlingar av skulder för att bedöma om omförhandlingarna ska anses utgöra statligt stöd. Europeiska unionens domstolar har ytterligare utarbetat kriterier för en privat säljare som används vid avvägningar om försäljning utförd av ett offentligt organ ska beaktas såsom statligt stöd beroende på vilken prisnivå en privat säljare hade lyckats uppnå under motsvarande marknadsförhållanden.¹³⁴ Kriterierna om marknadsekonomiska investerare, marknadsekonomiska aktörer, privata fordringsägare och privata säljare är variationer av den grundläggande tanken om att offentliga instansers beteende ska motsvara hur motsvarande privata aktörer skulle ha betett sig under normala marknadsförhållanden, och därmed går det att bedöma om de offentliga instansernas transaktioner är ägnade till att ge mottagaren oskäligen fördelar. Syftet med kriterierna om marknadsekonomiska aktörer är således att bedöma om det offentliga samfundet kan ha givit ett företag oskäligen fördelar genom att inte agera på marknadsekonomiska villkor i

¹³³ Kommunikationsverket 2017.

¹³⁴ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 73-75 punkten.

sina transaktioner. Den avgörande faktorn i bedömningen är om den offentliga instansen har agerat likadant som en marknadsekonomisk aktör skulle ha gjort i liknande fall, om inte den offentliga instansen har agerat som en marknadsekonomisk aktör skulle ha gjort har det stödmottagande företaget erhållit oskäligen ekonomisk fördel vilket betyder att företaget gynnas i förhållande till sina konkurrenter.¹³⁵ I målet *Konungariket Belgien v. Kommissionen* fastslog EU-domstolen att det i fallet aktuella kapitaltillskottet i ett företag utgjorde stöd i egenskap av en statlig räddningsåtgärd eftersom företaget under rådande omständigheter inte kunde ha erhållit kapitaltillskott på den privata kapitalmarknaden eller av privata aktieägare.¹³⁶

Europeiska kommissionen beskriver vidare i sitt tillkännagivande (2016/C 262/01) om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107(1) i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt hur prövningen av om transaktionen genomförts på marknadsmässiga villkor går till. Vid tillämpningen av den marknadsekonomiska investeringsprincipen särskiljs situationer där marknadsenligheten kan konstateras redan på grundval av transaktionsspecifika marknadsuppgifter från situationer där sådana uppgifter saknas och prövningen behöver göras på basis av andra uppgifter eller metoder. Kommissionen har definierat de fall där transaktionens marknadsenlighet kan fastställas direkt med hjälp av transaktionens specifika marknadsinformation, dessa transaktioner kan antingen vara så kallade *Pari passu*-transaktioner eller försäljning och inköp av tillgångar, varor och tjänster genom konkurrensutsatta, transparenta, icke-diskriminerande och villkorslösa anbudsförfaranden. Om det i granskningen och bedömningen av den transaktions-specifika marknadsinformationen framgår faktorer som talar för att transaktionen inte genomförts på marknadsmässiga villkor får i vanliga fall inga andra bedömningsmetoder användas för att uppnå motsatta slutsatser.¹³⁷

Pari passu -transaktioner är sådana transaktioner som genomförs på samma villkor och under samma förhållanden såväl av offentliga sammanslutningar som privata aktörer, vilket är möjligt i s.k. offentligt-privata partnerskap. Uppfyller transaktionerna dessa kriterier går det i allmänhet att dra den slutsatsen att transaktionerna i fråga har genomförts på marknadsmässiga villkor. Däremot pekar sådana faktum såsom att privata och offentliga organ samtidigt deltar i samma transaktion på olika villkor på att transaktionen inte skett på marknadsmässiga villkor för det offentliga organets del. För att transaktioner ska vara förenliga med *pari passu* -villkoren ska de offentliga

¹³⁵ *Id.*, 76 punkten.

¹³⁶ *Mål 234/84*: *Konungariket Belgien v. Europeiska gemenskapernas kommission*, av den 10.7.1986, Finsk specialutgåva s. 00717, 12 punkten.

¹³⁷ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 83-85 punkten.

samfundens och de privata aktörernas transaktioner ha genomförts vid samma tidpunkt eller under samma ekonomiska omständigheter, villkoren och risknivån för transaktionerna ska därtill vara likadana för de offentliga samfunden och de privata aktörerna, ytterligare ska de offentliga aktörernas deltagande i transaktionen vara betydande och inte enbart av marginell betydelse för transaktionen. Därtill ska utgångsläget för de privata och offentliga aktörernas transaktioner vara likadana med tanke på tidigare ekonomisk exponering i förhållande till företagen, de potentiella synergieffekterna, de övriga parternas motsvarande utgifter och andra betydelsefulla omständigheter för att *pari passu* -villkoren uppfylls. Det är också möjligt att *pari passu* -villkoren inte kan tillämpas i fall där det offentliga deltagandet är av sådan natur att något motsvarande inte kan åstadkommas av marknadsekonomiska aktörer. Detta kan bero på att transaktionens unika karaktär, omfattning eller annan omständighet medför att transaktionen ifråga inte kan genomföras utan offentligt deltagande.¹³⁸

Den andra möjliga situationen då en transaktions genomförande på marknadsmässiga villkor kan fastställas direkt med hjälp av transaktionsspecifik marknadsinformation är då transaktionen utgör försäljning och inköp av tillgångar, varor eller tjänster i konkurrensutsatta, transparenta, icke-diskriminerande och villkorslösa anbuds-förfaranden. Om försäljningen eller inköpet av tillgångarna sker i ett konkurrensutsatt, transparent och villkorslöst anbuds-förfarande enligt principerna i FEUF om offentlig upphandling kan transaktionernas förenlighet med marknadsvillkoren antas, förutsatt att de tillämpliga kriterierna för köpar- eller säljarval följts. Vid valet av köpare vid försäljning av offentliga tillgångar kan det enda relevanta kriteriet vara det högsta prisbudet med beaktande av försäljningsgarantier eller andra eventuella nära relaterade åtaganden. Anbud som inte kan anses trovärdiga eller bindande beaktas således inte vid val av köpare. När en offentlig instans köper tillgångar av olika slag ska anbudets samtliga villkor vara nära och objektivt anknutna till det blivande avtalsobjektet samt avtalets uttryckliga ekonomiska syfte, diskriminerande anbudsvillkor är därmed inte tillåtna. De använda anbudsvillkoren måste ytterligare möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet motsvarar tillgångarnas marknadsvärde. Anbudsvillkoren ska möjliggöra ett verkligt konkurrensutsatt anbuds-förfarande där det vinnande anbudet ger en avkastning som inte avviker från det normala, avkastning som överstiger det vanliga marknadsvärdet kan inte i ett anbuds-förfarande anses motsvara marknadsmässiga villkor och skulle då innebära statligt stöd till den vinnande anbudsgivaren.¹³⁹

¹³⁸ *Id.*, 86-88 punkten.

¹³⁹ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 89, 95 och 96 punkten.

Försäljning och inköp av tillgångar ska för den offentliga instansens del ordnas i ett konkurrensutsatt förfarande där alla intresserade och kvalificerade anbudsgivare ska kunna delta. Anbudsförfarandet ska ske i transparent ordning och alla potentiella anbudsgivare ska hållas tillräckligt och jämlikt informerade under loppet av anbudsförfarandets olika skeden. För att kraven på transparens i anbudsförfarandet ska tillgodoses ska tillgången till information, tillräckligt med tid för anbudsgivarna att delta i förfarandet och tydlighet i urvals- och tilldelningskriterierna säkerställas av den offentliga instans som ordnar anbudsförfarandet. Anbudsförfarandet ska offentliggöras i ändamålsenlig ordning så att samtliga potentiella anbudsgivare kan ta del av offentliggörandet. Offentliggörandet ska även äga rum på europeisk eller annan internationell nivå om det med tanke på tillgångarnas höga värde eller andra egenskaper kan antas att det kan finnas potentiella anbudsgivare på de internationella marknaderna. Objektiva och icke-diskriminerande urvalskriterier som fastslagits innan anbudsförfarandet inletts och jämlik behandling av anbudsgivarna är nödvändigt för att transaktionerna ska anses ha genomförts på marknadsmässiga villkor. De ovan nämnda faktorerna ska möjliggöra att anbuden kan bedömas objektivt och icke-diskriminerande och på så vis säkerställa att anbudsgivarna behandlas likställt. Efterlevnaden av de förfaranden som direktiven om offentlig upphandling förutsätter kan anses vara tillräckligt för att kraven på anbudsförfarandet ska anses vara uppfyllda.

I särskilda fall där det inte går att fastställa ett marknadspris, till exempel i fall där ett förhandlingsförfarande utan offentliggörande av att ett upphandlingsförfarande inletts ska offentliga samfund genom ytterligare åtgärder säkerställa att inkomna anbud inte är oskäligt höga eller låga. I förfaranden där det vid förfalldagen inkommit endast ett anbud, kan det enda anbudet oftast inte tolkas som ett gängse marknadspris. Det kan inte heller konstateras att ett marknadspris kunnat säkerställas då det inte finns särskilt starka garantier för att förfarandet uppenbarligen inte möjliggjort enbart ett beaktansvärt anbud, om inte de offentliga instanserna genom ytterligare kontroller säkerställer att det enda anbudet motsvarar marknadspriset. För att ett villkorslöst anbudsförfarande för försäljning av den offentliga instansens tillgångar ska äga rum kan det förutsättas att den potentiella köparen får fullständig frihet att förvärva tillgångarna, varorna eller tjänsterna och förfoga över dessa utan några begränsningar oberoende av den potentiella köparens möjliga affärsverksamhet eller motsvarande verksamhet. Om det trots allt ställs särskilda villkor eller förpliktelser på köparen i förhållande till den säljande offentliga instansen,

villkor som en motsvarande privat säljare inte kan väntas kunna sätta för försäljningen, kan anbudsförfarandet inte anses vara villkorslöst.¹⁴⁰

Det går även att fastställa om en transaktion genomförts på marknadsmässiga villkor med hjälp av en jämförande analys eller andra bedömningskriterier. Om en transaktion inte har genomförts *pari passu* med hur privata marknadsaktörer skulle agerat, behöver det inte nödvändigtvis direkt innebära att transaktionen inte skett på marknadsekonomiska villkor, utan transaktionen kan ytterligare bedömas genom jämförande analys eller andra bedömningsmetoder.¹⁴¹ En jämförande analys kan genomföras genom att jämföra den offentliga instansens transaktioner med jämförbara transaktioner av privata aktörer under motsvarande förhållanden. För att hitta lämpliga jämförelseobjekt behöver särskild uppmärksamhet ägnas till hurdana marknadsaktörer jämförelseobjekten är, den jämförda transaktionens art, berörda marknader och tidpunkterna för de aktuella transaktionerna och om det skett betydande ekonomiska utvecklingar mellan tidpunkterna för de transaktioner som jämförs. Det är nödvändigt att välja jämförelseobjekt som lämpar sig för en jämförelse av transaktionernas särdrag. En jämförande analys lämpar sig dock inte alltid för en bedömning av huruvida transaktionerna skett enligt gängse marknadspriser, i synnerhet inte om de tillgängliga jämförelseobjekten inte valts baserat på marknadshänsyn eller om marknadspriserna snedvridits av offentliga ingripanden. Oftast fastställs det exakta jämförelsevärdet genom att ta fram den s.k. centraltendensen genom att räkna ut medianvärdet eller genomsnittsvärdet på transaktionerna som jämförs.¹⁴²

Kommissionen har vidare konstaterat att det också är möjligt att göra en bedömning av transaktionerna utifrån en allmänt accepterad standardiserad bedömningsmetod. Bedömningsmetoderna måste basera sig på objektiva och tillräckligt detaljerade, kontrollerbara uppgifter som är tillgängliga vid tiden för granskningen av transaktionerna och som reflekterar de ekonomiska förhållandena vid transaktionernas genomförande. Vid bedömningen ska vikt även fästas vid risknivåerna och de framtida förväntningar som transaktionerna för med sig. Vid tillämpningen av en allmänt accepterad bedömningsmetod kan känslighetsanalyser, jämförelser av olika affärsscenarion och beredskapsplaner användas för att stöda bedömningen. Det finns även orsak till att jämföra resultaten av de använda bedömningsmetoderna med hurdana utfall alternativa allmänt accepterade bedömningsmetoder hade medfört.

¹⁴⁰ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 90-94 punkten.

¹⁴¹ *Id.*, 97 punkten.

¹⁴² *Id.*, 100 punkten.

4.2.1 Kontrafaktisk analys vid tidigare ekonomisk exponering

Vid bedömningen av transaktionernas marknadsenlighet beaktas även det offentliga organets tidigare ekonomiska exponering gentemot det berörda företaget. Då med förutsättningen att en jämförbar privat aktör skulle kunna ha motsvarande tidigare ekonomisk exponering till det aktuella företaget. Tidigare ekonomisk exponering bedöms genom att ställa upp kontrafaktiska scenarier, om den offentliga instansen till exempel beviljar kapitaltillskott eller lån till ett offentligt företag i ekonomiska svårigheter måste den förväntade avkastningen på ett sådant ingripande jämföras med hur stor den förväntade avkastningen vore i ett hypotetiskt likvidationsscenario. Om det skulle medföra en högre vinst eller en lägre förlust skulle en försiktig marknadsekonomisk aktör enligt antagandet föredra likvidation framför att förgäves förse företaget med ytterligare kapital. Likvidationskostnaderna som beaktas bör inte innehålla sådana kostnader som anknyter till offentlig myndighetsutövning, således beaktas enbart sådana kostnader som en motsvarande marknadsekonomisk aktör skulle ta på sig i motsvarande situationer. Kostnader som anknyter sig till sociala, ekonomiska och miljömässiga hänsyn i sammanhanget inkluderas även i de kostnader en motsvarande marknadsekonomisk aktör skulle ta på sig.¹⁴³

4.2.2 Marknadsenliga villkor för lån och garantier.

Även lån och garantier som offentliga samfund beviljar kan utgöra statligt stöd om de inte beviljats på marknadsmässiga villkor. Vid analys av beviljade garantier utförs en trepartsjämförelse mellan låntagaren, långgivaren och det offentliga organet i egenskap av garantigivare. I allmänhet är det låntagaren som kan erhålla statligt stöd eftersom offentliga garantier kan innebära fördelar för låntagaren då denne har möjlighet att ta lån till en räntenivå som inte hade varit möjlig utan att den offentliga instansen beviljat en garanti. De garantier offentliga organ beviljat utgör statligt stöd till låntagaren om lån överhuvudtaget inte skulle kunna erhållas på grund av exceptionella förhållanden. I särskilda fall kan garantier som beviljats av offentliga organ innebära statligt stöd även till långgivare, i synnerhet om garantin beviljas i efterskott till redan befintliga förpliktelser mellan låntagare och långgivare och om stödmyndigheten inte kontrollerat att fördelen i sin helhet enbart riktar sig mot låntagaren. Om den statliga garantin beviljats för ett lån som upptagits för att återbetala ett ogaranterat lån, kan det också utgöra en fördel för den ursprungliga långgivaren. Garantier som beviljats på fördelaktigare villkor än marknadsvillkoren medför alltid en fördel för låntagaren, vid bedömningen av villkorens

¹⁴³ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 106-107 punkten.

fördelaktighet gentemot låntagaren beaktas även låntagarens ekonomiska situation. Inte heller s.k. underförstådda garantier, som grundar sig på statligt ansvar för insolventa företags skulder som normalt är undantagna från konkursreglerna, eller obegränsade garantier är i regel förenliga med marknadsvillkoren.

Saknas transaktionsspecifik information kan lånets marknadsmässighet avgöras genom en jämförande analys där transaktionen jämförs med andra jämförbara marknads-transaktioner. Gällande lån och garantier kan nödvändig information om företagets finansieringskostnader framtas från bland annat motsvarande lån som nyligen upptagits eller från avkastningskrav på nyligen emitterade jämförbara obligationer. Andra jämförbara marknadstransaktioner kan vara likadana låne- eller garantiarrangemang utförda av jämförbara företag. Om inget motsvarande riktmärke för priser hittas på finansmarknaden kan den totala kostnaden för lånefinansieringen, jämte räntesatsen och garantiavgiften ställas i proportion till marknadspriset för motsvarande lån utan uppställda säkerheter. Kommissionen har ställt upp riktmärken för bedömning av om lån och garantier ska anses utgöra statligt stöd för att underlätta bedömningen utifrån kriteriet om en marknadsekonomisk aktör.¹⁴⁴ Det är enligt tillkännagivandet om garantier tillräckligt att låntagaren inte befinner sig i ekonomiska svårigheter, att garantin är knuten till en specifik transaktion, att långivaren bär en andel av risken och att låntagaren betalar ett marknadsorienterat pris för den givna garantin för att förekomsten av statligt stöd ska kunna uteslutas.¹⁴⁵ I kommissionens meddelande om översyn av metoden för att fastställa referens- och diskonteringsräntor¹⁴⁶ har kommissionen angett metoden för beräkning av den referensränta som ska fungera som ett s.k. riktmärke för marknadspriset i situationer där jämförbara marknadstransaktioner är svåra att finna, sådana situationer är möjliga vid små transaktioner eller transaktioner där små eller medelstora företag deltar. Om det vid beräkningen av detta riktmärke visar sig att jämförbara transaktioner i snitt sker till lägre priser än riktmärket kan det lägre genomsnittspriset anses utgöra gängse marknadspris. Om företaget nyligen genomfört motsvarande transaktioner till ett pris som överstiger referensräntan, och företagets ekonomiska situation jämte marknadsförhållandena inte väsentligt förändras, är det däremot sannolikt att referensräntan inte kan ses som ett giltigt riktmärke för marknadsräntorna under omständigheterna.

¹⁴⁴ Kommissionens tillkännagivande 2008/C 155/02: om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier. EUT 20.6.2008 C155/10, s. 10-22.

¹⁴⁵ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 108-114 punkten.

¹⁴⁶ Meddelande från kommissionen om en översyn av metoden för att fastställa referens- och diskonteringsräntor, EUT 19.1.2008 C 14/6, s. 6-9.

4.2.3 Fördelningen av utredningsansvaret

Både det privata företaget som erhåller finansieringen och den offentliga instans som fattar beslut om deltagande i finansieringen av företaget är ansvariga för att finansieringen inte strider mot EU:s statsstödsbestämmelser. När en offentlig instans fattar investeringsbeslut i privata samfund ska den offentliga instansen alltid inleda processen med att pröva om finansieringen kan anses förenlig med marknadsmässiga villkor. Vid prövningen ska all den information som finns tillgängligt vid tidpunkten för prövningen användas, det är inte tillräckligt att retrospektivt konstatera att en genomförd investering var lönsam.¹⁴⁷ Fattas ett investeringsbeslut måste det för finansieringens marknadsenlighet framgå: att det i prövningen har utvärderats om en privat investerare av jämförbar storlek under normala marknadsförhållanden skulle fatta ett motsvarande finansieringsbeslut, om investeringsbeslutet fattats utifrån objektiva ekonomiska bedömningar av förväntad avkastning och risknivå, att bedömningarna baserar sig på tillräcklig tillgänglig information och bifogas till investeringsbeslutet, eller att det i investeringsbeslutet hänvisas till bedömningarna med anvisningar om var de finns tillgängliga för granskning, samt att en bedömning genomförts om att investeringsobjektet inte erhåller otillbörliga förmåner som inte vore möjliga under marknadsmässiga villkor.¹⁴⁸ Om investeringsbeslutet gäller beviljande av lån till ett företag ska lånevillkoren, för att vara marknadsmässiga, innefatta en basräntesats som baserar sig på en tolv månaders penningmarknadsränta eller om sådan inte finns tillgänglig en tre månaders penningmarknadsränta, lånevillkoren ska ytterligare ange vilka garantier som uppställts för lånet och den riskpremie som tillämpas. Om ingen kreditklassificering kan tillämpas ska lånevillkoren ange en grundränta på fyra procent.¹⁴⁹

En medlemsstat ska vid tvivel om att en av landets offentliga instanser utfört transaktioner på marknadsekonomiska villkor kunna bevisa att investeringsbeslutet fattats utifrån på ekonomiska bedömningar som är jämförbara med sådana bedömningar som en motsvarande rationell marknadsekonomisk aktör hade gjort i liknande fall för att avgöra investeringsmålets lönsamhet. Avgörandet av huruvida en transaktion genomförts på marknadsekonomiska villkor måste ske på basen av en helhetsbedömning av transaktionens effekter på det mottagande företaget oberoende av hur transaktionen har genomförts i praktiken, det har således i detta sammanhang ingen betydelse om privatpersoner skulle ha tillgång till motsvarande transaktioner.¹⁵⁰ Helhetsbedömningen

¹⁴⁷ Tillkännagivandet om begreppet statligt stöd 2016, 78 punkten.

¹⁴⁸ Kommunikationsverket 2017.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Vid ekonomisk bedömning utnyttjar kommissionen ofta sakkunnigutlåtanden, se t.ex. Ó Caoimh – Sauter 2016, s. 127.

av transaktionernas marknadsmässighet bör beakta alla relevanta omständigheter i det specifika fallet, eftersom det kan finnas exceptionella omständigheter som kan motivera att offentliga myndigheters inköp av varor eller tjänster trots allt kan anses ske på marknadsmässiga villkor. Flera på varandra följande transaktioner behöver under vissa omständigheter beaktas som en och samma transaktion, i synnerhet om transaktionerna är ytterst nära kopplade till varandra i kronologisk ordning, till sina syften eller på grund av andra omständigheter vid transaktionernas genomförande talar för att de inte kan skiljas åt. Dessa oskiljbara transaktioner kan beaktas som en och samma transaktion om inga oförutsebara omständigheter talar emot detta förfarande i vilket fall transaktionerna bör bedömas separat.¹⁵¹

Både Kommissionen och EU-domstolen ägnar uppmärksamhet till samtliga betydelsefulla omständigheter vid bedömningen av transaktioners marknadsmässighet, vilket senare framgår ur mål *P&O European Ferries (Vizcaya) och Diputación Foral de Vizcaya v. Europeiska kommissionen (P&O Ferries)*¹⁵² och *Bretagne Angleterre Irland v. Europeiska kommissionen (BAI)*.¹⁵³ I *P&O Ferries* konstaterade EU-domstolen att det inte är tillräckligt att visa att ett företag presterar tjänster mot vederlag, eftersom det inte ensamt bevisar att tjänsterna och arrangemanget inte utgör förbjudet statligt stöd. Vid bedömningen av om en fördel är för handen behöver det iakttagas om det offentliga samfundet agerat såsom en privat investerare under normala marknadsekonomiska villkor skulle agera. Att parterna genomför ömsesidiga transaktioner utesluter inte heller förekomsten av statligt stöd.¹⁵⁴ Det avgörande kriteriet var om överenskommelsen mellan Diputación och P&O Ferries om köp av resekuponger motsvarade faktiska behov hos de offentliga myndigheterna, vilket parterna inte kunnat bevisa. Därför kan enbart den omständigheten att offentliga instanser köper varor och tjänster under marknadsenliga villkor inte bevisa att transaktionerna utgör sedvanliga affärstransaktioner, som motsvarande privata investerare skulle ha ingått under normala omständigheter, om det inte kan anses att den offentliga instansen har ett faktiskt behov för varorna eller tjänsterna. Ytterligare betonas att kravet på bevisning på att transaktionerna är marknadsenliga är ännu strängare om avtalsparterna inte konkurrensutsatt transaktionerna, detta

¹⁵¹ Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 79-82 punkten.

¹⁵² *De kombinerade målen T-116/01 och T-118/01: P&O European Ferries (Vizcaya), SA och Diputación Foral de Vizcaya v. Europeiska kommissionen*, (2003) ECR II-02957.

¹⁵³ Mål T-14/96: *Bretagne Angleterre Irland (BAI) v. Europeiska kommissionen*. (1999) ECR II-00139, 74-79 punkten.

¹⁵⁴ Se även EU-domstolens dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, *Belgien mot kommissionen*, (1990) ECR I-00959, 29 punkten.

eftersom ett anbudsförfarande i kommissionens beslutspraxis ansetts utgöra ett kraftigt bevis på transaktionernas marknadsmässighet.¹⁵⁵

EU-domstolens förstainstansrätt konstaterade i *BAI* att mot bakgrund av omständigheterna i fallet kunde slutsatsen dras att de nationella myndigheternas inköp av kuponger från P&O Ferries inte tillgodosåg faktiska behov, och därför agerade inte de nationella myndigheterna likt en privat aktör under normala marknadsförhållanden. Inköpet av biljetterna innebar därför en fördel som P&O Ferries inte skulle ha uppnått under normala marknadsförhållanden, de utbetalda beloppen utgjorde därför statligt stöd. Eftersom transaktionerna inte baserade sig på verkliga behov var det inte heller tillräckligt, att avtalsvillkoren var jämförbara med villkor i motsvarande kontrakt som vanligen ingås av rederier och andra privata aktörer, för att transaktionerna ska kunna anses motsvara normala affärstransaktioner. EU-domstolens förstainstansrätt konstaterade däremot i fallet *Bougyes v. kommissionen*,¹⁵⁶ där det var frågan om eventuella fördelar som följer av beviljande av mobiltelefonlicenser, att de andra operatörerna inte under omständigheterna hade erhållit en fördel trots att de erhållit sina tillstånd tidigare, detta på grund av att de andra operatörerna inte kunnat utnyttja tillstånden i sin marknadsverksamhet. Marknadsförhållandena kunde med andra ord inte jämföras med varandra och således kunde inte förekomsten av en fördel konstateras. EU-domstolen konstaterade således att de två andra operatörerna inte erhållit statligt stöd.

4.3 Ökad betydelse av ekonomiska hänsyn i statsstödsanalysen

Vid grundandet av den europeiska ekonomiska gemenskapen (EES) 1957 upptogs i gemenskapens grundandefördrag (Romfördraget) regler om övervakning av statsstöd, den ursprungliga tanken bakom statsstödsreglerna var att kontrollera medlemsstaternas strävanden till att gynna nationella företag och hindra att bidragstävlingar bland medlemsstaterna skulle uppstå, vilket i sin tur skulle äventyra gemenskapsmarknaden. Med hjälp av statsstödsreglerna strävade gemenskapen till att undvika motstridigheter om handel bland medlemsstaterna. Utvecklingen har däremot under årens gång gått ifrån säkerställandet av en fungerande handel mot en mer disciplinär uppföljning av medlemsstaternas budgetering.¹⁵⁷ Statsstödsgranskningar var länge starkt förknippade med formella rättsregler, ekonomisk teori har med andra ord inte i större utsträckning tillämpats i övervägningarna om hur statliga stöd lämpar sig på den inre marknaden. De rättsekonomiska skolornas synpunkter på konkurrens började slå igenom på 1970-talet i

¹⁵⁵ *P&O Ferries v. kommissionen*, 112-118 punkten.

¹⁵⁶ *Mål C-431/07: Bouygues SA och Bouygues Télécom SA v. Europeiska kommissionen*, (2009) ECR I-02665, 118-121 punkten.

¹⁵⁷ Coppi 2011, s. 75.

USA och spred sig därifrån till den europeiska rättsdiskussionen. I konkurrensrätten har av tradition ekonomiska teorier och modeller haft minst betydelse i granskningen av statliga stöd, men Europeiska kommissionen har i 2005 års handlingsplan för statliga stöd lyft fram synpunkter om att ekonomiska infallsvinklar kunde utnyttjas i granskningen av statliga stöd. En märkbar förändringstrend mot att istället för att fästa sig vid strikt formella avväganden kan förnimmas i kommissionens strävanden till att göra övervägningar *in casu* där stödåtgärdernas och verksamhetens effekter på konkurrensen utreds i enlighet med ändamålsbundenhetsprincipen.¹⁵⁸ Kommissionens handlingsutrymme begränsas dock i detta hänseende av rättspraxis som etablerats i EU-domstolen, eftersom EU-domstolens fungerar som en central rättsskapande institution inom unionen kan kommissionen svårligen ändra på rådande rättsförhållanden. Kommissionen kan däremot utfärda riktlinjer för bedömning av statsstödsåtgärder under omständigheter som inte omfattas av någon etablerad rättspraxis, dessa riktlinjer och anvisningar ges i allmänhet i form av tillkännagivanden och meddelanden som till sin natur är av *soft law*-karaktär. De ekonomiska bedömningsprinciperna kan däremot med tiden få starkare fotfäste i och med att kommissionens praxis tillämpats i EU-domstolens praxis.¹⁵⁹

Ekonomiska hänsyn har som ovan framgått tidigare inte tillägnats särskilt mycket uppmärksamhet i bedömningen av statliga stödåtgärder, av de rättsekonomiska principerna tillämpades enbart den tidigare behandlade marknadsekonomiska investeringsprincipen. Det är i vissa avvägningar ännu oklart hur ekonomiska teorier och modeller kan utnyttjas för att stöda den rättsliga argumentationen i samband med statsstödsanalyser. I statsstödsanalysen och rättspraxis var det nämligen länge en självskriven presumtion att statliga stödåtgärder leder till snedvridningar i konkurrensen, därför formades i rättspraxis en låg tröskel för konstaterande av sådana snedvridningar i konkurrens och störningar i handeln mellan medlemsländerna som avses i 107 art. FEUF. Däremot har det i senare rättspraxis konstaterats att ekonomiska bedömningar av statliga stöd kan bli nödvändiga i framtiden. Således har i allmänhet ingen omfattande undersökning av de relevanta marknaderna praktiserats i bedömningen av statliga stödåtgärder i EG-domstolen, den avgörande faktorn var huruvida det stödmottagande företaget kan anses få direkta eller indirekta fördelar i förhållande till sina konkurrenter. Så var fallet i målet *Philip Morris*¹⁶⁰ där EG-domstolen ansåg att det inte var nödvändigt

¹⁵⁸ *Id.*, s. 67.

¹⁵⁹ *Id.*, s. 82-84.

¹⁶⁰ *Mål C-730/79: Philip Morris Holland BV v. Europeiska kommissionen.* (1980) ECR-02671, 11-12 punkten.

att fastställa den relevanta marknaden för varan eller tjänsten, det ansågs inte heller vara nödvändigt att fastställa marknadens geografiska utsträckning.

Det har emellertid i vissa situationer varit nödvändigt att undersöka de relevanta marknaderna, i målet *SIDE*¹⁶¹ ansåg EU-domstolen att kommissionen borde ha bedömt stödåtgärdernas inverkan i förhållande till andra företag som utövade motsvarande verksamhet som den understödda verksamheten, vilket innebar tillhandahållande av franskspråkiga böcker. I fallet bedömde kommissionen stödåtgärdens inverkan i ljuset av exportmarknaden för motsvarande verksamhet och därför kunde inte kommissionen uppskatta den verkliga inverkan som åtgärderna skulle få på konkurrensen. Även de geografiska marknaderna kan komma till granskning trots det kategoriska grundantagandet, såsom i målet *Kronofrance*¹⁶² där den mottagande parten var en möbeltillverkare, EU-domstolen ansåg i målet att den relevanta geografiska marknaden sträckte sig över hela unionens territoriella område på grund av att företag som konkurrerar med varandra med överlappande leveransområden i allmänhet strävar till att vidga sina leveransområden till deras så kallade naturliga leveransområden.

Europeiska kommissionen utfärdade år 2005 en handlingsplan för statsstöd i betänkandeform. Handlingsplanen blev det slutliga startskottet för en bredare diskussion om hur ekonomisk analys skulle kunna användas i större utsträckning i avvägningar gällande statliga stödåtgärder.¹⁶³ En av handlingsplanens centrala målsättningar var att inkludera ekonomiska synpunkter i framtida statsstödsanalyser.¹⁶⁴ De övriga målsättningarna i handlingsplanen var att minska på mängden statligt stöd, bättre riktat stöd, effektivare förfaranden, bättre verkställighet samt ökad förutsebarhet och öppenhet i statsstödsärenden. En sista målsättning var ännu att fördela ansvaret för övervakningen av statliga stöd mellan kommissionen och medlemsstaterna.¹⁶⁵ Kommissionen konstaterade i handlingsplanens inledande kommentarer att dåvarande och framtida utmaningar förespråkade ett grundligt förnyande av statsstödspolitiken.¹⁶⁶ Behovet av förnyelser i EU:s statsstödsbestämmelser har onekligen varit befogat men att införliva djupare ekonomisk analys jämsides med etablerad EU-rättspraxis har visat sig

¹⁶¹ *Mål T-155/98*: Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE) v. Europeiska kommissionen, (2002) ECR II-01179.

¹⁶² *Mål T-27/02*: Kronofrance v. Europeiska kommissionen, (2004) ECR II-04177.

¹⁶³ Coppi 2011, s. 68.

¹⁶⁴ Bedömningen gällande förenligheten med undantagen i FEUF 107 art. 2 och 3 punkterna hade i stort verkställts utan större ekonomiska övervägningar eftersom kommissionen har avgett detaljerade anvisningar i ett flertal regelverk.

¹⁶⁵ Handlingsplan för statligt stöd 2005, 18 punkten.

¹⁶⁶ I Handlingsplan för statligt stöd 2005, 1 punkten betonade kommissionen ytterligare att medlemsstaterna kommissioner och intressenter borde kunna samarbeta sinsemellan för att utveckla statsstödsbestämmelserna och -förfaranden så att en hållbar utveckling, konkurrenskraft, social och regional samhörighet jämte miljöskydd bättre skulle kunna främjas med statliga stödåtgärder.

utmanande. Det har trots allt skett en del försiktiga framsteg i förnyandet av statsstödsreglerna, reformerna har bidragit till att förbättra möjligheterna att minska på statliga stödåtgärder och till att åtgärderna bättre kan riktas när det kommer till incentiveffekter och marknadsverkningar. Kommissionens utrymme för ekonomiska avvägningar har således utvidgats gällande horisontala stödåtgärder vars förenlighet med den inre marknaden ska bedömas i enlighet med 107(3) art. FEUF utifrån inkomna förhandsanmälningar. I de i dagsläget gällande regelverken, giltiga från år 2014 till år 2020, har bedömningskriterierna och de allmänna bedömningsprinciperna för stödåtgärder som omfattas av förhandsanmälningsförfarandet förenhetligats, därtill har särskilda kriterier utfärdats för bland annat regionala stöd, stöd till små och medelstora företag (SMF-företag) och stöd till forsknings och utvecklingsverksamhet. Med tanke på avhandlingens omfattning behandlas de sektorspecifika kriterierna inte i större utsträckning, utan de ekonomiska avvägningmöjligheterna illustreras med hjälp av kriterierna för horisontala stöd. Förhandsanmälningsförfarandet tillämpas givetvis inte om åtgärderna är undantagna från förfarandet med stöd av de minimis -förordningen, gruppundantagsförordningen eller de särskilda SGEI-regelverken. Med undantag av de sektorspecifika specialreglerna ska stödåtgärder som omfattas av förhandsanmälningsförfarandet uppfylla principerna om godtagbarhet.

De allmänna bedömningskriterierna tillämpas även om stödåtgärderna inte omfattas av särskilda bedömningsriktlinjer och åtgärdens förenlighet med den inre marknaden bedöms direkt med stöd av grundfördraget. De allmänna bedömningskriterierna består av principerna om att: 1) stödet inverkar på fullbordandet av en klart avgränsad gemensam fördel, 2) behovet av stöd grundar sig på marknadsbrister, 3) stödåtgärden är ett ändamålsenligt verktyg för att uppnå förbättrade förhållanden, 4) stödåtgärden fungerar som ett ändamålsenligt incentiv för den mottagande parten, 5) stödåtgärden står i rätt proportion till sitt syfte, 6) undvikande av orimliga negativa verkningar på konkurrens och funktionen av den gemensamma inre marknaden samt att 7) stödåtgärden kan anses vara transparent.¹⁶⁷ Dessa bedömningsgrunder baserar sig på de tidigare riktlinjerna för bedömningen av godtagbarheten av statliga stödåtgärder som tillämpades i det s.k. avvägningstestet som tillämpades 2007- 2013. Möjligheten att ta ekonomiska verkningar i beaktande var ett steg mot den målsättning som uppställdes i 2005 års handlingsplan för statligt stöd, i avvägningstestet avgjorde kommissionen om åtgärdens positiva verkningar översteg åtgärdens negativa verkningar. Enligt nu gällande riktlinjer avgör kommissionen om kriterierna 1-5 och 7 för stödets positiva verkningar kumulativt uppfylls samt om

¹⁶⁷ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 264 - 266.

stödets negativa verkningar är tillräckligt begränsade. Att kriterierna för stödåtgärdernas positiva verkningar är kumulativa innebär att samtliga kriterier ska uppfyllas för att stödet ska kunna anses godtagbart. Om det är frågan om en enskild stödåtgärd av engångsnatur bedömer kommissionen stödets förväntade verkningar, om förhandsanmälningsförfarandet däremot gäller ett stödprogram där ett flertal stödåtgärder kan aktualiseras behöver kommissionen information av medlemsländernas myndigheter om de verkningar som ett värstafallscenario skulle innebära för att kunna göra en ändamålsenlig och korrekt bedömning om åtgärdernas ändamålsenlighet.¹⁶⁸

I förhandsanmälningsförfarandet ska medlemsstaterna kunna bevisa att den föreslagna stödåtgärden faktiskt gynnar sådana målsättningar som listas i 107(3) art. I utgångsläget ska den nationella statsstödsmyndigheten ha konstaterat att en marknadsbrist föreligger för de aktuella tjänsterna, således ska det med andra ord föreligga ett faktiskt behov för de planerade stödåtgärderna. Det är värt att notera att inte enbart effektivitetshänsyn beaktas vid bedömningen av behovet för stödåtgärder, utan även säkerställandet av en jämlik fördelning av välfärden på medlemsstatens område kan motivera t.ex. regionala stöd eller stöd till SMF-företag. För att kommissionen ska kunna bedöma de planerade stödåtgärdernas inverkan på målsättningarna för medlemsstaternas gemensamma fördel ska medlemsstaternas myndigheter kunna bevisa marknadsbristernas existens, statsstödsmyndigheten ska således kunna bevisa att marknadsbristerna inverkar på verksamheten i så hög grad att verksamheten inte skulle kunna äga rum om den inte beviljades statligt stöd. Marknadernas dysfunktion kan bevisas genom jämförande analyser, miljökonsekvensbedömningar jämfört med kostnaderna för att minska på utsläpp eller undersökningar som bevisar att marknaden är belastad av externa effekter eller informationsproblem. Behovet av statligt stöd kan även motiveras med behovet av att lösa sociala eller regionala likställighetsproblem, det kan röra sig om lönesubventioner till arbetare som verkar under utmanande förhållanden eller regionalt stöd för att avhjälpa problem i lönsamhet av kollektivtrafik i glest befolkade områden. Regionala eller sociala likställighetsproblem kan illustreras med hjälp av statistiska jämförelser av t.ex. arbetslöshetsgrad eller andra indikatorer på materiell fattigdom.

Statsstödsmyndigheterna ska vidare kunna bevisa att statligt stöd är ett ändamålsenligt medel för att avhjälpa marknadsbristerna eller likställighetsproblemen. Vid behandlingen av förhandsanmälningar om statliga stödåtgärder undersöker kommissionen om det vore möjligt att uppnå målsättningarna med hjälp av mindre belastande åtgärder, avgörande är således om statsstödsmyndigheten utvärderat alternativa lösningar såsom beviljande av

¹⁶⁸ *Ibid.*

lån, garantier eller andra reversibla åtgärder och konstaterat att dessa alternativa lösningar inte kan användas. Kommissionen undersöker vidare om de planerade stödåtgärderna faktiskt har en incentivverkan som skulle driva stödmottagaren till att verka enligt unionens gemensamma intresse. Att stödmottagaren verkar i enlighet med unionens gemensamma intresse innebär enligt Friederiszick et al. att stödmottagaren i sin verksamhet främjar den totala europeiska välfärden, med undantag av omfördelningsmålsättningar.¹⁶⁹ Vid bedömningen av stödets incentivverkan är utgångspunkten att stödet fungerar som ett ändamålsenligt incentiv om stödmottagaren på grund av stödet idkar verksamhet som stödmottagaren inte annars skulle idka, incentivkriteriet kan även anses bli uppfyllt om stödmottagarna tillhandahåller varor eller tjänster i större utsträckning än vad de annars skulle. Incentivkriteriet kan inte anses vara uppfyllt om verksamheten skulle äga rum oberoende av stöd, i så fall kan stödåtgärden anses utgöra förbjudet statligt stöd och kan följaktligen inte genomföras. Vid bedömningen av om stödåtgärdens incentivverkan är tillräcklig behöver i allmänhet en kontrafaktisk analys genomföras, kontrafaktiska analyser går ut på att jämföra det sannolika scenario som skulle följa om stöd skulle beviljas med ett alternativt d.v.s. kontrafaktiskt scenario. I den kontrafaktiska analysen riktas intresse till hur verksamheten skulle ta form om stöd inte skulle beviljas, om lönsamheten för verksamheten vore bättre än om stöd inte skulle beviljas kan det konstateras att stödet har en faktisk incentivverkan.¹⁷⁰

Att de planerade stödåtgärderna ska stå i proportion till vad som är nödvändigt för att verksamheten ska bära betyder att stödet som beviljas inte får överstiga det minsta möjliga belopp som behövs för att uppnå målsättningarna. Beviljas däremot mer stöd än vad som vore nödvändigt leder det i allmänhet till konkurrensstörningar. Har statsstödsmyndigheten hållit sig till de i statsstödsreglerna angivna maximistödsgränserna, som bestämts utifrån schablonmässiga beräkningsgrunder för godtagbara utgifter, kan stödet i allmänhet anses vara proportionerligt. I bedömningen av stödåtgärder som anmälts till kommissionen undersöker kommissionen ändå de planerade stödåtgärderna närmare för att säkerställa att verksamhetens lönsamhet inte beror på erhållet statligt stöd.¹⁷¹

För att de planerade stödåtgärderna ska anses vara förenliga med den inre marknaden ska de snedvridande verkningarna på konkurrensen vara begränsade och de får inte heller överstiga stödåtgärdernas nyttiga verkningar. Kommissionen har i princip konstaterat att

¹⁶⁹ Vid analys av omfördelningsåtgärder kan det vara värt att även beakta sociala välfärdsåtgärder. Sociala välfärdsåtgärder behandlas nedan på s. 57.

¹⁷⁰ Anvisningar för motsvarande kontrafaktiska analyser kan bland annat hitta i särbestämmelser för miljö- och energisektorer. Se närmare i Alkio – Hyvärinen 2016, s. 270-272 samt Friederiszick – Röller – Verouden 2007, s. 646.

¹⁷¹ Alkio – Hyvärinen, s. 272.

statliga stödåtgärders skadeverkningar på kort sikt minimeras om avsikten med de planerade stödåtgärderna är att avhjälpa en marknadsbrist och ifall stödet avgränsats så att det står i proportion till stödbehovet. På lång sikt kan stödåtgärderna däremot leda till störningar i produktmarknaderna, eller orsaka skadeverkningar som beror på stödåtgärdernas geografiska utbredningsområde. Kommissionen har inte i statsstödsanalysen tillämpat lika utförliga marknadsbedömningar om produktmarknader som vid granskning av företagsfusioner eller konkurrensbegränsande åtgärder. Däremot identifierar kommissionen de konkurrenter, leverantörer och underleverantörer som stödmottagarens ändrade marknadsbeteende skulle inverka på. Även utbredningen av den marknad som stödmottagaren och konkurrenterna verkar på tas i beaktande. På bedömningen av de planerade stödåtgärdernas skadeverkningar på produktmarknaden inverkar bland annat de planerade stödåtgärdernas egenskaper, såsom stödbeloppet, stödformen, om stödmottagaren valts i ett öppet och icke diskriminerande förfarande, stödtidens varaktighet samt möjliga återkommande stöd.

Gällande de marknadsstrukturer som påverkas av stödet bedöms bland annat förekomsten av marknadskoncentrationer, stödmottagarens marknadsposition före och efter stödet, stödets inverkan på hur potentiella konkurrenter kan komma in på marknaden, hur konkurrenterna kan reagera på förändrade marknadsförhållanden eller hur konkurrenterna kan avsluta olönsam marknadsverksamhet. Ytterligare beaktas branschvisa sär-egenskaper såsom överkapacitet i jämförelse till efterfrågan på marknaden. Gällande de snedvridande verkningarna av geografiskt avgränsade stöd riktar kommissionen intresse till om stödmyndigheten beaktat producenter på alternativa geografiska områden och deras inverkan på verksamhetens lönsamhet, detta för att säkerställa att verksamheten äger rum på det geografiska område där verksamheten mest effektivt kan idkas. I statsstödsreglerna ingår även rekvisit för uppenbart skadliga marknadsverkningar som innebär att stödåtgärden inte kan vara förenlig med den inre marknaden, sådana oförenliga stödåtgärder utgör bland annat åtgärder som bryter mot EU-lagstiftningens och den inre marknadens centrala principer, eller leder till skiftningar i verksamhetens geografiska lokalisering utan att uppfyllelsen av unionens gemensamma intressen gynnas.¹⁷²

Buelens et al. poängterar att om övervakningen av statliga stödåtgärder ska fungera förutsätts att medlemsstaterna förbinder sig till sina anmälnings- och rapporteringsplikter. En möjlighet att säkerställa medlemsstaternas förbindelse till statsstödsreglerna vore att stärka kommissionens utredningsmöjligheter samt att ställa upp effektiva sanktioner mot

¹⁷²*Id.*, s. 273-275.

lamslagningar av EU:s statsstödsregler.¹⁷³ Därtill diskuteras de tillämpade välfärds-
måttens betydelse för resultatet av bedömningen av stödåtgärderna, välfärdsmått som
mäter den totala välfärdsnivån i ett samhälle föredras ofta över andra välfärdsmått
eftersom då undviks snedvridna resultat på överskott för konsumenter eller producenter.
Idealet vore att tillämpa sociala välfärdsmått i situationer av avvägning mellan positiva
och negativa effekter av en planerad stödåtgärd, detta eftersom välfärdsstandarden även
beaktar samhällelig likställighet. Dessa likställighetsbrister kan avhjälpas genom
utjämnande åtgärder såsom ekonomiska bidrag till mindre bemedlade folkgrupper eller
regioner. I välfärds-kalkylerna beaktas även kostnader och dödvikt-kostnader som kan
uppstå på grund av stödåtgärderna eller snedvriden beskattning. Det kan däremot påstås
att de negativa verkningarna, som konsumenterna påverkas av, inte tillräckligt beaktas i
välfärds-kalkylerna. Konsumenternas välfärd borde enligt dessa synpunkter tillskrivas
särskild vikt för att motverka staternas benägenhet att gynna inhemska varu- och
tjänsteproducenter i jämförelse med konsumenterna i sina stödåtgärder.¹⁷⁴ Ur statsstöds-
praxis framgår att vikt har lagts på de effekter stödmottagarens konkurrenter känner till
följd av en planerad stödåtgärd, vilket i viss mån kan motiveras av att effekter som
drabbar konkurrenterna på lång sikt leder till allokativ ineffektivitet. Huruvida utfallet av
långsiktiga bedömningar egentligen skulle avvika från varandra beroende på om
effekterna på konkurrenterna eller konsumenterna beaktas kan ifrågasättas. Eftersom
valet av välfärdsmått kan vara avgörande för bedömningsresultatet, bör det tillämpade
välfärds-måttet väljas utifrån de målgrupper som i störst utsträckning skulle påverkas av
de planerade stödåtgärdernas spegelverkningar.¹⁷⁵

¹⁷³ Buelens – Garnier – Meiklejohn – Johnson 2007, s. 6.

¹⁷⁴ Friederiszick – Röller – Verouden 2007, s. 642-643.

¹⁷⁵ Buelens – Garnier – Meiklejohn – Johnson 2007, s. 9-10.

5 KOMMUNAL KOMPETENS, STATLIGT STÖD OCH KONKURRENS-NEUTRALITET

5.1 Kommunens verksamhetsområde, kompetens och marknadsverksamhet

I Kommunallagens (410/2015) 15 kapitel regleras kommunernas verksamhet på marknaderna, bestämmelserna härrör ur Europeiska unionens statsstödsregler, ur förbudet mot att bevilja särskilda eller exklusiva rättigheter samt ur strävan till neutrala konkurrensförhållanden mellan samfund med offentlig anknytning och privata samfund. Angående stöd till näringslivsaktörer är de nationella bestämmelserna utförligare än de krav som ställs i EU-rätten. Fastän kommunerna är från staten avskilda juridiska personer, bör det i detta sammanhang understrykas att även de stödåtgärder kommunerna åtar sig faller inom tillämpningsområdet för reglerna om statligt stöd, detta eftersom kommunerna i likhet med egentliga statliga instanser förvaltar offentliga medel som införsamlats genom beskattning av medborgarna. Att kommunerna erhåller statsandelar förstärker ytterligare denna ståndpunkt. Om den tidigare utvecklingen kan det nämnas att en del av bestämmelserna i 15 kap., närmare bestämt 126–128§, upptogs redan 2013 genom ändringar i 1995 års kommunallag. I och med 2015 års reformer tillkom ytterligare bestämmelser, närmare bestämt 129§ om beviljande av lån, borgen eller andra säkerheter, 130§ om fastställande av de marknadsmässiga villkoren för överlåtelse av eller arrenderingsavtal för en fastighet som ägs av kommunen, 131§ om skyldigheten att tillhandahålla tjänster och slutligen 132§ om konkurrenslagens tillämplighet på kommunens marknadsverksamhet. Genom bestämmelserna avgränsades kommunernas handlingsutrymme så att det skulle gå att säkerställa att förbjudna statliga stöd inte förekommer i kommunernas ekonomiska verksamhet, därtill var målsättningen att skapa klarhet i tillämpningen av Europeiska unionens statsstödsregler. Sammanfattningsvis behöver kommunerna följa såväl EU:s statsstödsregler, kommunallagens 15 kap. som konkurrenslagens (948/2011) 4 a kap. när de verkar i konkurrensläge på marknaderna. Bestämmelserna i kommunallagens 15 kap. medförde i övrigt inga större begränsningar eller utvidgningar av kommunernas behörigheter.¹⁷⁶

Kommunalförvaltningens centrala särdrag kan ytterligare anses motivera kommunernas ställning såsom statsstödsmyndigheter som ska följa EU:s statsstödsregler. Kommunalförvaltningens centrala särdrag har i sin tur formats utifrån grundlagsutskottets praxis om grundlagsskyddet för kommunernas självstyrelse.¹⁷⁷ Av kommunalförvaltningens

¹⁷⁶ Harjula – Prättälä 2015, s. 833-834.

¹⁷⁷ *Id.*, s. 58-59.

centrala särdrag kan särskilt intresse riktas till kommunernas ställning såsom självständiga juridiska personer åtskilda från statsmakten och till att kommunerna självständigt kan besluta om sina ekonomiska och finansiella förhållanden, vilket i sin tur kan ses som ett argument för att kommunala myndigheter i EU-rätten kan jämföras med statliga stödmyndigheter när de beviljar sådana stöd som uppfyller kriterierna för förbudet mot att lämna oändamålsenliga statliga stöd.

Medel som utdelas i form av statliga stöd har givetvis ett ursprung, således finansieras statliga stöd med tillgångar som insamlats genom beskattning av kommuninvånarna, fastigheter inom kommunens område och indirekt av nationella samfund. Skatteintäkterna och avlagda offentliga avgifter har givetvis en marginalkostnad i form av privat konsumtion. Kommunerna har enligt 121.3§ Finlands grundlag (731/1999) beskattningsrätt, men kommunalbeskattningen verkställs i praktiken ändå av staten, efter verkställd beskattning överförs kommunalskatteintäkterna till kommunerna. Nämnad omständighet uppfyller ett av rekvisiten för statligt stöd, nämligen rekvisitet om att medel offentliga instanser avstår ifrån i form av t.ex. skattelättnader kan utgöra förbjudet statligt stöd om det i sin tur skulle innebära förminskade offentliga inkomster i jämförelse med en situation utan skattelättnader.¹⁷⁸ Vidare konstateras att de statsandelar kommunerna erhåller för finansiering av verksamheten enbart förstärker ståndpunkten att kommunala stödåtgärder kan uppfylla statsstödsrekvisiten.¹⁷⁹ Att kommunerna kan utöva självständig beslutandemakt över deras ekonomiska angelägenheter talar ytterligare för att kommunala stödåtgärder ska jämföras med sådana statliga stödåtgärder som avses i EU:s statsstödsregler. I övrigt vore en situation där ett företag indirekt deltar i finansiering av statliga stöd till sina konkurrenter i beskattning minst sagt inkonsekvent. Företagsverksamhet och stöd till sådan verksamhet hör enbart i undantagsfall till kommunens uppgifter och behörighet, och då på grund av vägande orsaker. Spekulativ verksamhet och risktagande hör således inte till kommunernas verksamhet.

Kommunerna kan mycket väl uppfylla deras organiseringsansvar, som inte utgör utövande av offentlig myndighetsverksamhet, genom att ingå avtal med privata näringsidkare om produktionen av de tjänster som faller inom kommunens organiseringsansvar. Således kan kommunerna inom ramarna för organiseringsansvaret utlokalisera tjänsteproduktionen till privata näringsidkare. I Finlands kommunalrättsliga utveckling

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ EU-domstolen konstaterade i *Mål C-379/98: PreussenElektra AG v. Schlesweg AG*, (2001) ECR I-02099, om användning av statliga medel att samtliga fördelar en stat avger inte nödvändigtvis utgör förbjudet statligt stöd, utan endast fördelar som tilldelas direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel kan anses innebära statligt stöd. Statsstödsbegreppet omfattar med andra ord endast de fördelar som ges direkt av medlemsstaten eller genom ett offentligt eller privat organ som inrättats av staten.

har det ansetts att kommunerna bär ett helhetsansvar för både organisering och produktion av de tjänster som hör till kommunens uppgifter och behörighet, ingen skiljelinje har heller dragits mellan kommunernas organiseringsansvar och själva skötseln d.v.s. produktionen av tjänsterna, trots detta har det ändå varit möjligt och till och med önskvärt att privatisera funktioner som äger rum i konkurrensläge på marknaden i linje med beställar-producentmodellen.¹⁸⁰ Enligt 9§ kommunallagen kan kommunen producera de tjänster som hör till dess organiseringsansvar i egen regi eller upphandla tjänsterna på avtal från en tjänsteproducent, om kommunen upphandlar tjänster av utomstående part kvarstår ändå organiseringsansvaret för tjänsterna i fråga, medan tjänsteproducentens ansvar och förpliktelser framgår av vad kommunen och tjänsteproducenten avtalat.¹⁸¹ Beställar-producentmodellen används för att åskådliggöra kommunens upphandling av tjänster från utomstående samfund samt kommunens interna tjänsteproduktionsstruktur mellan kommunens olika enheter. Kommunen kan däremot inte utlokalisera sådana i grundlagens 124§ avsedda offentliga förvaltningsuppgifter till andra än myndigheter, sådan överföring av förvaltningsuppgifter kan enbart ske med stöd av lag och överföringen ska vara nödvändig för att uppgifterna ska kunna skötas på ett ändamålsenligt sätt, överföringen får inte heller äventyra grundrättigheterna, rättsskyddet eller andra förutsättningar för god förvaltning.¹⁸² Enligt grundlagens förarbeten ska begreppet offentliga förvaltningsuppgifter förstås som en omfattande helhet och därmed innefattar skötseln av offentliga förvaltningsuppgifter inte enbart utövande av makt utan även tillhandahållandet av vissa tjänster beroende på deras natur.¹⁸³

I kommunens organiseringsansvar för sina lagstadgade uppgifter ingår ansvaret för att tjänsterna eller andra åtgärder är jämlikt tillgängliga för de som behöver utnyttja dem. I kriteriet om tjänsternas tillgänglighet ingår även krav som följer av likställighetsprincipen, således får ingen behandlas olika på grund av ålder, kön, etnisk bakgrund eller någon annan orsak. Till organiseringsansvaret hör vidare ansvaret för att fastställa behovet på tjänsterna, nivån på tjänsterna och i vilken utsträckning tjänsterna ska tillhandahållas, i bedömningen av behovet av tjänsternas tillgänglighet ska såväl den finskspråkiga som den svenskspråkiga befolkningens möjligheter att i tillräcklig utsträckning ta del av tjänsterna på sitt modersmål i enlighet med de grunder som anges i språklagen och i annan lagstiftning. Till kommunens organiseringsansvar räknas även ansvaret för hur tjänsterna produceras, övervakningen av tjänsteproduktionen och

¹⁸⁰ Valkama 2004, s. 14.

¹⁸¹ Harjula – Prättälä 2015, s. 200.

¹⁸² *Id.*, s. 196. Se även EU-domstolens resonemang i *SAT* och *Compass-Datenbank* som behandlats tidigare i avhandlingens avsnitt 2.5.

¹⁸³ *Id.*, s. 203. Samt RP 1/1998 rd, s. 62.

finansieringen av dessa tjänster. Det slutgiltiga ansvaret för den offentliga maktutövningen som onekligen ingår i beslutsfattandet om tjänsternas organisering faller på kommunen i egenskap av offentlig instans, och därför ska beslut i samband med verkställandet av organiseringsansvaret fattas av behöriga tjänsteinnehavare.¹⁸⁴ Den tjänsteproduktion som enligt lag ska ombesörjas av kommunernas kan ske i kommunens egna verksamhet eller utlokaliseras genom samarbetsförfaranden med andra kommuner eller samkommuner, genom upphandlingsförfaranden eller privatiseringsåtgärder såsom att grunda kommunala tjänsteproduktionssamfund i form av affärsverk eller aktiebolag. Det är även möjligt att decentralisera konkurrensutsättningen av tjänsterna genom att bevilja servicesedlar som kommunens invånare kan använda för att konkurrensutsätta tjänsteproducenterna genom sina konsumtionsval. Kommunerna bär ändå det slutgiltiga ansvaret över organiseringen av tillhandahållandet av de tjänster som enligt lag tillhör kommunens uppgifter och behörighet.

Ytterligare ska kommunerna i egenskap av offentliga aktörer i den utsträckning verksamheten innebär offentlig myndighetsutövning och skötsel av förvaltningsuppgifter beakta rättsprinciperna inom förvaltningen i 6§ förvaltningslagen 443/2003. Proportionalitetsprincipen är en av dessa rättsprinciper och går i korthet ut på att myndigheternas åtgärder ska stå i rätt proportion till sitt syfte. I samband med offentliga tjänsteålägganden innebär proportionalitetsprincipen att vid beviljande av privilegier till företag som tillhandahåller SGEI-tjänster ska dessa fördelar vara skäliga i relation till uppnådda målsättningar.¹⁸⁵ I statsstödsärenden motsvaras proportionalitetsprincipen i sin tur långt av att statliga stödåtgärder inte får beviljas till ett större belopp eller till större omfattning än vad som är nödvändigt för att uppfylla stödåtgärdens syfte.

5.2 Kommunernas och deras dottersamfunds marknadsverksamheter

Bestämmelsen om kommunernas uppgifter och behörigheter avgör vilken verksamhet en kommun kan idka och avgränsar den näringsverksamhet kommunerna kan utöva samt den marknadsverksamhet som kommunerna och deras s.k. dottersamfund kan utöva. Uppehållet av de allmänna förutsättningarna för näringslivet ingår i de kommunala uppgifternas kärnområde, vilket kan innebära upprättande och skötsel av nödvändig infrastruktur, tillhandahållande av el- och energiproduktion samt vattenförsörjning som näringslivet i sin tur kan dra nytta av, således kan kommunerna i sin verksamhet inverka betydligt i de lokala företagens verksamhetsförutsättningar.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Id.*, s. 199-200.

¹⁸⁵ Alkio – Wik 2009, s. 939.

¹⁸⁶ Harjula – Prättälä s. 176-177.

Det förefaller naturligt att inleda granskningen av kommunernas marknadsverksamhet med att konstatera att enligt kommunallagens 126.1§ ska skötseln av kommunens uppgifter enligt 7§ som sker i konkurrensläge på marknaden organiseras i aktiebolags-, andelslags-, förenings- eller stiftelseform.¹⁸⁷ Denna skyldighet är den s.k. bolagiserings-skyldigheten, detta för att aktiebolagsformen i många fall visat sig som den mest lämpliga organisationsformen för majoriteten av de uppgifter som sköts i konkurrens med andra marknadsaktörer.¹⁸⁸ Kommunallagens 126.2 § 1-6 punkten anger sådana omständigheter under vilka kommunen åtminstone inte verkar i konkurrensläge på marknaden, enligt den första punkten sköter kommunen inte uppgifter i konkurrensläge på marknaden om kommunen med stöd av lag tillhandahåller tjänster åt kommunens invånare och övriga personer som kommunen är skyldig att erbjuda tjänster till. Enligt den andra punkten i 126.2 § sköter kommunen inte heller tjänster i konkurrensläge då kommunens uppgifter sköts under sådana former av offentligrättsligt samarbete mellan kommuner som föreskrivs i 49§ och tjänsterna tillhandahålls för att tillfredsställa kommuninvånarnas eller andras behov. Verksamhet som sker i en i 49§ avsedd samarbetsform där transaktionerna sker mellan kommunen och en sådan enhet som enligt lag om offentlig upphandling och koncession (1397/2016) 15§ (upphandlingslagen) eller lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (1398/2016) 25§ (upphandlingslagen inom försörjningssektorerna) inte utgör en anknuten enhet, innebär däremot att kommunerna utövar verksamhet i konkurrensläge på marknaden.

Verksamheten äger inte heller rum i konkurrensläge om inga övriga skyldigheter att konkurrensutsätta verksamheten föreligger. Ytterligare äger verksamheten inte heller rum i konkurrensläge ifall kommunen utövar sådan utbildningsverksamhet som kräver tillstånd, sådan övrig verksamhet som upptagits i tillståndet eller andra arbeten såsom elev- eller studerandearbeten utgör enligt 126:2§ 4 punkten inte heller verksamhet som bedrivs i konkurrensläge på marknaden. Kommunen verkar inte heller i konkurrensläge om verksamheten sker i sådan monopolställning som grundar sig på lag eller beror på att verksamheten till sin natur utgör ett naturligt monopol, ytterligare sker inte heller sådan tjänsteproduktion som nära anknyter till monopolverksamheterna i konkurrensläge. Enligt 126:2§ 6 punkten kan inte heller sådana kommunala köp, försäljningar eller utarrenderingar som anknyter sig till skötseln av kommunens uppgifter som planläggningsmyndighet enligt markanvändnings- och bygglagen anses utgöra verksamhet i konkurrensläge på marknaden. Om kommunen däremot deltar i anbudsförfaranden i

¹⁸⁷ Mäenpää 2018, s. 1183 och 1191.

¹⁸⁸ För skötseln av social bostadsproduktion har ett antal kommuner ändå valt att organisera verksamheten och skötseln av uppgifterna i stiftelseform.

egenskap av offertgivare verkar kommunen enligt 126.3§ i konkurrensläge på marknaden, vilket däremot inte gäller om kommunen lämnar offert på tillhandahållande sådana utbildnings- och undervisningstjänster som avses i 126:2§ 4 punkten.

Om inte någon av de undantagsvillkor som anges i 126§ 2 mom. 1-6 punkten uppfylls, måste ytterligare de undantag från bolagiseringsskyldigheten som anges i 127§ kommunallagen beaktas. Enligt 127§ kan kommunerna trots bolagiseringsskyldigheten i 126.1§ sköta uppgifter inom den egna verksamheten: om verksamheten kan anses vara obetydlig, om kommunen enligt lag får producera tjänster för andra eller delta i anbudsförfaranden, om kommunen tillhandahåller interna tjänster till dottersamfund, om kommunen tillhandahåller tjänster till sådana anknutna enheter som avses i 15§ upphandlingslagen eller 25§ upphandlingslagen inom försörjningssektorerna, eller om kommunen i huvudsak hyr ut lokaler för kommunens egen verksamhet samt till kommunkoncernen tillhörande dottersamfund eller för användning till tjänsteproduktion som konkurrensutsatts, eller om kommunen tillhandahåller tjänster till anställda hos kommunen eller kommunkoncernens sammanslutningar, eller om verksamheten direkt anknyter till skyldigheten att uppehålla beredskap enligt en sådan beredskapsplan som avses i beredskapslagen (1552/2011).¹⁸⁹ Dessa undantag inverkar också på bolagiseringsskyldigheten vid försäljning av varor och tjänster i konkurrensläge på marknaden.¹⁹⁰

Kommunerna ska vidare enligt 128§ kommunallagen i de verksamheter som de med stöd av undantagen i 127§ bedriver i konkurrensläge på marknaden tillämpa en marknadsmässig prissättning av verksamheten.¹⁹¹ Avsikten med bestämmelserna om marknadsmässig prissättning är att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids av att kommunen tillhandahåller varor och tjänster inom ramen för den egna verksamheten. Konkurrens- och konsumentverket (KKV) har avgivit riktlinjer för offentliga instansers prissättning av varor och tjänster enligt marknadsmässiga grunder. Konkurrens- och konsumentverket har i sina riktlinjer understrukit att prissättningen ska bestämmas på marknadsmässiga grunder, vilket innebär att prissättningen ska motsvara det pris som privata näringsidkare skulle ta i ersättning för tillhandahållandet av motsvarande varor och tjänster. Därför ska den konkurrensutsatta verksamhetens vinstandel, de rörliga kostnaderna som uppkommit vid produktionen av varor och tjänster och den andel av de

¹⁸⁹ Bland näringsidkare gav undantagen från bolagiseringsskyldigheten upphov till kritik då de ansågs ge upphov till otydligheter och således skulle möjliggöra olika tolkningar beroende på omständigheterna, ur privata företags synvinkel kan det till och med påstås att undantagsgrunderna skulle försvaga den potentiella konkurrensen på marknaderna. Särskilt reservationen för speciallagstiftningen ansågs dels onödig då ingen sådan speciallagstiftning fanns och dels kunde möjliggöra att ytterligare undantag upptas i senare lagstiftning. Se närmare i Penttilä – Ruohonen – Uoti – Vahtera 2015, s. 27-29.

¹⁹⁰ Se även Penttilä – Ruohonen – Uoti – Vahtera 2015, s. 28-29.

¹⁹¹ Bestämmelsen i 128§ kommunallagen om en marknadsmässig prissättning gäller, enligt hänvisningsbestämmelsen i 64§, även samkommuners verksamhet som sker i konkurrensläge på marknaden.

fasta kostnaderna som kan hänföras till produktionen av nyttigheterna beaktas vid prissättningen. I den mån som avskrivningar på investeringar och andra finansieringsposter är nödvändiga för skötseln av uppgiften ska dessa också beaktas vid prissättningen av varorna och tjänsterna, prisnivån ska ytterligare möjliggöra skälig avkastning på investerat kapital. Kommunallagens bestämmelser om marknadsmässig prisnivå gäller däremot inte direkt varor och tjänster som tillkommit till följd av rehabiliterande arbetsverksamhet eller elev- och studerandearbeten, det vore därför skäligt att uppta specialbestämmelser gällande sådan produktion av varor och tjänster då de kan anses äga rum i konkurrensläge på marknaderna.¹⁹²

Traditionellt har kommunerna idkat näringsverksamhet som tjänat kommunens invånare och övriga medlemmar i allmänhet, till exempel el- och energiproduktion har tidigare skett lokalt i kommunalt drivna verk. Idkas sådan verksamhet i konkurrens med privata aktörer ska verksamheten däremot bolagiseras. Kommunalt driven hotell- och restaurangverksamhet har i allmänhet förutsatt att marknaden utan kommunala ingripanden bristfälligt tillgodoser tjänstebehovet och att driften av sådan verksamhet kan anses uppfylla ett allmänt behov av att främja turism eller övriga intressen. Då kommunerna idkar verksamhet som går ut på att tillhandahålla varor och tjänster i konkurrensläge på marknaden blir givetvis konkurrenslagens bestämmelser tillämpliga, offentliga juridiska personer agerar enligt 4§ konkurrenslagen som näringsidkare.¹⁹³ Kommunerna måste således se till att verksamhetens struktur eller de tillämpade förfaranden inte leder till att företag under kommunens bestämmande inflytande verkar på förmånligare villkor än sina privata konkurrenter, de ska inte heller missbruka dominerande marknadsposition eller eventuell monopolställning så att konkurrensneutraliteten äventyras. I kommunallagens 15 kap. har ett flertal bestämmelser starka kopplingar till ramarna för kommunernas verksamhet i 7§. I 7§ regleras närmast vilken verksamhet en kommun kan idka eller delta i, medan bestämmelserna i 15 kap. ger mer detaljerade begränsningar för att säkerställa att marknadsverksamheten eller stödverksamhet inte snedvrider konkurrensen eller i övrigt bryter mot EU:s statsstödsbestämmelser eller den nationella konkurrenslagen. Eftersom 15 kap. har inneburit en del nyreglering kan det vara värt att förhålla sig försiktigt till tidigare rättspraxis om kommunens uppgifter och behörighet, visserligen kan en del vägledning hämtas ur tidigare praxis men de förändrade rättsförhållandena behöver tas i beaktande. Ett kommunalt beviljande av lån eller borgen kan falla inom

¹⁹² Harjula – Prättälä 2015, s. 856-857 samt Konkurrens- och konsumentverket 2017, s. 1-16.

¹⁹³ Mäenpää 2018, s. 191.

gränserna för kommunernas uppgifter och behörigheter men statsstödsbestämmelserna och kommunallagens 129§ ställer strikta begränsningar på sådan verksamhet.¹⁹⁴

För att kommunerna lagligt ska kunna utöva verksamhet såsom att erbjuda varor och tjänster på marknaden förutsätts givetvis att verksamheten består av skötsel av sådana uppgifter som kommunerna åtagit sig inom ramen för den kommunala självstyrelsen eller skötsel av sådana uppgifter som i lag anförtrotts kommunerna. Grunden för den kommunala självstyrelsen och därigenom kommunernas begränsade behörighet att utöva verksamhet på konkurrensutsatta marknader finns i grundlagens 121§ om kommunal och annan regional självstyrelse, enligt vilken förvaltningen i kommunerna ska grunda sig på invånarnas självstyrelse och bestämmelser om de allmänna grunderna för kommunernas förvaltning och uppgifter ska utfärdas genom lag. Det är även nödvändigt att betrakta grundlagens 121§ i ljuset av att grundlagens rättsprinciper genomsyrar alla dess enskilda paragrafer och därför inverkar bland annat rättsstatsprincipen och den demokratiska principen på hur kommunen kan sköta sina uppgifter i konkurrensläge. Kommunens uppgifter är vidare i 7§ kommunallagen underordnade i verksamhet som kommunen åtagit sig på basis av den kommunala självstyrelsen, d.v.s. den allmänna kompetensen, och i uppgifter som kommunerna ska sköta på grund av lagstiftning, som utgör den särskilda kompetensen. Kommunerna kan genom avtal ta på sig ytterligare offentliga uppgifter än de som hör till kommunerna enligt det kommunala självstyret. I 7§ stadgas ytterligare att skyldigheten att organisera uppgifter i samarbete med andra kommuner regleras särskilt. I gränsfall bestäms omfånget av den allmänna kommunala kompetensen i förvaltningsdomstolarna och i sista hand av högsta förvaltningsdomstolen.¹⁹⁵ I stora drag beror den allmänna utvecklingstrenden på kommunernas tolkningar, men den definitiva beslutandemakten utövas av högsta förvaltningsdomstolen, detaljbestämmelserna om kommuners behörighetsområde utarbetas huvudsakligen av lagstiftarna.¹⁹⁶

Vid bedömningen av hur långt den kommunala behörigheten sträcker sig in på marknaderna, som egentligen är förbehållet det egentliga näringslivet, inverkar förvaltningens rättsprinciper indirekt på vilka uppgifter kommunerna inom ramen för den kommunala självstyrelsen kan anta. Vid avgränsningar av kommunernas uppgifter ska således förvaltningslagens (434/2003) 6§ allmänna förvaltningsrättsliga principer om

¹⁹⁴ Harjula – Prättälä 2015, s.176-177 samt Kuusniemi-Laine 2014, s. 667-668.

¹⁹⁵ Indén 2009, s. 40-54. behandlade utsträckningen av den kommunala kompetensen i Sverige i samband med sedvanlig kommunal affärsverksamhet. Sedvanlig kommunal affärsverksamhet utövas inte sällan på basis av speciallagstiftning men då särskilda skäl förekommer kan kommunerna i undantagsfall engagera sig på det egentliga näringslivets område.

¹⁹⁶ Harjula – Prättälä 2015, s. 161-162.

objektivitet, jämställdhet, proportionalitet, jämlikt bemötande och förbudet mot maktmissbruk tas i beaktande. I rättspraxis har dessutom följande faktorer ansetts begränsa vilka uppgifter kommunerna kan omhänderta: uppgiftens allmännyttiga karaktär, att uppgiften hör samman med ett begränsat geografiskt område, förbudet mot att understöda enskilda, förvaltningens subsidiaritet, arbetsfördelningen mellan olika myndigheter samt förbudet mot spekulativ verksamhet.

I kommunalrätten innebär förvaltningens subsidiaritet att kommunerna inte ska åta sig uppgifter som medborgarna, kommunens invånare eller sammanslutningar kan sköta mer effektivt. I Finland har förvaltningens subsidiaritet inte ägnats särskilt mycket uppmärksamhet som t.ex. i den tyska rättstraditionen, utan subsidiaritetsprincipen inverkar tillsammans med andra faktorer på bedömningen om det ska anses vara allmänt acceptabelt och ändamålsenligt att kommunen omhändertar uppgifterna.¹⁹⁷ Medlemsstatens myndigheter bör i allmänhet även avhålla sig från ingripanden i marknadsförhållanden eller marknadernas funktion.¹⁹⁸ Eftersom kommunerna i stor utsträckning utövar offentlig makt vid beviljande av stöd eller särskilda privilegier kan en koppling till rättsstatsprincipen mycket väl motiveras. Enligt rättsstatsprincipen ska all utövning av offentlig makt och samtliga ingripanden i privatpersoners och privata samfunds rättigheter grunda sig på lag, därtill ska lag noggrant efterlevas i all offentlig verksamhet.¹⁹⁹ Ur likställighetsprincipen kan vi därtill härröra förbudet mot att bevilja ekonomiskt stöd eller annat stöd till privata utan särskilda grunder.²⁰⁰ Stöd som beviljas på ändamålsenliga grunder genom icke-diskriminerande förfaranden är inte förbjudna, men för att stöd till privata ska komma ifråga måste stödet grunda sig på i förhand definierade och icke-särbehandlande grunder. Kommunens invånare ska med andra ord i utgångsläget behandlas likvärdigt, särbehandling på grund av boningsort utgör med andra ord en sådan form av förbjuden särbehandling som avses i grundlagen 6.2§. För att en kommun ska kunna åta sig uppgifter med stöd av den allmänna kommunala kompetensen måste uppgifterna ytterligare vara förknippade med ett allmänt intresse som är gemensamt för kommunens invånare. Enligt kommunallagens 1.2§ ska kommunerna i sin verksamhet främja invånarnas välmående och områdets levnads kraft samt anordna service på ett socialt, ekonomiskt och miljömässigt hållbart sätt. Att målsättningen med den kommunala uppgiften ska vara att tillgodose ett allmänt intresse som gagnar kommunens invånare innebär inte att samtliga kommuninvånare ska beröras av tjänsterna, utan det räcker att kommuninvånarna under liknande förutsättningar har

¹⁹⁷ Harjula – Prättälä 2015, s. 174.

¹⁹⁸ Alkio – Wik 2009, s. 905.

¹⁹⁹ Harjula – Prättälä, s. 51- 53.

²⁰⁰ *Id.*, s. 171.

möjlighet att utnyttja tjänsterna. Att kommunen sköter den aktuella uppgiften ska även vara allmänt acceptabelt, ändamålsenligt och i övrigt passande. Det avgörande kriteriet är i sista hand huruvida det ligger i kommunmedlemmarnas intresse att kommunen omhändertar skötseln av uppgifterna.

Högsta förvaltningsdomstolen ansåg i HFD 1968 II 60 att avlåtande av markområden till ett privat samfund för byggande av en varudepå låg i kommunens och dess medlemmars intresse, och kunde således förklaras förenligt med kommunens uppgifter och behörighet. I glesbygder kan de kommunala behörigheterna vara vidare i utsträckning än i tätorterna, i enlighet med undantagsreglerna för SGEI-tjänster kan i sådana fall kommunala ingrepp för att avhjälpa marknadsbrister anses godtagbara. Enligt 131§ kommunallagen kan en kommun ålägga tjänsteproducenter som verkar i konkurrensläge skyldigheter att erbjuda tjänster för att avhjälpa marknadsbrister, behovet för ingreppet måste däremot alltid utredas i förväg. Efter att tjänsteproducenten har valts i ett öppet och icke-diskriminerande förfarande ska åläggandet ges skriftligt och villkoren för åläggandet anges i beslutet, ersättningen för tillhandahållandet av tjänsterna måste också vara acceptabelt i ljuset av statsstödsbestämmelserna och det allmänna ekonomiska intresset.²⁰¹

Vidare måste uppgifterna en kommun avser åta sig på konkurrensutsatta marknader i allmänhet kunna förknippas med kommunens territoriella område, likväl ska skötseln av uppgifterna huvudsakligen rikta sig mot kommuninvånarna. I likhet med den rikssvenska lokaliseringsprincipen i 2 kap. 1§ Sveriges kommunallag ska uppgifterna kunna förknippas till kommunens område och dess invånare, principen tolkas däremot inte restriktivt.²⁰² Kommunerna kan i begränsad utsträckning trots lokaliseringsprincipen utöva regionalt samarbete inom bland annat sjukvård, utbildning, och uppehållande av trafikleder.²⁰³ Kommunerna har ansetts kunna delta i finansiering av skolbyggnader i en annan kommun ifall byggnaden kommer att användas till utbildning som är tillgängligt för samtliga deltagande kommuners invånare i skolåldern. Kommunerna kan t.ex. enligt elmarknadslagen (588/2013) tillhandahålla el till andra kommuners invånare.²⁰⁴

Den nationella lagstiftningens målsättning har varit att tillförsäkra konkurrensneutraliteten på nationellt plan, det kan påpekas att de nationella kraven i vissa hänseenden är strängare än EU:s statsstödsregler. Redan om verksamheten sker i ett sådant i 126§ kommunallagen avsett konkurrensläge ska verksamheten organiseras i aktiebolags-, andelslags-, förenings-, eller stiftelseform, likväl måste de fastigheter

²⁰¹ Harjula – Prättälä 2015, s. 164-165.

²⁰² Indén 2008, s. 49-50.

²⁰³ Se t.ex. HFD 1984 II 19.

²⁰⁴ Harjula – Prättälä 2015, s.165-166.

kommunerna överlåter till tredje part säljas genom ett öppet och icke-diskriminerande förfarande eller till ett marknadspris som fastställts av en utomstående värderare.

Ett flertal kommuner har grundat utvecklings- eller serviceföretag för att bidra till utvecklingen av näringslivet på kommunens territoriella område, i nämnda företag deltar ofta även privata investerare. De regionala utvecklingsföretagen utövar sin verksamhet i huvudsak genom företagsköp och delägarskap i lokala företag, men kan även inleda och utveckla ny näringslivsverksamhet för att gynna kommunen eller regionen. Kommunernas företagstjänstebolag erbjuder i sin tur utvecklings- och rådgivningstjänster till de lokala företagen och näringsidkarna.²⁰⁵ Trots att huvudregeln är att kommunerna inte får idka spekulativ verksamhet har det blivit allt mer vanligt att kommunerna deltar i riskbelastad investeringsverksamhet, i investeringsverksamheten insamlas medel i fonder som sedan placerar i aktier eller andra andelar i företag, fonderna strävar till att generera värdeökning genom att genom att sälja fondens placeringar på vinst och aktivt förvalta fondmedlen genom att omplacera genererat kapital. Medel som insamlats genom skatter och avgifter får i utgångsläget inte användas till investeringsverksamhet, utan de placerade medlen härrör främst från övriga inkomstkällor såsom arv, gåvor eller försäljning av lös eller fast egendom. En del kommuner har också fått överlopsinkomster i samband med bolagisering av verksamheter som äger rum i konkurrensläge. Sådan investeringsverksamhet kan motiveras genom att kommunen åtminstone indirekt främjar uppfyllandet av sina uppgifter och målsättningar och därtill främjar befolkningens socioekonomiska förutsättningar genom att främja det lokala näringslivet och sysselsättningen i området. När det gäller godtagbarheten av kommunens investeringar i bolag eller placeringsfonder måste bedömningen ändå ske från fall till fall och uppmärksamhet bör ägnas till att de målsättningar som uttrycks i bolagsordningarna och i placeringsfondens stadgar inte strider med kommunens uppgifter och målsättningar.

Kommunallagens begränsningar av kommunernas uppgifter och behörigheter ställer också krav på kommunernas deltagande i företagsverksamhet i egenskap av aktieägare i privata samfund, vilket kan komma i fråga då kommuner sinsemellan grundar ett företag för att främja likadana ändamål som kommunerna även i sina egna verksamheter skulle kunna arbeta för. Kommunernas aktieäggande har numera blivit allt mer betonat på börsnoterade aktiebolag, antingen i form av aktieäggande eller i form av indirekta placeringar genom fonder, trots att kommunernas aktieäggande tidigare grundade sig på kommunala näringslivs- och arbetsmarknadspolitiska intressen. Eftersom de konventionella lärorna om kommunens uppgifter och behörighet svårligen låter sig tillämpas

²⁰⁵ Id., s. 183.

på sådan investeringsverksamhet indelas kommunens investeringar dels i investeringar som kan anses höra ihop med kommunens behörigheter och intresse och dels i investering av kassamedel. Investeringar som kan anses främja kommunernas målsättningar kan till exempel utgöra satsningar på strukturella förändringar i näringsliv och sysselsättning på kommunens område, sådana investeringar bedöms utifrån bestämmelserna om kommunernas uppgifter och förbudet mot spekulativ verksamhet. Investering av kassamedel kan i sin tur bestå av placeringar i penningmarknadsinstrument, obligationer, bankdepositioner, värdepapper, och andra finansieringsinstrument, och vid placering av kassamedel efterlevs principen om oklanderlig ekonomisk förvaltning.

Vid bedömningen av kommunens placeringar som faller inom ramarna för kommunens uppgifter och behörighet måste investeringarna beskådas i ljuset av EU:s statsstödsregler och den marknadsekonomiska investeringsprincipen, i enlighet med vad som diskuterats tidigare i avsnitt 4.3 måste även kommunernas investeringsverksamhet kunna anses likställigt med motsvarande privat investeringsverksamhet. I bedömningen av om en motsvarande privat aktör skulle agera likadant beaktas bland annat de lokala förhållandena, motsvarande åtgärder av privata investerare, placeringarnas storlek, näringsverksamhetens målsättningar och förväntningar samt investeringsmålets finansiella ställning. Således kan kommunernas investeringsverksamhet anses ligga i linje med den marknadsekonomiska investeringsprincipen om jämförbara privata investerare skulle åta sig likadana investeringsåtgärder under motsvarande marknadsvillkor. Om en motsvarande privat marknadsaktör däremot inte under rådande marknadsförutsättningar skulle åta sig likadana investeringsåtgärder som kommunen planerar åta sig kan investeringarna inte anses ske enligt marknadsvillkor, och kommunen bör då inte fatta det aktuella investeringsbeslutet.²⁰⁶ HFD har i sin praxis uppmärksammat kommunala investeringars spegelverkningar på sysselsättningen då främjande av sysselsättning och näringslivet förutsättningar har upptagits som ändamål i kommunalt grundade placeringsfonders stadgar. Högsta förvaltningsdomstolen har i fallet HFD 2002:42 ytterligare ansett att investeringar i det privata näringslivet som härrör ur en av kommunen grundad placeringsfond kan beroende på omständigheterna anses falla inom kommunens uppgifter och behörighetsområde. HFD har i fallet HFD 8.2.1985 T 503 även ansett att överlåtelse av fastigheter till privata företag kan komma ifråga om det framgår att företaget strävar till att främja sysselsättningen och näringslivet på kommunens område.

²⁰⁶ Harjula – Prättälä 2015, s. 183-184 samt Tillkännagivande om begreppet statligt stöd 2016, 76 punkten.

5.2.1 Palmiafallets efterdyningar

Vid en närmare granskning av det kommunala aktiebolaget Palmia Ab:s expansiva verksamhet efter bolagiseringsbeslutet 2014 kan det diskuteras om enbart en bolagiseringskyldighet garanterar att konkurrensneutralitetshänsyn i själva verket tillgodoses. Palmia Ab:s strategiska målsättning är uppenbarligen att växa till en nationell aktör, vilket väcker frågor om varför ett kommunalt dotterbolag behöver idka expansiv företagsverksamhet utanför ägarkommunens territoriella område. Det kan ifrågasättas om det kan anses falla inom kommunens behörighetsområde att verka i egenskap av den enda aktieägaren i ett onoterat aktiebolag vars målsättning är att växa till en nationell aktör inom ett flertal olika branscher. Palmia Ab erbjuder väktar- och säkerhetstjänster, catering- och bispisningstjänster samt städnings- och fastighetsservicetjänster på ett flertal orter till vilka bland annat Vanda Stad, Esbo stad och Riihimäki stad tillhör. Utöver detta har Palmia Ab vuxit genom uppköp av andra kommunala tjänsteföretag vilket antyder på att Palmia Ab strävar till att stärka sin marknadsposition.²⁰⁷ Under dessa omständigheter kunde det vara skäligt att Palmia Ab skulle sträva till att bli ett börsnoterat bolag för att stå fullständigt fritt från kommunala intressen, det är uppenbart att Helsingfors Stads starka koppling till Palmia Ab ger upphov till en oneutral konkurrenssituation.

Vidare har Finlands Näringslivs vd Mikael Pentikäinen föreslagit att Helsingfors Stad skulle trappa ner sitt aktieäggande i Palmia Ab och överföra bolaget till privat ägarskap, vilket skulle kunna ske genom försäljning av samtliga eller en andel av bolagets aktier eller genom börsnotering. Pentikäinen klandrar dessutom att ett företag som i sin helhet ägs av Helsingfors stad tar betydande företagsekonomiska risker i sin expansiva verksamhet, företagsekonomiska risker som indirekt tas med skydd av skattemedel. Pentikäinen påpekar också att affärsverksamhet inte ingår i kommunernas grunduppgifter, i synnerhet inte om affärsverksamheten sträcker sig utöver kommunens område och idkas i branscher där det inte råder marknadsbrister. Som svar på Pentikäinens kritik har Helsingfors stad hänvisat till sin strategi för 2017-2021 där det konstateras att stadens ägande och ägarstyrning ska stöda tillhandahållandet av tjänster, stadens ekonomi och stadens övriga samhällliga målsättningar.²⁰⁸ Det kan dock diskuteras huruvida det är ändamålsenligt att Helsingfors stad ska erhålla utdelning av affärsverksamhet som drivs utanför stadens område, arrangemanget kan i värsta fall ge upphov till dold kommunalbeskattning där också Palmia Abs kunder utanför Helsingfors Stads område deltar.

²⁰⁷ Koskenranta 2018.

²⁰⁸ Kauppalehti 2018.

Pentikäinens förslag kunde mycket väl vara en lösning till ett ensidigt ägarskap, när ett kommunalt ägt företag inleder verksamhet utanför kommunens territoriella område och verksamheten inte sker i samarbete med andra kommuner, kan verksamheten inte längre anses falla inom kommunernas behörighet. Att öppna ägarskapet i ett sådant företag som utövar marknadsverksamhet utanför kommunens territoriella område skulle leda till en mångsidigare ägarsstruktur och därmed till mer neutral ägarstyrning. I vissa fall kunde en börsnotering och nyemission till privata investerare ytterligare öka öppenheten av det offentliga ägarskapet i större företag, en börsnotering skulle också begränsa riskerna för att kommunalpolitiska svängningar skulle inverka på tjänsteföretagets verksamhet.

I sitt utlåtande har Finlands Näringsliv (EK) påpekat att konkurrensen mellan privata marknadsaktörer och offentliga samfund, inklusive deras dottersamfund, fortfarande är belastat av omfattande problem.²⁰⁹ Utlåtandet bygger på föreningens enkätundersökning från år 2017 för SMF-företag om konkurrenssituationen inom olika branscher, där närmare två femtedelar av de företag som svarat på undersökningen upplevde att konkurrensen inte fungerar eller att den fungerar bristfälligt baserat på att företag inte kunnat konkurrera på lika grunder med offentliga företag på grund av de konkurrensfördelar eller privilegier som offentligt ägda företag besitter med stöd av lagstiftning. Fastän EK är en organisation vars uppgift är att främja förutsättningarna för företagande och näringsliv i Finland och utlåtandet således enbart belyser EK:s förhållningssätt, antyder utlåtandet ändå att onutrala konkurrensförhållanden förekommer mellan privata och kommunala aktörer. Detta eftersom en del offentliga aktörer i frånvaro av hot om sanktioner lamslår att följa konkurrenslagen, upphandlingsbestämmelserna eller kommunallagen.²¹⁰ Det kan inte heller uteslutas att en del kommuner i värsta fall avstår från att åtgärda *status quo* förrän en konkurrent lämnar in en åtgärdsansökan till KKV.²¹¹

En del konkurrensproblem kan orsakas av missuppfattningar om upphandlingslagens bestämmelser om anknutna enheter såsom i den pågående behandlingen av Marknadsdomstolsfallet Dnr:2018:159, i fallet hade Pargas Stad genom verksamhetsöverlåtelse sålt sin matserviceproduktion till Arkea Ab samtidigt som Pargas Stad köpt 1000 aktier i Arkea Ab, vilket innebär en ägarandel på ynka 0,12 procent av företaget. I tron om att Arkea Ab skulle utgöra en sådan anknuten enhet som avses i upphandlingslagen ingick Pargas Stad därefter ett sjuårigt avtal om tillhandahållande av matproduktion och cateringtjänster med Arkea Ab, i avtalet ingick ytterligare en förlängningsmöjlighet på två år och KKV uppskattade att avtalet totalt skulle uppgå till ett värde på ca. 20 miljoner

²⁰⁹ Lehtonen 2018.

²¹⁰ Kauppalehti 2018.

²¹¹ Penttilä – Ruohonen – Uoti – Vahtera 2015, s. 38-39.

euro. Eftersom Pargas Stad borde ha upphandlat bespisningsjästerna och därmed har lamslagit upphandlingslagen har KKV föreslagit att marknadsdomstolen ska ogiltigförklara upphandlingsavtalet såsom olaglig direktupphandling som överstiger EU-tröskelvärden samt ålägga Pargas stad en sanktionsavgift på 200 000 euro.²¹²

Det finns i ljuset av de under år 2018 uppdagade fallen fortfarande betydliga konkurrensproblem till följd av att marknadsförhållandena inte är tillräckligt neutrala, det kan vidare konstateras att en osanktionerad bolagiseringskyldighet inte alltid räcker till för att säkerställa att kommunerna verkar neutralt i konkurrensläge på marknaderna. Slutligen är det med tanke på Palmia Ab:s utveckling i riktning mot expansiv affärsverksamhet och aggressivt marknadsbeteende intressant att Helsingfors stad år 2014 beslöt att bolagisera affärsverket Palmia uttryckligen för att undvika att konkurrensneutraliteten äventyras. Det är således uppenbart att en osanktionerad bolagiseringskyldighet inte tillräckligt tryggar konkurrensneutrala marknadsförhållanden eller fullständig efterlevnad av EU:s statsstödsregler. På basis av det ovan anförda kan det konstateras att det inte finns några garantier för att neutrala marknadsförhållanden säkerställs när kommunal marknadsverksamhet drivs i fullständigt kommunalt ägda aktiebolag, det vore därför nödvändigt att före inledandet av expansiv marknadsverksamhet genom börsintroduktion möjliggöra marknadsmässigt utbyte av aktierna i ett publikt aktiebolag. Eftersom kommunerna kan delta i riskkapitalinvesteringar med andra tillgångar än skattemedel, finns det nödvändigtvis inga grunder för att kommunen ska vara ensam ägare av ett aktiebolag. Ett marknadsmässigt ägarskap skulle förhindra att kommunerna för att generera kassaflöde strävar till expansiva marknadsverksamheter i egenskap av ensamma aktieägare i ett offentligt ägt företag.

5.3 Statligt stöd som beviljas av kommuner

EU:s statsstödsregler gäller trots benämningen även kommunala stödåtgärder och inte enbart sådana stödåtgärder som statliga myndigheter åtar sig. EU:s statsstödsbestämmelser ska alltid tillämpas om stödåtgärden innebär att en situation av handelspåverkan uppstår, det vill säga att stödåtgärden skulle få konsekvenser som inverkar på handeln.²¹³ De grundläggande statsstödsreglerna i FEUF 107 - 109 art. styr stödåtgärdena men kompletterar också de centrala konkurrensrättsliga reglerna i FEUF 101-102 art, dessa två delområden av konkurrensrätten säkerställer att den gemensamma

²¹² Konkurrens- och konsumentverkets förslag till Marknadsdomstolen, 10.04.2018, Dnr KKV/1021/14.00.60/2017.

²¹³ Leivo – Leivo – Huimala – Huimala 2012, s. 958.

marknaden kan fungera.²¹⁴ Då det kommer till statsstödsreglerna är grundantagandet att medlemsstaterna inte borde bevilja stöd till företag. Om inga undantagskriterier aktualiseras ska planerade stödåtgärder i utgångsläget anmälas till kommissionen före åtgärderna verkställs, så att kommissionen kan bedöma om stödåtgärderna är förenliga med den inre marknaden.²¹⁵ Under kommissionens bedömningstid, får medlemsstatens stödmyndighet inte vidta åtgärder för att verkställa de planerade stödåtgärderna, detta krav är det så kallade *stand still* -kravet som behandlas närmare nedan.

Statligt stöd kan enbart anses försvarligt om det efter en nödvändighetsbedömning konstaterats vara ett ändamålsenligt verktyg för att uppnå noggrant specificerade målsättningar, om stödet skapar passliga incitament, om stödet står i rätt proportion till sitt syfte och om stödets snedvridande verkningar på konkurrensen minimeras. I princip kan en kommun bevilja stöd till näringsidkare som i sin verksamhet främjar de ändamål som kommunen även i de egna företagsverksamheterna kunde främja.²¹⁶ I sådana fall verkar kommunen som statsstödsmyndighet i begreppets egentliga mening, kommunen måste då säkerställa att beslutet om beviljande av stöd har skett i rätt ordning och utreda om åtgärderna innebär beviljande av statligt stöd och ifall åtgärderna kan verkställas som de minimis -stöd eller som ett sådant undantag som listats i kommissionens gruppundantagsförordning och ytterligare om åtgärderna omfattas av förhandsanmälningsförfarandet. Om de planerade åtgärderna omfattas av förhandsanmälningsförfarandet måste kommunen anmäla åtgärden till kommissionen som i sin tur utreder om åtgärderna kan anses förenliga med den gemensamma marknaden, under tiden ska kommunen återhålla sig från att verkställa åtgärderna eftersom *stand still* -kravet förutsätter att inga åtgärder för att verkställa stödåtgärder får inledas under den tid som kommissionen behöver för att utreda ärendet.²¹⁷

Det är lätt att konstatera att regleringen i kommunallagens 15 kap. och EU:s statsstödsregler överlappar varandra, kommunallagen ger ett visst utrymme för nationellt ändringssökande i statsstödsärenden. Kommunala beslut gällande statliga stöd kan överklagas i enlighet med 135 § kommunallagen genom kommunalbesvär till förvaltningsdomstolarna, i samband med kommunalbesvär undersöks om kommunen uppfyllt sina förpliktelser i egenskap av statsstödsmyndighet, förvaltningsdomstolen är däremot i fall som gäller kommunalbesvär bunden till de besvärsgrunder som den

²¹⁴ Förbudet i FEUF 106 art. mot att uppehålla verksamhetsstrukturer och förfaranden som i strid med fördragen gagnar eller stöder offentliga och privilegierade företag behöver förstås i ljuset av FEUF 101-102 art. och 107-108 art.

²¹⁵ Indén 2009, s. 171.

²¹⁶ Harjula – Prättälä 2015, s. 182.

²¹⁷ *Id.*, s. 838-839.

besvärande parten har angett och därför är det viktigt att ange att besväret grundar sig både på att beslutet strider mot kommunallagens bestämmelser om kommunens uppgifter och behörighet, bestämmelserna i kommunallagens 15. Kap. och slutligen också EU:s statsstödsregler. Yrkas det i besvärsskriften på att det kommunala beslutet innehåller element som utgör förbjudet statligt stöd avgör förvaltningsdomstolen om kommunen i beslutsprocessen i tillräcklig utsträckning utrett att det inte ingått statligt stöd i stödåtgärden och att stödet beviljats i den ordning som statsstödsreglerna förutsätter. Om den besvärande parten inte yrkar på att beslutet strider mot EU:s statsstödsregler undersöker förvaltningsdomstolarna följaktligen inte om beslutet strider mot statsstödsreglerna.²¹⁸

Jag anser att den korta tidsfristen för kommunalbesvär är otillräcklig med tanke på verkningarna av en statlig stödåtgärd som beviljas av en kommunal statsstödsmyndighet, det kan ifrågasättas om den besvärstid på 30 dagar som gäller för kommunalbesvär är tillräcklig för att den stödmottagande partens konkurrenter ska kunna forma sig en uppfattning av statsstödsreglerna och om det finns tillräckliga grunder för ett kommunalbesvär. De företag som konkurrerar med den stödmottagande parten är inte alltför sällan av mindre företag eller näringsidkare som inte nödvändigtvis besitter den kunskap som krävs för att bedöma stödåtgärderna i ljuset av EU:s statsstödsregler och kan därför behöva tid för att söka juridisk rådgivning. En längre tidsfrist kan visserligen orsaka förvaltningsprocessuella svårigheter, den föreslagna förlängda besvärstiden kunde därför tillämpas enbart i sådana statsstödsärenden som inte omfattas av de minimis -undantagen eller av gruppundantagsförordningen. I ljuset av dessa synpunkter kan den besvärstid som möjliggörs genom kommunalbesvär anses vara otillräcklig då det kommer till ändringssökande i statsstödsärenden som egentligen omfattas av förhandsanmälningsplikten. Om kommunen underlåtit att anmäla en stödåtgärd som omfattas av förhandsanmälningsförfarandet vore en anmälan till kommissionen också ändamålsenlig.

Synpunkterna på att den korta tidsfrist som belastar kommunalbesvär är otillräcklig förstärks ytterligare av att kommissionen med stöd av 14 art. tillämpningsförordningen mycket väl kan ingripa i kommunens beslut att bevilja stöd till företag trots att den

²¹⁸ I fallet HFD 31.1.2012 T 120 kunde inte förvaltningsdomstolen som tidigare rättsinstans granska om beslutet som gett upphov till kommunalbesväret stred mot EU:s statsstödsregler eftersom den besvärande parten inte yrkat på att det kommunala beslutet stred mot statsstödsreglerna. Någon allmän utredningsskyldighet som går utöver det som angetts som besvärsgrunder följer inte heller av EU-bestämmelser (C-2/06, *Kempter*, p. 45, 12.2.2008). I HFD 2014:12 hade den ändringssökande parten inte yrkat på att kommunfullmäktiges beslut skulle upphävas på grund av att de stred mot EU:s statsstödsregler, förvaltningsdomstolen var således inte behörig att pröva om statsstödsreglerna efterlevts eftersom ändringssökande inte hade åberopat den aktuella besvärsgrunder.

nationella besvärstiden har utgått.²¹⁹ Om kommissionen kommer till slutsatsen att det kommunala beslutet innehåller statligt stöd är kommunen som beviljande statsstödsmyndighet förpliktad att ta de beslut som är nödvändiga för att återkräva det stöd som utbetalts utan grund, i lagen om tillämpning av vissa av Europeiska gemenskapernas bestämmelser om statligt stöd (300/2001) stadgas särskilt att återkrävande av felaktigt utbetalt statligt stöd ska verkställas omedelbart.²²⁰ Ett kommunalt beslut på återkrav av felaktigt beviljat stöd kan enligt lag (706/2007) om verkställighet av skatter och avgifter verkställas omedelbart fastän besvärstiden ännu pågår.²²¹ I Sverige fattas däremot beslut om återkrav av olagligt stöd i den ordning som föreskrivs i lag (1994/1845) om tillämpningen av Europeiska gemenskapens konkurrens- och statsstödsregler, i Sverige ska således regeringen fatta beslut om upphävande av kommunala beslut om beviljande av stöd och beslut om återkrav av statligt stöd, en rättelse av redan verkställda stödbeslut kan även komma i fråga. Det vore således för kommunens del som statsstödsmyndighet viktigt att göra en avvägning mellan de positiva och negativa verkningarna vid bedömningen av stödets förenlighet med gemenskapsmarknaden.²²²

5.4 Beviljande av lån, borgen eller annan säkerhet samt överlåtelse, arrende eller uthyrning av kommunens fastigheter

Principerna för offentliga instansers beviljande av lån, garantier eller andra säkerheter har upptagits i lagstiftning, bestämmelserna motsvarar tidigare nationell rättspraxis på området. Enligt 129.1§ kommunallagen får av kommunen beviljade lån, garantier eller andra säkerheter inte äventyra kommunens möjligheter att uppfylla dess lagstadgade uppgifter och skyldigheter. Kommunen får inte heller bevilja lån, garantier eller säkerheter om det skulle innebära betydliga risker och om kommunen beviljar sådana lån, garantier eller säkerheter måste dessa beviljas mot tillräckligt täckande motgarantier. Enligt 129.2§ kan kommunen bevilja garantier eller andra säkerheter för de skulder eller andra förbindelser som sammanslutningar som verkar i konkurrensläge på marknaden har åtagit sig, under förutsättning att sammanslutningen tillhör kommunkoncernen eller befinner sig under kommunernas och/eller statens gemensamma kontroll. Om beviljande

²¹⁹ Förordning 659/1999/EU: av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), EGT L 83, 27.3.1999, s. 1, ändrad genom rådets förordning (EU) nr 734/2013 av den 22 juli 2013, EUT L 204, 31.7.2013. (Rådets tillämpningsförordning 659/1999).

²²⁰ Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade i fallet HFD 2015:7 att stadsstyrelsen i egenskap av beviljande statsstödsmyndighet var med stöd av procedurförordningen samt nationell lagstiftning skyldig att ta beslut om återkrav av det stöd som stadsstyrelsen tidigare beslutat att bevilja förbjudet statligt stöd till, det hade vidare ingen betydelse för verkställigheten av återkravsbeslutet att den stödmottagande parten var mitt i en företagssanering.

²²¹ Harjula – Prättälä 2015, s. 843.

²²² Handlingsplan för statligt stöd 2005, 11 punkten.

av borgen eller säkerhet hänför sig till främjandet av en uppgift enligt idrottslagen (390/2015), lagen om kommunernas kulturverksamhet (728/1992), museilagen (729/1992), teater- och orkesterlagen (730/1992) eller ungdomslagen kan kommunen ändå genomföra åtgärden med stöd av 129.3§. Ställande av borgen eller andra säkerheter för sådan verksamhet ska följa de särskilda bestämmelserna som gäller för de undantagna verksamheterna. Kommunen kan ytterligare bevilja borgen eller andra säkerheter om de grundar sig på ett stödprogram, på enskilda stödåtgärder som godkänts med stöd av lag eller i övrigt hänför sig till en skyldighet att tillhandahålla tjänster som ålagts sammanslutningar eller stiftelser. I Kommunallagen 129.4§ har dessutom särskilt konstaterats att kommunerna ska beakta bestämmelserna i FEUF 107 och 108 art.

Tidigare nationell rättspraxis kan inte längre tillskrivas avgörande betydelse eftersom de ensamt grundade sig på bestämmelserna om kommunens uppgifter och behörighet, de tidigare rättsfallen har dock format de principer som i dagens läge upptagits i lagstiftningen. Högsta förvaltningsdomstolen har t.ex. i fallet HFD 21.6.2001 T 1480 konstaterat att kommunen inte agerat i strid med likställighetsprincipen då kommunen beviljat säkerheter åt ett lokalt bageri för att säkerställa företagets fortsatta funktion och genom det strävat till att säkerställa tillgången på arbetsplatser i kommunen. Därtill beaktade högsta förvaltningsdomstolen de villkor som ställts för säkerheten, de motsäkerheter som ställts till förfogande och den utredning som inlämnats om säkerheternas användningsändamål och konstaterade att ställande av säkerhet med beaktande av omständigheterna kunde anses falla inom ramarna för sådana uppgifter som kommunen kan åta sig med stöd av den kommunala självstyrelsen. Försummelser av att beakta Europeiska unionens statsstödsregler började först under 2010-talet användas som besvärsgrunder i nationella sammanhang, det fanns dessutom inga inhemska processuella eller materiella bestämmelser om EU:s statsstödsregler utan de har tillämpats direkt i högsta förvaltningsdomstolen rättspraxis.

Gällande den kommunala utvecklingen har statsstödsreglerna aktualiserats i de nationella domstolarna i kommunalbesvärsmål, där det har granskats om kommunerna i sitt beslutsfattande följt de statsstödsprocessuella bestämmelserna och om de kommunala besluten därmed belastades av formfel. De mindre kommunerna har i synnerhet beviljat omfattande garantier i proportion till deras storlek och ekonomiska bärkraft, ifall dessa säkerheter skulle realiserats skulle kommunens möjligheter att tillhandahålla tjänster till kommunens invånare och övriga äventyras. Om kommunen beviljar omfattande säkerheter till andra sammanslutningar än de som tillhör kommunkoncernen och de anknutna enheterna innebär detta omfattande risker, riskerna framhävs ytterligare av att kommunens ekonomi långt är beroende av de skattemedel som inkasseras av de lokala

företagen och deras arbetstagare. Riskerna med att kommunerna beviljar garantier, borgen eller andra säkerheter till lokala företag är att dessa företag oftast inte beviljats motsvarande garantier på marknadsmässiga villkor av privata finansieringsinstitutioner eftersom företagens ekonomiska situation inte möjliggör beviljande av lån utan omfattande säkerheter. Högsta förvaltningsdomstolens linjedragning om att ett kommunalt beslut om beviljande av säkerhet åt företag inte får verkställas förrän beslutet vunnit laga kraft har bidragit till att begränsa användningen av kommunala säkerheter då låntagarna inte har tid att vänta på att beslutet vinner laga kraft. De omständigheter som anses tillräckliga för att bevisa att en offentlig garanti inte utgör förbjudet statligt stöd räknas upp i Europeiska kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 (f.d. 87 och 88 art.) på statligt stöd i form av garantier.²²³ Enligt tillkännagivandet anses inte sådana garantier a) som beviljas till låntagare som inte befinner sig i ekonomiska svårigheter,²²⁴ b) vars omfattning kan beräknas i sakenlig ordning, c) som inte skulle täcka mer än 80 % av det utestående lånebeloppet eller annan finansiell förpliktelse, d) som innebär att den offentliga instansen erhåller en marknadsmässig motprestation för de beviljade garantierna.

Kommunerna kan därtill enligt 130§ kommunallagen överlåta eller utarrendera fastigheter för minst tio år till privatpersoner eller sammanslutningar som verkar i konkurrensläge genom ett öppet anbudsförfarande där inga särskilda villkor har uppställts, det ska även i tillräcklig utsträckning informeras om att ett anbudsförfarande pågår. Om ett anbudsförfarande inte aktualiseras kan kommunen också överlåta eller utarrendera en fastighet på minst 10 år mot ett marknadsmässigt vederlag eller en marknadsmässig hyresnivå som fastställts av en utomstående och opartisk värderare. 130§ kommunallagen innehåller även en hänvisning till statsstödsbestämmelserna i artiklarna 107 och 108 FEUF. Inga särskilda nationella statsstödsbestämmelser har uppgjorts för överlåtelse eller utarrendering av kommunalt ägda fastigheter utan EU:s statsstödsbestämmelser har tillämpats som gällande rätt genom högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis.²²⁵

²²³ Tillkännagivandet om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier.

²²⁴ Högsta förvaltningsdomstolen kom i fallet HFD 16.12.2014 T 3963 till den slutsatsen att den garanti Vanda stad beviljat till Vanda Energi Ab inte innebar att staden skulle ha överträtt sina befogenheter när den beslöt att bevilja garanti till det lokala energibolaget. I besvärsskriften hade det argumenterats att Vanda Energi Ab skulle ha varit ett företag som befann sig i ekonomiska svårigheter och att Vanda stad därför skulle ha beviljat förbjudet statligt stöd, högsta förvaltningsdomstolen avfärdade således besvärsgrunderna.

²²⁵ Harjula – Prättälä 2015, s. 864-868.

5.5 Offentlig upphandling och statligt stöd

Möjligheten för att statligt stöd kan förekomma kan inte heller uteslutas då offentliga instanser ingår avtal med privata aktörer och dessa avtal medför förpliktelser för båda parterna. Det kan därför vid ingående av upphandlingsavtal finnas skäl till att bedöma avtalets ekonomiska betydelse och följer ur båda avtalsparters synvinkel.²²⁶ Förekomsten av statligt stöd som inte är förenligt med den inre marknaden kan konstateras i situationer där offentliga instanser betalat överpris på varor och tjänster som erbjuds av privata företag, det har i synnerhet uppstått frågor i samband med offentlig upphandling av allmännyttiga tjänster och till företag beviljade ensam- och sär rättigheter. Om upphandlingen har konkurrensutsatts kan marknadspriset i allmänhet konstateras vara det vinnande anbudet som framgår ur upphandlingsdokumenten. Offentliga upphandlingsavtal löper högre risk för att utgöra statligt stöd om det enbart finns en marknadsaktör på en marknad (marknad A) och om samma företag även verkar på en annan marknad (marknad B) kan företaget i värsta fall korssubventionera verksamheten och därmed utsätta konkurrensen för snedvridande effekter även på den andra marknaden (B). Det överpris som erhålls från marknad A förbättrar företagets förutsättningar på marknad B. Konkurrensverket har t.ex. tagit ställning om bolagiseringen av rederiaffärsverket och sjöfartsverket och anmärkte att KKV förhållde sig reserverat till beviljande av ensam- och sär rättigheter eftersom sådana åtgärder förhindrar och snedvrider konkurrens och är därför i ljuset av EU:s konkurrens- och statsstödsbestämmelser godtagbara enbart på ytterst vägande grunder och att sådana grunder inte i var för handen. KKV betonade ytterligare att om Trafik- och kommunikationsministeriet ändå skulle besluta att använda sig av privilegier, vore det för att säkerställa tillräcklig öppenhet nödvändigt att omsorgsfullt avgränsa den verksamhet som ensamrätten gäller, vilket ytterligare skulle begränsa möjligheterna för överdimensionerad korssubventionering mellan olika marknadsverksamheter eller möjligheterna att uppehålla oskäligt höga prisnivåer.²²⁷

Gällande offentlig upphandling av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har högsta förvaltningsdomstolen i fallet HFD 2013:53 konstaterat att stadens socialverk hade handlat i strid med den vid tidpunkten gällande lagen om offentlig upphandling då staden inte konkurrensutsatt boendetjänsterna för bostadslösa i den ordning upphandlingslagen föreskriver, staden hade för att uppfylla en offentlig serviceförpliktelse beslutat upphandla boendetjänster av tredje part för långvarigt bostadslösa. Staden hade underlåtit att konkurrensutsätta upphandlingen i den ordning som upphandlingslagen förutsatte

²²⁶ Alkio – Hyvärinen 2016, s. 108-109.

²²⁷ Konkurrensverkets ställningstagande om bolagiseringen av rederiaffärsverket och sjöfartsverket (2009).

eftersom uppfyllande av offentliga serviceförpliktelser inte undantagits från konkurrensutsättning i sådana sekundära upphandlingar som avsågs i bilaga B till den dåvarande upphandlingslagen. I målet *Telaustria* konstaterade EU-domstolen att den skyldighet att lämna insyn varje upphandlande myndighet har, finns till för att även potentiella anbudsgivare ska kunna kontrollera att förfarandet är opartiskt, vilket fungerar som en garanti för att upphandlingarna genomförs med tillräcklig offentlighet så att tjänstemarknaderna är öppna för konkurrens.²²⁸ I mål *Bent Moustsen Vestergaard v. Spøttrup Boligselskab* betonade EU-domstolen ytterligare att även i fall av upphandlingsavtal som inte omfattas av gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling är de upphandlande myndigheterna ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler.²²⁹ Således behöver t.ex. rättsenligheten av ett bygg- och anläggningskontrakt som inte överstiger tröskelvärden ytterligare bedömas i ljuset av de grundläggande bestämmelserna i fördraget om Europeiska unionen, bestämmelser såsom fri rörlighet för varor i 30 art.

5.6 Tillhandahållandet av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse

Kommunallagens 131§ bygger särskilt på Europeiska unionens regler om stöd och beviljande av privilegier till leverantörer av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. På små landsbygdsorter kan det mycket väl hända att efterfrågan på SGEI-tjänster är för låg för att möjliggöra en lönsam näringsverksamhet, och tjänstebehovet kan därför förbli otillfredsställt. Det kan i vissa fall röra sig om så pass betydliga tjänster att en offentlig myndighet kan ålägga en tjänsteleverantör en skyldighet att tillhandahålla tjänsterna mot ändamålsenlig kompensation. SGEI-tjänster skiljer sig från andra tjänster i och med att efterfrågan under alla omständigheter måste tillgodoses trots marknadsbrister. Tjänster som EU-domstolen ansett vara SGEI-tjänster är bland annat arbetsförmedlingstjänster, social bostadsproduktion, flygtrafik, posttjänster, telekommunikation, elektronisk kommunikation, hamntjänster och transporter på inre vattenleder. De tjänsteålägganden som kan aktualiseras på kommunal nivå utgör i regel små eller medelstora SGEI-arrangemang och är således i de flesta fall undantagna från förhandsanmälningsförfarandet.²³⁰ Om de största städerna avser ålägga en större tjänsteleverantör en omfattande skyldighet att tillhandahålla tjänster åt stadens invånare kan det bli ändå bli

²²⁸ *Mål C-324/98*: *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG*, i närvaro av: *Herold Business Data AG*, (2000) ECR I-10745, 62 punkten.

²²⁹ *Mål C-59/00*: *Bent Moustsen Vestergaard v. Spøttrup Boligselskab*, (2001) ECR I-09505, 20-21 punkten.

²³⁰ Kommissionens beslut 2012/21/EU: av den 20 december 2011, om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 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, EUT 11.1.2012 L 7/3.

aktuellt med en förhandsanmälan till kommissionen, i så fall utreder kommissionen åläggandets ändamålsenlighet i enlighet med SGEI-rambestämmelser.²³¹

Fastän kommunerna i egenskap av offentliga instanser innehar omfattande prövningsmakt när det kommer till vilka tjänster som ska klassas som SGEI-tjänster, kan kommunen inte klassa vilka tjänster som helst såsom SGEI-tjänster. Den understödda verksamheten måste uppfylla de förutsättningar som ställs på SGEI-tjänster, vilket betyder att tjänsterna måste vara av betydelse för befolkningens försörjning och för samhällets helhetsmässiga funktion och kan inte under rådande marknadsförutsättningar tillhandahållas i tillräcklig utsträckning av marknadsaktörerna. Nationella bestämmelser om förfarandet vid åläggande av skyldigheter att tillhandahålla SGEI-tjänster har inte utfärdats utan kommissionens SGEI-regelverk och anvisningar tillämpas direkt i nationellt beslutsfattande. Fastän det kan konstateras att ålägganden att tillhandahålla SGEI-tjänster har varit relativt sällsynta på den kommunala sektorn har t.ex. Helsingfors och Vanda stad utnyttjat SGEI-förfaranden för bland annat tillhandahållande av boendetjänster för långtidsbostadslösa. Lagstiftarna har ändå kommit till den slutsatsen att det i informativt syfte var nödvändigt att uppta bestämmelser om tillhandahållande av SGEI-tjänster i kommunallagen.²³²

Enligt 131§ kommunallagen kan kommunerna ge tidsbundna skyldigheter att tillhandahålla tjänster åt kommuninvånarna, avsikten med åläggandet av en sådan skyldighet ska vara att trygga tjänster som behövs för lokalbefolkningens välfärd och förutsätter att marknaden för tjänsterna i fråga fungerar bristfälligt. Att en marknad för en nyttighet fungerar bristfälligt innebär att det inte finns en tillräcklig efterfrågan på nyttigheten för att möjliggöra en lönsam näringsverksamhet och därför kan inte behovet tillgodoses under rent marknadsmässiga förhållanden. Avser kommunen att ålägga en sammanslutning som fungerar i ett konkurrensläge på marknaden en skyldighet att tillhandahålla tjänster åt kommuninvånarna ska marknadens bärkraft utredas, kommunen ska före valet av tjänsteleverantörer utreda om det vid tidpunkten för utredningen eller inom en snar framtid finns leverantörer som kunde erbjuda kommuninvånarna de tjänster som berörs av marknadsbristerna.²³³ Kommunen ska ytterligare avgöra om leverantörerna kan uppfylla de skäliga och oundvikliga kriterierna på bland annat prisnivå, tillgänglighet och ett tillräckligt utbud på tjänsterna.²³⁴ Marknadens funktionsgrad kan utredas genom olika tillvägagångssätt såsom t.ex. genom ett öppet förfarande som kungjorts på

²³¹ SGEI-meddelandet (2012/C 8/02).

²³² Harjula – Prättälä 2015, s. 869-870.

²³³ Se närmare i Harjula – Prättälä 2015, s. 871.

²³⁴ Leivo – Leivo – Huimala - Huimala 2012, s. 932-960. Samt Harjula – Prättälä 2015, s. 878-874.

kommunens webbsida eller i ändamålsenliga tidningar, så att eventuella parter kan utnyttja möjligheten att bli hörda. Övriga utredningsmöjligheter är att be om en uppskattning av marknadssituationen av utomstående sakkunniga eller kungöra om en marknadskartläggning i HILMA-portalen för kungörelser om offentliga upphandlingar, marknadsbrister kan även uppdagas i samband med upphandlings- eller koncessionsförfaranden om inga offerter inkommit eller om en offertgivare, som praktiskt taget ensamt ställer prisnivån, är föremål för upphandlingsförfarandet. Vid valet av tjänsteleverantör för tillhandahållandet av SGEI-tjänster ska ett öppet och icke-diskriminerande förfarande följas, om förutsättningarna för en sådan konkurrensutsättning som föreskrivs i upphandlingslagen uppfylls, ska ett upphandlingsförfarande tillämpas vid val av tjänsteleverantör. Oftast är det mer sannolikt att valet av tjänsteleverantör för SGEI-tjänster uppfyller förutsättningarna för ett koncessionsförfarande. Fastän förfarandet sker i den ordning som föreskrivs i upphandlingslagen ska SGEI-bestämmelserna tas i beaktande

Om marknadsbristerna har konstaterats i samband med ett upphandlings- eller koncessionsförfarande kan kommunen, för att undvika överkompensation och förbjudet statligt stöd, istället för att inleda ett direktupphandlingsförfarande ålägga en tjänsteleverantör att tillhandahålla SGEI-tjänster mot skälig kompensation, om förutsättningarna för ett SGEI-förfarande i övrigt uppfylls. Offentliga instanser kan utforma anbudsbegäran så att förutsättningarna för tillgängligheten av viktiga tjänster till skäliga priser vore så goda som möjligt. Åläggandet att tillhandahålla SGEI-tjänster ska utfärdas skriftligt och de centrala grunderna för utförandet av tjänsterna och compensationen ska anges i åläggandet, åläggandet kan fattas i form av ett förvaltningsbeslut som anknyter till beviljande av ekonomiska stöd eller i form av ett upphandlingskontrakt. Enligt *Altmarkkriterierna* ska i det skriftliga åläggandet anges grunduppgifter om vad skyldigheten att tillhandahålla SGEI-tjänster medför, åläggandets giltighetstid, vilket geografiskt område åläggandet gäller samt villkoren för övervakning, öppenhet och rapportering. Kommunen kan därtill vid behov precisera villkoren för åläggandet under dess giltighetstid. Eftersom det i ett flertal fall av understöd till leverantörer av SGEI-tjänster ingår ekonomiskt stöd från offentliga medel behöver offentliga instanser som avser besluta om ett åläggande beakta EU:s statsstödsregler och förfaranden, således ska det utredas om stödet är godtagbart. I nämnda situationer ska kommunen fatta beslut om beviljande av stöd där de centrala grunderna, de huvudsakliga villkoren för stödet och vilka SGEI-bestämmelser åläggandet grundar sig på anges.²³⁵

²³⁵ Harjula – Prättälä 2015, s. 872-873.

5.7 Ändringsökande i kommunala statsstödsåtgärder och övervakning av kommunernas marknadsverksamhet

Kommunalbesvär kan användas för att åberopa motstridigheter mellan kommunernas beslut och kommunallagen eller EU:s statsstödsregler. Om kommunens åtgärder ger upphov till konkurrensstörningar och EU:s statsstödsregler inte täcker åtgärderna finns det med stöd av kommunallagens bestämmelser om kommunernas uppgifter och behörighet under vissa omständigheter en möjlighet att besvära sig över åtgärderna, således kan åtgärdernas inverkan på konkurrens aktualiseras som upphävandegrunder för kommunala beslut om beslutet är uppenbart diskriminerande. När grunder för att upphäva ett kommunalt beslut i fall av diskriminerande eller ojämnt bemötande är för handen har det i allmänhet varit mer förnuftigt för förvaltningsdomstolarna att upphäva beslutet med hänvisning till kränkningar av likställighetsprincipen än att inleda omfattande utredningar om det kommunala beslutets inverkan på konkurrensen.²³⁶

Om ett företag beviljas stöd som kan misstänkas utgöra förbjudet statligt stöd kan stödmottagarens konkurrenter besvära sig genom anmälan till kommissionen eller genom att föra ärendet till nationell domstol, egentligen ingår inte bedömningen av statliga stödåtgärders förenlighet med den inre marknaden i de nationella domstolarnas jurisdiktion men de måste ändå säkerställa att åtgärderna inte innehåller statligt stöd.²³⁷ Om det i någon nationell rättsinstans kan konstateras att stödåtgärderna innehåller förbjudna element måste stödet återkrävas till det belopp som anses utgöra förbjudet statligt stöd.²³⁸ Privata näringsidkare har dessutom möjlighet att göra fritt formulerade ansöningar om utredningsåtgärder till KKV, näringsidkare har med andra ord möjlighet att anmäla sådana konkurrensneutralitetsproblem som följer av verksamhet som idkas av kommunernas eller företag under deras inflytande. KKV kan därefter uppta ärendet till behandling eller med stöd av sin prioriteringsskyldighet besluta om att lämna ärendet obehandlat. Om den anmälade parten fortfarande anser att förfarandet ändå skadar konkurrensen bestydligt, kan denne överklaga beslutet om att lämna ärendet obehandlat till marknadsdomstolen.²³⁹ Företag som blir föremål för återkrav av förbjudna statliga stöd har ingen rätt till skadestånd eller annan motsvarande kompensation, därför är det viktigt att även de stödmottagande företagen säkerställer att de inte direkt, eller indirekt genom företagsköp, tar emot förbjudet statligt stöd.

²³⁶ Harjula – Prättälä 2015, s. 173-174.

²³⁷ *Id.*, s. 839.

²³⁸ I linje med tolkningen i högsta förvaltningsdomstolens dom HFD 2.9.2014 T 2562 kan den nationella och den unionsrättsliga jurisdiktionen anses verka parallellt.

²³⁹ Konsument- och konkurrensverket 2014.

KKV omhändertar övervakningen av att den kommunala bolagiseringsskyldigheten efterlevs, och säkerställer att kommunernas prissättning av konkurrensutsatta tjänster som undantagsvis får erbjudas utan att verksamheten bolagiseras.²⁴⁰ KKV:s behörighet att övervaka nämnda funktioner har i kommunallagens 132§ grundats genom hänvisning till konkurrenslagens (984/2011) 4a kap. om tryggnad av en jämlik konkurrens mellan offentlig och privat näringsverksamhet. Bestämmelser om KKV:s rätt att ingripa om en kommun, samkommun eller någon sammanslutning under deras inflytande använder förfaranden eller verksamhetsstrukturer som strider mot konkurrenslagen. I konkurrenslagen och KKV:s praxis finns detaljerade förfarandeföreskrifter för hur snedvridningar i konkurrensen utreds. KKV har i uppdrag att på eget initiativ eller på ansökan av konkurrenter vidta åtgärder för att utreda oegentligheter i kommunernas marknadsverksamhet.²⁴¹ Numera har nationella ingripanden möjliggjorts när det kommer till brister i den marknadsmässiga prissättningen eller övriga brister i verksamhet som sker i konkurrensläge men undantagsvis inte behöver bolagiseras. Tidigare har dylika ärenden utan undantag lett till utredningar i kommissionen. Lagstiftarna strävade också till att säkerställa att konkurrensneutraliteten förverkligas på marknader där både privata och offentliga aktörer bedriver ekonomisk verksamhet i konkurrensläge på marknaden.

Enligt Konkurrenslagens 30a§ ska Konkurrens- och konsumentverket undanröja offentliga förfaranden eller verksamhetsstrukturer som snedvrider eller bidrar till att snedvrider förutsättningarna för en sund och fungerande konkurrens på marknaden eller förhindrar åt sådana förhållanden utvecklas, eller annars strider mot kravet på en marknadsmässig prissättning.²⁴² Trots att KKV inte innehar behörighet i statsstödsärenden kan KKV ingripa i statsstödsförfaranden om dessa kan orsaka hinder för en jämlik och sund konkurrens, med undantag av stöd som beviljats till privata näringsidkare.²⁴³ När det kommer till kravet på marknadsmässig prissättning kan KKV inte direkt förbjuda verksamheten utan KKV ska övervaka att prissättningen sker på marknadsmässiga grunder, om det finns skäl att anse att verksamheten är belastad av felaktigheter kan KKV ingripa i förfaranden eller verksamhetsstrukturer som strider mot konkurrenslagen. Ingrepp är nödvändiga om förfarandet eller verksamhetens struktur orsakar negativa verkningar för sund konkurrens, det kan röra sig om exceptionella stöd, underprissättning som inte återspeglar verksamhetens faktiska kostnader,

²⁴⁰ Mäenpää 2018, s. 191.

²⁴¹ Penttilä – Ruohonen – Uoti – Vahtera 2015, s. 32-34.

²⁴² Se närmare i Kuusniemi-Laine 2014 s. 676-677.

²⁴³ Harjula – Prättälä 2015, s. 878.

näringsverksamhet som bedrivs i affärsverk, eller till kommunerna anknutna enheters tillhandahållande av varor och tjänster i konkurrensläge på marknaden.

Det huvudsakliga förfarandet när det kan misstänkas att offentliga instansers förfaranden eller verksamhetsstrukturer står i strid med konkurrenslagen är ett förhandlingsförfarande, KKV ska i första hand förhandla om hur förfarandena och strukturerna för verksamheten kan ändras för att avhjälpa konkurrensproblemen. Kommuner vars förfaranden eller verksamhetsstrukturer är föremål för granskning ska lämna tillräcklig utredning om hur konkurrensproblemen kommer att åtgärdas samt vidta nödvändiga åtgärder för att förverkliga ändringarna, om KKV kan försäkra sig om att förändringarna förverkligas kan utredningarna avslutas. Om förhandlingsförfarandet däremot inte leder till några resultat kan KKV enligt konkurrenslagens 30c§ förbjuda kommuner, samkommuner, staten eller deras dottersamfund att fortsätta tillämpa de förfaranden eller verksamhetsstrukturer som skadar konkurrensen. KKV kan med stöd av 46§ konkurrenslagen dessutom ålägga offentliga samfund till ytterligare åtgärder för att säkerställa förutsättningarna för jämlig konkurrens och för att avhjälpa de konkurrensstörningar som följer av förfarandet eller verksamhetsstrukturen. Åläggandet kan effektiveras med hot om vite för att säkerställa att kommunen, samkommunen eller staten med deras dottersamfund vidtar åtgärder. I detta sammanhang ska KKV:s förbud och ålägganden verkställas omedelbart trots att tiden för ändringssökande inte ännu utgått, marknadsdomstolen kan dock vid behov åsidosätta den omedelbara verkställigheten av förbuden eller åläggandena. I sammanhanget är det ändamålsenligt att konstatera att KKV enligt konkurrenslagens 32§ ska prioritera sin verksamhet i angelägenhetsordning och kan därför utan dröjsmål besluta att lämna ärenden utan prövning om det inte är sannolikt att förfarandena eller verksamhetsstrukturerna förhindrar eller bidrar till att förhindra en sund och jämlig konkurrens på marknaden. Ytterligare övervakar KKV kommunernas direktupphandlingar samt oanmälda upphandlingsförfaranden från kommunala tjänsteföretag. Ytterligare kan alla parter oberoende av koppling till upphandlingen göra anmälningar till KKV för vidare åtgärder.

5.8 Föreningen Finlands näringslivs synpunkter och lagstiftningsreformerna

Finlands Näringsliv r.f. (EK)²⁴⁴ är en organisation som representerar ca. 15 300 företag av olika storlekar i näringslivets olika branscher. EK har som målsättning att uppnå bättre fungerande konkurrens och bättre förutsättningar för företag i Finland. EK arbetar för

²⁴⁴ Förkortningen EK används i avhandlingen eftersom ingen svenskspråkig förkortning tycks finnas.

målsättningarna genom att företräda sina medlemsorganisationer i samhälleligt beslutsfattande om näringslivet och arbetsmarknaderna, genom att trygga konkurrenskraften för företags- och näringsverksamheten och genom att främja företagsamhetens och marknadsekonomin förutsättningar för affärsverksamhet på nationellt och internationellt plan.²⁴⁵ EK har utifrån de rådande konkurrensförutsättningarna utfärdat konkurrenspolitiska linjedragningar: EK har ansett att regleringen ska understöda konkurrens och skapa förutsättningar för öppna marknader, regleringen borde behandla offentligt och privat näringsliv lika, ingrepp i konkurrens och i marknadernas funktion genom reglering och statligt stöd ska enbart kunna komma ifråga som en allra sista utväg, skilda konkurrensregler och undantag för specialsektorer bör undvikas, marknader som i dagsläget är belastade med lagstadgade ensamrätter ska antingen effektivieras eller öppnas för konkurrens, innovativa tillvägagångssätt och nya aktörers möjligheter att komma in på marknaden bör främjas, nya och gamla marknadsaktörer ska behandlas lika, offentlig data som insamlats med skattemedel bör öppnas för allmänheten för att öka öppenheten i offentliga samfunds verksamhet, offentliga resurser bör användas effektivt med betoning på kvalitet, ändamålsenlighet. Vidare ska kundperspektiv beaktas i verksamheten och att myndighetsövervakningen av upphandlingsbestämmelserna och konkurrensneutralitet bör fungera effektivt.²⁴⁶ EK påpekar att upphandlingsförfarandena i kommunala instanser av tradition varit tämligen mekaniska på så sätt att nya upphandlingar långt har byggt på tidigare upphandlingar vilket ofta gagnat vissa företag på bekostnad av andra näringsidkare. Det vore därför motiverat att KKV ges bättre möjligheter till att övervaka konkurrensbestämmelserna. EK betonar också problematiken med att kommunalt ägda företag tenderar att växa till betydande marknadsaktörer och önskar ytterligare att lagstiftarna skulle införa sanktioner mot åtgärder som kränker konkurrensneutraliteten.²⁴⁷

I dagsläget är det intressant att följa med den framtida utvecklingen av de planerade reformerna i konkurrenslagen, förnyelserna strävar till att förbättra möjligheterna för övervakningen av att konkurrensneutralitet förverkligas. På statsrådets initiativ är ett antal förnyelser i konkurrenslagen under förberedning och en regeringsproposition har i plenum hänvisats till ekonomiutskottet. I de planerade förnyelserna ingår bland annat en ny konkurrensneutralitetsregel där det skulle föreskrivas att ifall kommunerna, samkommunerna, landskapen, staten eller andra enheter under deras inflytande driver ekonomisk verksamhet i konkurrensläge ska hålla separat redovisning över den aktuella

²⁴⁵ Finlands Näringsliv rf 2018.

²⁴⁶ En viss grad av källkritik kan vara motiverat med tanke på att EK är en organisation vars uppgift är att främja sina medlemsorganisationers intresse men linjedragningarna kan ändå anses motsvara de slutsatser som dras i avhandlingen.

²⁴⁷ Lehtonen 2018.

ekonomiska verksamheten. De planerade reformerna skulle också förbättra KKV:s möjligheter att prioritera sitt arbete och att effektivt kunna utreda oegentligheter i marknadsförhållandena, detta genom att möjliggöra att KKV ska kunna få tillgång till kopior av dokument och data och genom att möjliggöra ett informationsutbyte mellan nationella myndigheter oberoende av sekretessbestämmelser, detta för att effektivera övervakningen av åtgärder som snedvrider konkurrensen. Till exempel skulle skatteförvaltningen kunna dela med sig av sådana beskattningsuppgifter som kan ha betydelse för utredningen av konkurrensvidriga förfaranden till KKV. Det finns planer för att enheten för utredning av grå ekonomi också ska få vidare befogenheter att uppställa fullgöranderapporter för att säkerställa att övervakningen av bestämmelserna fungerar.²⁴⁸

De planerade reformerna kan åtminstone under rådande marknadsförhållanden anses avhjälpa de konkurrensneutralitetsproblem som konstaterats råda på marknaderna, konkurrensneutralitetsproblematiken kommer knappast att försvinna fullständigt eftersom samhället och den marknadsekonomiska utvecklingen i gränslandet mellan offentliga och privata marknadsaktörer knappast kommer att stagnera. Reformerna i utredningen av konkurrensneutralitetsfall skulle gynna näringslivet, i ljuset av utvecklingen under 2010-talet finns det ett behov för övervakning av att offentliga företag och privilegierade företag inte gynnas i förhållande till privata näringsidkare. Ett krav på att hålla skild bokföring för den verksamhet som utgör offentlig myndighetsutövning och för sådan verksamhet som sker i konkurrensläge skulle säkerställa att ingen kors-subventionering mellan de olika verksamheterna förekommer, att SGEI-företag ska hålla skild bokföring för tillhandahållandet av SGEI-tjänster kan likväl anses ändamålsenligt för att undvika överdriven korssubventionering mellan olika marknadsverksamheter. Ytterligare skulle ett fördjupat myndighetssamarbete onekligen effektivera övervakningen av statsstödsåtgärder och förfaranden eller verksamhetsstrukturer som gynnar offentliga eller privilegierade företag. Slutligen vore det ändå nödvändigt att införa sanktioner för att säkerställa att konkurrensneutralitetsvärden i själva verket respekteras.

²⁴⁸ RP 68/2018 rd, s. 1-2.

6 SLUTSATSER OCH SAMMANFATTNING

6.1 Slutsatser

Utifrån det som i avhandlingen behandlats kan det konstateras att kommunerna beroende på omständigheterna mycket väl kan bevilja sådana förbjudna statliga stöd som kan ge upphov till snedvridna konkurrensförhållanden. Kommunerna kan därtill tillämpa sådana förfaranden eller uppehålla sådana verksamhetsstrukturer i verksamheter som sker i konkurrensläge på marknaden som i sin tur orsakar ojämlika marknadsförhållanden mellan privata näringsidkare och marknadsaktörer med offentlig anknytning. Fastän det är relativt sällsynt att kommunala stödåtgärder överstiger de minimis -tröskelvärden eller i övrigt omfattas av gruppundantagsförordningen för statliga stöd kan det förekomma att omfattande stödåtgärder genomförs för att tillgodose behov av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse för att avhjälpa marknadsbrister. Dessa stödåtgärder kan utgöra förbjudna stöd om den kommunala statsstödsmyndigheten av t.ex. brister i kunnande underlåter att anmäla sådana stödåtgärder som enligt förhandsanmälningsförfarandet ska anmälas till kommissionen för närmare granskning. Det finns också risk för att stödåtgärder som på unionsnivå kan anses vara av begränsad betydelse för den inre marknaden ändå ger upphov till skadeverkningar på nationell och lokal nivå, sådana åtgärder kan beroende på omständigheterna kritiseras utifrån bestämmelserna om kommunernas uppgifter och behörighet, ytterligare bör de allmänna förvaltningsrättsliga principerna också tas i beaktande vid beslutsfattandet i statsstödsärenden.

Den samhällseliga utvecklingen mot ett mer marknadsekonomiskt samhälle har de senaste årtiondena förutsatt förnyelser i bestämmelserna om kommunernas uppgifter och behörighet, trots att de uppgifter som kan anses falla inom den kommunala behörigheten allmänt liberaliserats har det blivit nödvändigt att införa bestämmelser som begränsar kommunernas möjligheter att bevilja direkt understöd, lån eller borgen till privata samfund samt bestämmelser som ställer krav på bolagisering av funktioner som bedrivs i konkurrensläge på marknaden. Fastän statsstödsbestämmelserna närmast upptogs i 2015 års kommunallag i informativt syfte har bestämmelserna konkretiserats i ljuset av bristfälligt iakttagande av upphandlingsbestämmelserna och i den problematik som på sistone uppdragats i KKV jämte marknadsdomstolen, i synnerhet i samband med offentlig upphandling av tjänster från parter som inte längre kan anses vara sådana anknutna enheter som avses i upphandlingslagarna.

6.2 Rekommendationer för säkerställande av konkurrensneutraliteten

Från och med 1990-talet har allt fler offentliga monopol upplösts och verksamheter inom ett flertal olika branscher har i allt större utsträckning befriats för konkurrens, tidigare förekom till och med att kommunala affärsverk utövade verksamhet i konkurrensläge. Under loppet av 2000-talet gav de institutionella fördelarna som affärsverken i sin marknadsverksamhet hade i förhållande till privata marknadsaktörer upphov till en del kritik och efter kommissionens beslut i *Destiafallet* år 2008 drog till slut förberedelserna av införandet av en bolagiseringsskyldighet för offentliga isntansers verksamheter i konkurrensläge igång. Efter kommissionens uppmärksammande av affärsverket *Palmias* omfattande verksamhet i konkurrensläge på marknaden började även kommunala marknadsverksamheter granskas i större utsträckning.

I ljuset av det som anförs i avhandlingen bör kommunerna i verksamhet som äger rum i konkurrensläge på marknaden utöva särskild försiktighet så att konkurrensförhållandena inte utan skäliga anledningar snedvrids eller förhindras. Kommunerna bör således i den egna eller i dotterbolagens näringsverksamhet undanhålla sig från aggressiv och expansiv marknadsverksamhet på bekostnad av privata marknadsaktörer. I kölvattnet av införandet av bolagiseringsskyldigheten har kommunalt ägda tjänsteföretag expanderat till kraftiga marknadsaktörer som strävar till att bli nationella aktörer inom sektorer där det redan finns ett flertal privata företag som kunde tillhandahålla tjänsterna under mer effektiva och dynamiska förhållanden. Det kan utgående från bestämmelserna om kommunernas uppgifter och behörighet konstateras att kommunal näringsverksamhet utanför kommunernas territoriella områden egentligen inte utgör verksamhet som kommunerna skäligen kan idka. Ytterligare ska kommunernas verksamhet huvudsakligen finansieras genom beskattning av kommunens medlemmar och inte genom erhållande av omfattande utdelningar ur exklusiva ägarskap i nationellt aktiva tjänsteföretag, vilket på sätt och vis kan anses utgöra dold beskattning av medborgare i andra kommuner. Om det i ett kommunalt tjänsteföretag uppstår en möjlighet eller ett behov för att växa till en nationell marknadsaktör skulle den mest neutrala lösningen vara att öppna ägarskapet för allmänheten genom en börsnotering, kommunerna kan då med sina övriga inkomster som inte härstammar ur skattemedel fortfarande inneha andelar i tjänsteföretaget jämsides med privata investerare och förvärva andelar i andra företag till gällande marknadspriser.

Kommunalt engagemang i konkurrensläge på marknaden kan anses motiverat om samhällseligt viktiga tjänster inte kan tillhandahållas under normala marknadsmässiga villkor. Kommunerna eller andra offentliga instanser kan ålägga företag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vid ålägganden av tjänsteförpliktelser måste

särskild uppmärksamhet ägnas åt utredning av marknadsbrister. Ett åläggande får inte ges om ett behov för åtgärden inte föreligger, åtgärden får inte heller sträcka sig längre än vad som är absolut nödvändigt. Således är det synnerligen viktigt att behovet för kommunalt ingripande i marknadsförhållanden utreds i tillräcklig utsträckning. Tjänsteproducenter tillhandahåller SGEI-tjänster har rätt till skälig kompensation, sådana kompensationer har tidigare kunnat verkställas genom beviljande av privilegier eller genom ekonomisk kompensation i form av statligt stöd. Eftersom beviljandet av privilegier har visat sig möjliggöra oproportionerlig korssubventionering mellan olika verksamheter, kan beviljande av tillåtna statliga stöd anses vara den mest neutrala lösningen för kompensation för tillhandahållande av samhällsviktiga tjänster.

6.3 Rekommendationer för kommunernas statliga stödåtgärder

Som konstaterats kan kommunerna anses utgöra statsstödsmyndigheter när de planerar bevilja sådant ekonomiskt stöd till privata aktörer som uppfyller kriterierna för statligt stöd, det är därför nödvändigt att kommunernas tjänsteinnehavare och personal är medvetna om statsstödsbestämmelserna och kommunens rättsliga ställning i egenskap av statsstödsmyndighet. På ett principiellt plan kan det konstateras att det är mycket möjligt att ett scenario där statliga stöd som understiger de minimis -tröskelvärden eller omfattas av gruppundantagsförordningen ändå ger upphov till lokala konkurrensstörningar. Det kan därför i särskilda situationer vara nödvändigt att kommunernas tjänsteinnehavare är i kontakt med sakkunniga vid t.ex. Kommunförbundet för att säkerställa att förbjudet statligt stöd inte beviljas av misstag. Trots att kommunala statliga stödåtgärder som överstiger EU-tröskelvärdena kan anses relativt sällsynta och begränsade på nationellt plan kan det med tanke på kommunernas roll som offentliga instanser argumenteras för att kommunerna av principiella orsaker borde avhålla sig från åtgärder som kan ge upphov till följder för konkurrensförhållandena, följder som gagnar utvalda marknadsaktörer på bekostnad av övriga marknadsaktörer. Dessa selektiva följder kan även anses vara klandervärda i ljuset av likställighetsprincipen och kommunallagens bestämmelser om kommunernas uppgifter och behörighet. Kommunerna borde således i mån av möjlighet avhålla sig från att ingripa i marknadsförhållandena om det inte är absolut nödvändigt för att trygga tillgången på samhällsviktiga tjänster eller nyttigheter.

Utöver detta kan en tanke ägnas åt huruvida mindre kommuners förvaltningsorgan överhuvudtaget kan anses inneha tillräcklig sakkunskap för att bedöma lagligheten av statligt stöd och stödets spegelverkningar på den lokala och regionala välfärden. Kommunförbundet erbjuder visserligen sakkunnigtjänster, rådgivning och utbildning i krävande frågeställningar, vilket möjliggör att även mindre kommuner har försvarlig

tillgång till vägledning i frågor om konkurrensneutralitet eller statsstödsregler. Det kan däremot diskuteras om de stödmottagande privata parterna kan anses ha tillräckliga möjligheter att bedöma sina rättigheter och skyldigheter, mindre näringsidkare har inte alltid tillgång eller resurser till nödvändig rådgivning, i synnerhet i situationer där statligt stöd har utbetalats på bristfälliga grunder och således ska återkrävas. När felaktigt utbetalt statligt stöd återkrävs kan det i värsta fall innebära att ett mindre företag eller en enskild näringsidkare plötsligt hamnar i finansiella svårigheter.

6.4 Avslutande och sammanfattande anmärkningar

I avhandlingen har statsstödsbestämmelserna och konkurrensneutralitetsbestämmelserna och deras gemensamma drag diskuterats, därefter behandlades utvecklingen av de ekonomiska bedömningsgrunderna för statliga stödåtgärder. Avhandlingen har ytterligare behandlat kommunernas roll som statsstödsmyndigheter, som marknadsaktörer i konkurrensläge på marknaden och möjligheterna för kommunerna att ålägga företag förpliktelser att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Bestämmelserna om kommunens uppgifter och behörighet och de allmänna förvaltningsrättsliga principerna inverkar även på hurdan verksamhet kommunen kan delta i och vilka verksamheter kommunerna bör undvika att blanda sig i. Vidare konstateras att bolagiseringsskyldigheten inte tillräckligt förebygger marknadsstörningar, det finns med andra ord utrymme för utveckling av tillämpningen och övervakningen av bolagiserings-skyldigheten. På det teoretiska planet kan det konstateras att det finns en stark samman-koppling mellan konkurrensneutralitet och statsstödsbestämmelserna, det är förvisso frågan om två i sig särskilda helheter men de utesluter inte nödvändigtvis varandra i tillämpning då de ändå har mycket gemensamt. Konkurrensneutralitetshänsyn kan, förutom i samband med situationer där statligt stöd kan bedömas vara för handen, också ha kopplingar till missbruk av dominerande marknadsställning eller andra konkurrensbegränsande åtgärder som offentliga företag åtar sig, i avhandlingen har jag dock förhållit mig till att granska kopplingen mellan statliga stöd och konkurrensneutralitetsfrågor som uppstår till följd av kommunernas marknadsingrepp. Kommunala upphandlande enheter kunde ytterligare utbilda upphandlande personal om hur statsstödsreglerna bör tas i beaktande i samband med olika upphandlings- eller koncessionsförfaranden.

I detta skede skulle det finnas en möjlighet till att ytterligare utreda hur de föreslagna lagförändringarna lyckas avhjälpa de konstaterade likställighetsproblemen mellan privata och kommunalt ägda företag, samt hur en ökad grad av medvetenhet om den verkningar offentliga ingripanden i konkurrensförhållanden har på privata företag och näringsidkare

skulle inverka på mängden sådana åtgärder. Det råder knappast tvivel om att en ökad övervakning av efterlevnaden av statsstödsreglerna, upphandlingsbestämmelserna och av att konkurrensneutralitetshänsyn respekteras skulle leda till att bestämmelserna får en mer genomgående effekt på konkurrensförhållandena, den inverkan en effektiverad övervakning skulle få kunde mycket väl undersökas men kan inte inom denna avhandling tas upp till närmare granskning. Slutligen kan det konstateras att den konkurrensrättsliga utvecklingen långt följer utvecklingen av den marknadsekonomiska verksamhetsmiljön och därför kan ingen allmängiltig lösning för regleringen av rättsförhållandet i gränslandet mellan offentlig och privat marknadsverksamhet framtas. Lagstiftning, rättspraxis och beslutspraxis behöver alltid anpassas till de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet och betydelsen av kontinuerligt förnyelsearbete för att konkurrensrätten ska motsvara framtida krav bör inte förbises.