

PM 2 2014-06-17 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunalt stöd i strid mot bl.a. Europeiska unionens statsstödsregler (olagligt statsstöd).

Vara kommun och Västra Götalandsregionen har lämnat ekonomiskt stöd för lokal bredbandsutbyggnad på ett sätt som strider mot såväl de av EU-kommissionen fastlagda stöd villkoren som mot egna lokala föreskrifter.

Vara kommun har genom olika förfoganden under 2011 och 2012 tillsammans med landstinget Västra Götalandsregionen lämnat ekonomiskt stöd på sammanlagt 11,2 miljoner kronor till det kommunala bolaget VaraNet AB (nedan VaraNet). Stödgivningen, som syftar till att VaraNet ska etablera sig som nätoperatör och bygga upp ett lokalt bredbandsnät, har inte föregåtts av något offentligt anbuds förfarande.

Den 24 januari 2011 ansökte¹ Vara kommun hos landstinget Västra Götalandsregionen om bidrag med 5,6 miljoner kronor av allmänna medel för delfinansiering av bredbandsutbyggnad och utbyggnad av fiberanslutningspunkter för bl.a. sådana områden i kommunen som saknar tillräcklig täckning. Kommunens ansökan beviljades genom beslut av landstingets Regionutvecklingsnämnd den 25 januari 2011.² Av beslutet framgår bl.a. att det beviljade stödet utgör hälften av stödunderlaget och att återstående del på 5,6 miljoner kronor ska betalas av kommunen själv. Vidare framgår att beslutet villkoras av att ”EU notifierar³ beslutet, en ansökan är gjord och beslut väntas under våren 2011” och att ”för stödet gäller att de krav och riktlinjer som beskrivs i ’Bredbandsstöd Västra Götaland’ ska följas”. Västra Götalandsregionen kan under vissa förutsättningar⁴ kräva stödet åter. Av de återopade villkoren för ”Bredbandsstöd Västra Götaland”, framgår bl.a. följande.

”Kommunens tilldelning av kontrakt skall ske efter upphandling i enlighet med gällande lagstiftning. Vid upphandling ska således kommunerna behandla alla anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandling på ett öppet sätt”.

Den 28 mars 2011 beslutade Kommunfullmäktige i Vara (KF § 13/11) att anta en IT-infrastrukturplan och en plan för bredbandsutbyggnad i kommunen. I sistnämnda plan angavs att kommunen ska bilda ett särskilt bolag, VaraNet, för att som nätoperatör äga och förvalta stamnätet samt handla upp underentreprenader.⁵ Kostnaden för investeringen i ett bredbandsnät uppskattas i planen till totalt 14,2 miljoner kronor. Vidare framgår att finansiering ska ske genom stöd från kommunen och landstinget med totalt (5,6+5,6=) 11,2 miljoner kronor (motsvarande c:a 79 procent) och återstående delar genom anslutningsavgifter på 3 miljoner kronor (c:a 21 procent).

Den 20 augusti 2011 meddelade EU-kommissionen ett villkorat godkännande av att offentligt stöd lämnas för ”Utbyggnad av bredband i Västra Götalandsregionen”.⁶ Av beslutet framgår att godkännandet är förenat med vissa förutsättningar för bl.a. valet av nätoperatör.

¹ Se ”ANSÖKAN OM VGR BREDBANDSSTÖD”, av den 24 januari 2011, Dnr, RUN 613-0009-11.

² Västra Götalandsregionen, Regionutvecklingsnämnden, beslut den 25 januari 2011 av regionutvecklingsdirektören, rubricerat ”Västragötalandsregionens bredbandsstöd” (dnr RUN 613-0009-11).

³ Med att ”EU-notifierar”, torde nog här förstås att EU-kommissionen, efter en anmälan (notifiering) från den svenska regeringen i enlighet med art. 108.3 FEUF, har beslutat att godkänna viss stödgivning som förenlig med art. 107.1 FEUF.

⁴ Förutsättningar för återkrav är att mottagaren av stödet genom oriktiga eller ofullständiga uppgifter har föranlett att stödet beviljades eller på annat sätt orsakat att stödet beviljas med för högt belopp, eller att stödet har använts för något annat än det som avsetts.

⁵ Enligt planen för bredbandsutbyggnad ska VaraNet handla upp kommunikationsoperatör för drift av nätet gentemot konsumenterna samt underhållsavtal för stamnät och föreningsnät.

⁶ Se Europeiska kommissionens beslut av den 22 augusti 2011 i ärendet Statligt stöd SA32037 (2010/N) – Sverige - Utbyggnad av bredband i Västra Götalandsregionen. Beslutet har sin grund i ett förfarande där den svenska regeringen, i enlighet med på området gällande unionsrättsliga bestämmelser om statligt stöd i art. 107.1 och 108.3 FEUF, inhämtat särskilt godkännande från EU-kommissionen om att tillåta viss stödgivning till utbyggnad av grundläggande bredband och nästa generations bredbandsnät i Västra Götalandsregionen.

I punkten 20 ”Anbudsförfarande” anges bl.a. följande.

”Efter det att den beslutsfattande myndigheten har godkänt en projektansökan som utarbetats av projektägaren kommer stödet att tilldelas på grundval av ett öppet anbudsförfarande. Anbudsförfarandet kommer att genomföras i enlighet med principerna i lagen om offentlig upphandling. Det kommer att vara ett öppet anbudsförfarande med lika och icke-diskriminerande behandling av alla anbudsgivare. Tilldelningskriterier kommer bl.a. att vara stödbelopp, kvaliteten på förslaget, användning av befintliga nät, prissättningen samt villkoren för tillträde i grossistledet. Projektägaren ska i förväg ange den relativa viktning som han kommer att ge vart och ett av de kvalitativa kriterier som valts. Investeringen bör rimligen slutföras inom två år från det att anbudsförfarandet slutfördes”.

Vidare framgår i punkten 37 (b) att ett anbudsförfarande ska ”genomföras i enlighet med reglerna för offentlig upphandling och tilldelningen göras i enlighet med fastställda kriterier”. Detta ”maximerar” enligt kommissionens mening ”stödet verkningsgrad samtidigt som det minimerar eventuella fördelar för den [nät-]operatör som valts” och i punkten 37 (c) att ”den beviljande myndigheten kommer inom ramen för ett öppet anbudsförfarande att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med [vissa villkor]”, bl.a. ska myndigheten ”aktivt uppmuntra användning av befintlig infrastruktur i form av återanvändning av befintliga kabelrör, användning av offentliga infrastrukturer och/eller samordning av anläggningsarbeten med övriga allmännyttiga sektorer”.⁷

Något öppet anbudsförfarande i enlighet med principerna i lagen om offentlig upphandling har emellertid aldrig genomförts såvitt gäller valet av nätoperatör i Vara kommun. Den 28 november 2011 (§ 72/11) hade kommunfullmäktige i Vara beslutat att istället bilda och låta registrera det egna bolaget Varanet med ett aktiekapital på 2 miljoner kronor. Av beslutet framgår vidare följande.

”Vara kommun ska äga och förvalta ett stamnät uppbyggt kring tio anknytningspunkter. Byggnationen sker i samarbete med ett antal fiberföreningar, Vara kommun bidrar med 5,6 miljoner kronor till bredbandsutbyggnaden på landsbygden. Västra Götalandsregionen bidrar med högst 5,6 miljoner kronor för fiberanslutningspunkter i Vara kommun”.

Den 18 juni 2012 beslutade kommunfullmäktige (KF § 106/12) vidare att bevilja Varanet aktuellt stöd, genom ett ränte- och amorteringsfritt lån på 5,6 miljoner kronor med en löptid på maximalt fem år för bredbandsutbyggnaden på landsbygden. Därjämte har ett motsvarande stöd på 5,6 miljoner kronor från Västra Götalandsregionen lämnats direkt till bolaget genom kommunens förmedling.

Med anledning av en anmälan från enskild, där bl.a. bristen på upphandling påtalades, har Regionutvecklingsnämnden vid Västra Götalandsregionen i protokoll av den 31 januari 2014 (RuN § 24/14)⁸ antecknat bl.a. följande.

”Regionutvecklingsnämnden godkände 2011-01-25 Vara kommuns ansökan om stöd för att bygga ut bredband till ett antal områden som saknar tillräcklig täckning. En av förutsättningarna för att nämnden skall bevilja bidrag är att kommunen tilldelar en operatör stöd på grundval av ett öppet anbudsförfarande. Ingen upphandling gjordes eftersom det i samråd med befintliga aktörer inte bedömdes finnas tänkbara anbudsgivare. Kommunen beslöt då att själv bilda ett bolag för att kunna genomföra utbyggnaden. Detta förfarande godkändes av handläggande tjänsteman i regionen. Det är enligt regelverket möjligt för en kommun att stå för tillhandahållandet om det inte finns en privat aktör som är beredd att göra det, men utgångspunkten är att det skall visas i ett anbudsförfarande att så är fallet. Kansliets bedömning efter genomgång av ärendet och dialog med regionens jurist är att det efter omständigheterna var rimligt att acceptera att kommunen bygger nätet. Dessutom bedöms vare sig konkurrenssituationen ha snedvridits eller kostnaderna blivit högre genom förfarandet”.

⁷ Villkoren, som framgår av redovisningen under punkterna 22 och 23 i kommissionens beslut och avser förutom kravet (i p. 22) om att aktivt uppmuntra användning av befintlig infrastruktur även (p. 23) att förekommande åtgärder ska vara teknikneutrala och bl.a. göra det möjligt för flera alternativa plattformar att utnyttja den subventionerade infrastrukturen för att därigenom inte gynna någon viss teknik- eller nätplattform.

⁸ Se protokoll från Regionutvecklingsnämndens sammanträde den 31 januari 2014, § 24 (dnr. RUN 6143-0009-11). Till grund för nämndens bedömning låg även ett tjänsteutlåtande där det bl.a. framgår att ”den gemensamma bedömningen är att det baserat på kommunens uppgifter och vår kunskap inte fanns kommersiella aktörer som var beredda att göra investeringen” samt att ”när det gäller information om avvikelser till nämnden kan vi konstatera att någon sådan inte lämnats”.

Av den IT-infrastrukturplan och plan för bredbandsutbyggnad som antogs av Kommunfullmäktige i Vara den 28 mars 2011 framgår dock att kommunen varit medveten om att det finns en etablering av privata företag som nätoperatörer med ett stamnät för bredbandskommunikation i området. Bland annat anges följande.⁹

”Vara kommun genomförde under åren 2002-2006 en omfattande utbyggnad av de ortssammanbindande näten i kommunen. Ägare till detta fibernät är [Företaget Q]. Kommunen har bidragit med c:a 5 procent av de totala kostnaderna för nätets uppbyggnad. Resterande del kommer från nätägaren genom ett riktat statsbidrag”.

Härutöver finns det även en annan nätoperatör, här angiven som Företaget T, etablerad med ett lokalt stamnät för bredbandskommunikation. Ingen av dessa nätoperatörer har, såvitt framkommit, beretts möjlighet att lämna anbud på den aktuella bredbandsutbyggnaden. Detta påtalades av Företaget Q i en skrift till Kommunstyrelsen i Vara den 22 december 2012, där företaget även efterfrågade en öppen upphandling i enlighet med gällande villkor för ”Bredbandsstöd Västra Götaland” samt EU-kommissionens stödbeslut.

Kommunstyrelsen i Vara har i svar till Företaget Q av den 14 februari 2013 angivit bl.a. följande.

”Av infrastrukturplanen framgår att bedömningen gjorts att någon marknad för bredbandsutbyggnad inte fanns. Dessa slutsatser drogs bl.a. efter att kommunen haft möte med [Företaget Q]. Vid detta möte beskrevs kommunens preliminära planer för bredbandsutbyggnad på landsbygden, men [Företaget Q] uttryckte inget intresse av att delta i en sådan utbyggnad. Avsaknaden av marknadskrafter var orsaken till att Vara kommun beslutade att, genom Vara Net AB, bygga och äga ett stamnät. I detta syfte lämnades en ansökan till Västra Götalandsregionen om bredbandsstöd. I denna ansökan angavs tydligt att kommunen avsåg [att] vara ägare av till det kommande stamnätet. Ansökan, liksom IT-infrastrukturplanen, godkändes av regionen. Vara kommun har således inte haft någon skyldighet att upphandla det aktuella stamnätet. Stödmedlen har dock konkurrensutsatts genom att VaraNet genomfört upphandlingar på alla delar i arbetet med att bygga upp stamnätet”.

Det sammanlagda värdet av det stöd som har lämnats av Vara kommun och Västra Götalandsregionen direkt till VaraNet kan, vid en beräkning enligt de unionsrättsliga statsstödsbestämmelserna, uppskattas till minst 11,2 miljoner kronor.

Gällande rätt

Av artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF)¹⁰ följer att ”stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna”. För att pröva förekomsten av ett statligt stöd ska en bedömning sålunda göras i fyra avseenden. Stödet ska (1) ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel och (2) innebära en fördel för mottagaren som (3) gynnar visst företag eller viss produktion. Stödet ska även (4) snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsintresset).

Enligt EU-domstolens praxis¹¹ ska effekterna av en affär, och då närmast frågan om mottagarens konkurrensvillkor påverkas positivt, tillmätas avgörande betydelse vid bedömningen om en åtgärd ska anses utgöra stöd i unionsrättslig mening.

⁹ Se IT-infrastrukturplan för Vara kommun av den 28 februari 2011.

¹⁰ Tidigare återfanns motsvarande bestämmelse i art. 87.1 EG-fördraget.

¹¹ Se EU-domstolens dom av den 2 juli 1974 i mål C-173/73, *Italien mot kommissionen*, REG 1974 s. 709, p. 27.

Vid bedömningen kan även syftet med åtgärden vägas in.¹² Som exempel på stödinstrument som omfattas av den unionsrättsliga regleringen kan nämnas bidrag, lån eller kapitaltillskott.¹³

Alla åtgärder som kan klassificeras som statligt stöd enligt art. 107.1 FEUF måste således som huvudregel notifieras EU-kommissionen. Generella undantag från denna notifieringsskyldighet föreligger endast om (1) stödet är av mindre betydelse, d.v.s. värdet av den planerade stödåtgärden under en period av tre beskattningsår understiger 200.000 euro per stödmottagare,¹⁴ eller (2) om stödet omfattas av något s.k. gruppundantag enligt en särskild EG-förordning¹⁵, eller (3) om de s.k. *Altmark-kriterierna* befinner sig uppfyllda.¹⁶

Med medlemsstat avses i nu aktuellt fördragshänseende inte enbart staten på central nivå utan även regionala och lokala offentliga organ. En kommun och dess myndigheter omfattas således av statsbegreppet enligt EU-domstolens praxis.¹⁷ Det följer vidare av domstolens fasta praxis¹⁸ att det inte finns någon anledning att göra åtskillnad mellan sådana fall där stödet ges direkt av en myndighet eller av andra organ, exempelvis bolag som har inrättats av myndigheten. Det är således inte möjligt att genom att tillskapa självständiga organ med uppgift att bl.a. distribuera stöd kringgå reglerna om statligt stöd.

På området för elektronisk kommunikation och bredbandstjänster ska, enligt EU-kommissionens beslutspraxis,¹⁹ en åtgärd som kommer att finansieras med statliga medel från regionala och/eller lokala myndigheter (landsting och/eller kommuner) anses innebära en sådan selektiv ekonomisk fördel för de operatörer som verkar på det aktuella området åtgärden ska underställas EU-kommissionen för godkännande enligt art. 108.3 FEUF.

Ingen annan än EU-kommissionen – eller ytterst EU-domstolen – har behörighet att bedöma huruvida en åtgärd som omfattas av anmälningsskyldighet enligt art. 108.3 FEUF kan anses förenlig med art. 107.1 FEUF. För att EU-kommissionen ska kunna få ett relevant underlag för sin statsstödsbedömning enligt art. 107.1 finns det en i art. 108.3 FEUF införd allmän anmälningsskyldighet, enligt vilken medlemsstaternas myndigheter ska underrätta kommissionen om alla planer på att vidta eller ändra stödåtgärder. Underrättelsen ska ske i så pass god tid att kommissionen kan yttra sig om de planerade åtgärdernas fördragsförenlighet.

¹² Se bl.a. Tobias Indén, doktorsavhandlingen: "Kommunen som konkurrent - Kommunalrättsliga befogenheter och konkurrensrättsliga begränsningar" (2008), s. 174.

¹³ Se bl.a. EU-kommissionens beslut mot Tyskland av den 3 juli 1998 avseende statligt stöd, *Stadt Mannheim*, ärende nr C-27/98 (ex NN 41/97) (98/C207/06).

¹⁴ Se art. 2.2 samt art. 2.4 (d) läst mot bl.a. punkten 15 i betänkandesatsen, Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 1998/2006 av den 15 december 2006 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i fördraget på stöd av mindre betydelse (EUT L 379, 28.12.2006), den s.k. *de-minimisförordningen*.

¹⁵ Se Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (den s.k. allmänna *gruppundantagsförordningen*).

¹⁶ Se EU-domstolens dom av den 24 juni 2003 i mål C-280/00, *Altmark Trans*, REG 2003, s. I-7747, pp. 87-95 enligt vilken en statlig åtgärd inte omfattas av bestämmelsen om statsstöd i nuvarande art. 107.1 FEUF (tidigare art. 87.1 EG) i den mån som åtgärden ska anses utgöra ersättning som motsvarar ett vederlag för tjänster som det mottagande företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, när åtgärden i själva verket inte innebär att dessa företag gynnas ekonomiskt och således inte har som verkan att dessa företag får en mer fördelaktig konkurrensställning än konkurrerande företag. EU-domstolen uppställer därvid fyra kriterier vilka samtidigt ska vara uppfyllda. (1) För det första ska det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och dessa skyldigheter ska vara klart definierade. (2) För det andra ska de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt. (3) 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 grundval av fullgörandet av dessa skyldigheter. (4) För det fjärde ska, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, storleken av den nödvändiga ersättningen ha fastställts på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välkött företag som är utrustat med erforderlig utrustning skulle ha åsamkats vid fullgörandet av tjänsterna i fråga, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid skulle ha erhållits och till en rimlig vinst.

¹⁷ EU-domstolens dom av den 14 oktober 1987 i mål nr C-248/84, *Tyskland mot kommissionen*, REG 1987.

¹⁸ EU-domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C- 482/99, *Stardust Marine*, REG 2002, s. I- 4397.

¹⁹ Se t.ex. kommissionens beslut i ärendena N388/2009 och N62/2010 Utbyggnadsstöd för höghastighetsbredband i glesbefolkade områden i Finland, samt punkten 27 i kommissionens nu aktuella beslut om stöd till Utbyggnad av bredband i Västra Götalandsregionen - SA.32037 (2010/N) – se även Europeiska gemenskapens riktlinjer för tillämpning av reglerna för statligt stöd på snabb utbyggnad av bredbandsnät, EUT C 235, 30.9.2009, s. 7. Upplysningsvis finns det numera även ett nytt av EU-kommissionen beslutat Meddelande om riktlinjer för tillämpning av reglerna för statligt stöd på snabb utbyggnad av bredbandsnät (2013/C 25/01).

Intill dess att EU-kommissionen godkänt förenligheten av visst förfarande är den berörda myndigheten förbjuden att besluta om eller verkställa åtgärden i fråga.²⁰ Först för det fall att EU-kommissionen dröjer mer än två månader med att yttra sig över ett notifierat förfarande tillåts den berörda myndigheten besluta om eller verkställa åtgärden.²¹

Det ankommer således inte på medlemsstaternas nationella myndigheter eller domstolar att göra någon bedömning av den unionsrättsliga fördragsförenligheten av en planerad åtgärd som innefattar statsstöd.²² Om ett av kommissionen meddelat godkännande har förenats med villkor ska dessa ovillkorligen uppfyllas för att åtgärden inte annars ska anses utgöra ett *olagligt stöd*.²³

För svenskt vidkommande har den unionsrättsliga statsstödsregleringen införlivats genom lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler (statsstödslagen). Enligt 12 § denna lag har den som avser att vidta eller ändra stödåtgärder som EU-kommissionen enligt artikel 108.3 FEUF ska underrättas om, att lämna upplysningar om åtgärderna till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.²⁴

Enligt 2 och 3 § statsstödslagen är den eller de myndigheter som har lämnat ett olagligt stöd²³ skyldiga att återkräva stödet och den som har tagit emot ett olagligt stöd är skyldig att betala tillbaka stödet, om inte återkrav och återbetalning får underlåtas enligt unionsrätten.²⁵ Av 4 § statsstödslagen följer vidare att den som ska betala tillbaka ett olagligt stöd ska betala ränta²⁶ på stödbeloppet från den dag då stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag då stödet betalas tillbaka.

När det gäller möjligheten för ett konkurrerande företag att föra talan mot stödgivare eller stödmottagare med anledning av ett olagligt statsstöd redovisar statsstödsutredningen²⁷ ett antal fall som tidigare prövats i allmän domstol. Därför menar regeringen i lagförarbetena²⁸ att det har varit möjligt för tredjeman att väcka och föra talan om förbud att utge stöd och om återkrav av sådant stöd. Någon ytterligare reglering ansågs därmed inte nödvändig att föra in i statsstödslagen, som sålunda inte innefattar några särskilda föreskrifter med avseende på sådan s.k. tredjemanstalan. Av statsstödslagen framgår att det som huvudregel föreligger en obligatorisk skyldighet att återkräva och återbeta olagliga statsstöd. Mot denna bakgrund får tredjemanstalan väckas av berörda konkurrenter med tillämpning av ordinarie civilprocessuella rättsmedel vid allmän domstol.

Statsstödslagen trädde i kraft den 1 juli 2013, men enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna

²⁰ Se EU-domstolens dom av den 11 mars 2010 i mål C-1/09, *SIDE*, REG 2010 s. I-0000.

²¹ Se Europeiska rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för art. 93 i EG-fördraget (numera art. 87). Se även Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 av den 21 april 2004 med genomförandebestämmelser för förordning 659/1999).

²² Nationell domstol har dock att pröva huruvida en beslutat åtgärd innefattar statligt stöd, samt klargöra om åtgärden skulle förhandsanmälts (notifierats) till EU-kommissionen. Den nationella domstolen ska vidare, i fall där anmälningspliktigt statsstöd kan konstateras föreligga, medverka till att stödet återförs i avvaktan på att åtgärden anmälts och godkänts av EU-kommissionen - se bl.a. Europeiska kommissionen, skrivelse av den 19 april 2011 till Sveriges ständiga representation vid Europeiska unionen, dnr. COMP. H3/AMW *2011/038611.

²³ Med *olagligt stöd* avses enligt 1 § andra stycket statsstödslagen ett stöd som har lämnas i strid med genomförandeförbudet i artikel 108.3 FEUF.

²⁴ För närvarande handläggs aktuella anmälningsärenden av Regeringskansliet (Näringsdepartementet).

²⁵ Av EU-domstolens praxis framgår att återbetalning kan underlåtas om kommissionen har fattat beslut om att ett stöd som inte har notifierats är förenligt med den gemensamma marknaden. Av domstolens praxis framgår vidare att återkrav i annat fall kan underlåtas endast undantagsvis i exceptionella fall, där återbetalning framstår som olämplig med hänsyn till exceptionella omständigheter eller skulle stå i strid med en allmän princip i unionsrätten - se EU-domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-275/10, *Residex Capital*, REG 2011 s. I-0000 (p. 35), dom av den 11 juli 1996 i målet C-39/94, *SFEI m.fl.*, REG 1996, s. I-3547, (p. 71) och av den 11 mars 2010 i mål C-1/09, *CELF och Ministre de la Culture et de la Communication*, REU 2010, s. I-2099, (p-36) se även art. 14.1 i Europeiska rådets förordning av den 22 mars 1999 (659/1999/EG) – procedurförordningen – samt EU-kommissionens tillkännagivande av den 15 november 2007 – Effektivare verkställande av kommissionsbeslut som ålägger medlemsstater att återkräva olagligt och oförenligt statligt stöd (EUT C 272, 15.11.2007, s. 4), p. 17; jfr. prop. 2012/13:84, s. 19 f och 35 f.

²⁶ Ränta ska jml. art. 14.2 i procedurförordningen utgå enligt en viss beräkningsmodell, där EU-kommissionen fastställer lämplig räntesats - se prop. 2012/13:84, s. 36 f. Röntan ska beräknas enligt bestämmelserna i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004, även i de fall då kommissionen inte fattat något beslut i det aktuella ärendet.

²⁷ Se Statsstödsutredningens betänkande *Olagligt statsstöd* (SOU 2011:69), avsnitten 5.2 och 5.3 (s. 28-31).

²⁸ Se prop. 2012/13:84 s.41.

ska lagen tillämpas även på olagligt stöd som har lämnats före ikraftträdandet.²⁹ Det innebär att även förfoganden som har beslutats och/eller genomförts under 2011 och 2012 omfattas av lagens bestämmelser om återkrav och återbetalning.

Yttrande

Vara kommun och Västra Götalandsregionen har var för sig beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet, snedvrider konkurrensen.

Av utredningen framgår att Vara kommun och Västra Götalandsregionen har beslutat att utge ekonomiskt stöd på sammanlagt minst 11,2 miljoner kronor för utbyggnaden av ett lokalt nätverk i Vara kommun. Vidare framgår att denna åtgärd har ansetts innefatta sådant statligt stöd som enligt art. 108.3 FEUF ska anmälas (notifieras) till EU-kommissionen innan det slutligen beslutas eller verkställs.

EU-kommissionen har efter anmälan (notifiering) även beslutat att godkänna stödet som förenligt med art. 107.1 FEUF. Som villkor för detta godkännande har kommissionen dock uppställt krav på att stödet ska tilldelas på grundval av ett öppet anbudsförfarande i enlighet med principerna i lagen om offentlig upphandling där den upphandlande myndigheten bl.a. aktivt uppmuntrar till en användning av befintliga infrastrukturer m.m.

Något sådant öppet anbudsförfarande har emellertid aldrig kommit att genomföras, utan Vara kommun och Västra Götalandsregionen har lämnat det aktuella stödet direkt till VaraNet utan föregående upphandling i enlighet med de av EU-kommissionen meddelade anvisningarna.

Såvitt framkommit finns det i vart fall två ytterligare nätoperatörer etablerade med befintliga stamnät i Vara kommun som hade kunnat samordnas med den nu aktuella nätutbyggnaden. Härtill ska läggas att vid en öppen upphandling även andra leverantörer skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning om att etablera sig som lokala nätoperatörer. Det som har påståtts om att det inte skulle finnas tänkbara anbudsgivare är således felaktigt och, som Regionutvecklingsnämnden påpekat, går det heller inte att dra någon sådan slutsats förrän detta efter ett offentligt anbuds-förfarande visat sig vara fallet.

Mot bakgrund av att det rör sig om ett anmälningspliktigt statsstöd som under vissa, tydligt angivna, villkor har kommit att godkännas av EU-kommissionen ankommer det heller inte på någon ”handläggande tjänsteman” inom Västra Götalandsregionen att godkänna avsteg från dessa villkor. Vara kommun har således haft en på unionsrätten grundad skyldighet att upphandla stödmottagande nätoperatör.

Mot bakgrund av att stödet uppgår till en betydande andel, motsvarande c:a 79 procent av den totala uppskattade investeringskostnaden, kan det heller inte uteslutas att såväl konkurrens-situationen har snedvridits som att kostnaderna har blivit högre genom den bristande konkurrens-utsättning. Det föreligger därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Vara kommun och Västra Götalandsregionen för det aktuella förfarandet.

Eftersom den aktuella stödgivningen har underställts EU-kommissionen enligt unionsrättens statsstödsbestämmelser och godkänts på villkor som senare aldrig har kommit att uppfyllas, utgör stödet ett *olagligt statsstöd* enligt artiklarna 107.1 och 108.3 FEUF. Det föreligger därför en lagstadgad skyldighet för Vara kommun och Västra Götalandsregionen att jml. 2-4 §§ statsstödslagen

²⁹ Inom unionsrätten tillämpas allmänt en tioårig preskriptionsfrist i fråga om statsstöd. Detta innebär att olagligt stöd som har lämnats under mitten av 2004 och framåt fortfarande är återkravs- och återbetalningspliktiga, och kan göras till föremål för talan i domstol.

kräva tillbaka stödet från VaraNet, jämte ränta på detta belopp från den dag då stödet stod till VaraNets förfogande, såvitt sådant återkrav inte kan underlåtas på grund av exceptionella omständigheter. Även enskilda konkurrenter som anser sig förfördelade till följd av olaglig statsstöd kan enligt praxis ha rätt att vid allmän domstol föra talan om återkrav.