

PM 2 2016-04-21 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom kommunalt ägartillskott till ett affärsdrivande fastighetsföretag (olagligt statsstöd).

En kommun har lämnat ekonomiskt bidrag i form av ett aktieägartillskott till sitt kommunala fastighetsbolag i syfte att täcka uppkommande underskott av ett otillåtet statsstöd.

Vänersborgs kommun (nedan Kommunen) beslutade den 3 april 2008 att lämna aktieägartillskott med nio miljoner kronor till sitt helägda företag Fastighetsaktiebolaget Vänersborg (nedan Vänersborgsfastigheter). Aktieägartillskottet medförde finansiering av ett uppkommande underskott i bolaget till följd av ett affärsupplägg¹ där Vänersborgsfastigheter förvärvade och sedan sålde vidare den s.k. Topp-frysfabriken i Brålanda till en privat mellanhand - Hammar Nordic Plugg AB (nedan Hammar). Beslutet om aktieägartillskott har inte föregåtts av någon förhandsanmälan till regeringen eller till EU-kommissionen, vilken följaktligen heller inte har lämnat något godkännande av åtgärden som ett tillåtet statligt stöd.

Vänersborgsfastigheter² har till föremål för sin verksamhet att ”köpa och sälja fastigheter, uppföra byggnader och förvalta fast och lös egendom”. Bolaget ska enligt sina kommunala ägardirektiv ”...driva sin verksamhet i avsikt att stödja utvecklingen av ett starkt affärs- och näringsliv i Vänersborgs kommun som grund för sysselsättning och goda levnadsbetingelser. Bolaget ska aktivt samarbeta med kommunens övriga näringspolitiska aktörer”. Av punkten 4 i ägardirektiven följer vidare att ”uthyrning av bolagets fastigheter ska ske på marknadsmässiga villkor [där] bolaget ska arbeta utifrån en avkastningsnivå på fyra procent av eget kapital”.³ Vänersborgsfastigheter äger och förvaltar enligt egen uppgift fyra fastigheter vilka samtliga är upplåtna på långtidskontrakt. Under 2014 omsatte Vänersborgsfastigheter c:a 5,9 miljoner kronor.⁴

Inom ramarna för en av EU-kommissionen genomförd statsstödsprövning av den s.k. Topp-frysaffären¹ har Vänersborgsfastigheter lämnat yttrande med innebörden att sett som en enskild fastighetsaffär var det aktuella upplägget inte affärsmässigt acceptabelt utan medförde, till följd av den option som ingick i affären, ett behov av aktieägartillskott på grund av uppkommande realisationsförlust, alternativt nedskrivningsbehov. Vänersborgsfastigheter begärde därför att få det aktuella aktieägartillskottet på nio miljoner kronor från Kommunen.⁵ Med bl.a. utgångspunkt i detta yttrande har företaget nekats avdrag för kapitalförlust i rörelsen samt påförts skattetillägg. Till stöd härför anförde Kammarrätten i Göteborg att det vid den rättsliga prövningen inte framkommit annat än att fastighetsaffären innefattat en avsiktlig underprisförsäljning motsvarande aktieägartillskottet.⁶

Topp-frysaffären har sedermera konstaterats innefatta otillåtet statligt stöd, från Vänersborgsfastigheter till Hammar, på sammanlagt 14,45 miljoner kronor. Detta belopp jämte ränta ska enligt EU-kommissionens beslut betalas tillbaka av Hammar till Vänersborgsfastigheter.⁷

¹ Vänersborgsfastigheter förvärvade den 13 februari 2008 Fastigheterna Vänersborg Esslingetorp 1:49 och 1:57 från Topp Livsmedelsprodukter AB för 17 miljoner kronor. Samtidigt tecknades ett optionsavtal som gav Hammar Nordic Plugg AB (nedan Hammar) rätt att förvärva fastigheterna med inventarier och immateriella tillgångar för 8 miljoner kronor. Under tiden mars 2008 till augusti 2008 hyrdes fastigheterna av Hammar, som den 11 augusti 2008 utlöste optionen och förvärvade fastigheterna för 8 miljoner kronor. Hammar sålde därefter, den 2 september 2008, fastigheterna vidare till ett annat företag, Topp i Brålanda AB, för 40 miljoner kronor – se vidare Stiftelsen Den Nya Valfärden, Företagarombudsmannens, tidigare utredning i ärende FO 2008-15.

² Fastighetsaktiebolaget Vänersborg (Vänersborgsfastigheter), med organisationsnummer 556015-8726, bildades den 16 februari 1918 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 14 juni 1918. Nu gällande firma registrerades den 18 november 1987. Tidigare firma har varit AB Åhman & Mattssons eftr., AB Gunnar Wiborg, Kirudds AB samt Vallmon 4 i Vänersborg AB. Nu gällande bolagsordning registrerades den 4 maj 2007. Ägardirektiv antogs den 10 december 2014. Vänersborgsfastigheter helägs (100%) av Kommunen.

³ Ägardirektiv för Vänersborgsfastigheter, antagna av kommunfullmäktige i Vänersborg den 10 december 2014 (KF § 174/14).

⁴ Årsredovisning 2014 för Vänersborgsfastigheter, med en redovisad nettoomsättning på 5.940.392 kronor.

⁵ Se Vänersborgsfastigheters yttrande till Europeiska kommissionen den 27 november 2009, inom ramarna för kommissionens handläggning i det i fotnot 7 redovisade statsstödsärendet.

⁶ Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 19 december 2012 i mål nr. 9889-11. Avgörandet har vunnit laga kraft.

⁷ Se Europiska kommissionens beslut nr. 2012/293/EU av den 8 februari 2012 i ärende om statligt stöd SA.28809 (C 29/10) samt EU-domstolens (Tribunalens) dom av den 28 oktober 2015 i *Hammar Nordic Plugg mot kommissionen* (T-253/12) ECLI:EU:C:2013:212.

Vänersborgsfastigheter har ställt krav på återbetalning,⁸ varefter medel har deponerats på ett konto hos Länsstyrelsen i Stockholms län, där det för närvarande finns c:a 17,249 miljoner kronor.⁹

Gällande rätt

Av art. 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 snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, [är] oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna*”. Sådant stöd kan som regel tillåtas endast om det har förhandsgodkänts av EU-kommissionen.

För svenskt vidkommande följer det av lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler (statsstödslagen) att den som avser att vidta eller ändra sådana stödåtgärder som omfattas av EU-statsstödsbestämmelser¹¹ ska lämna upplysningar om dessa åtgärder till regeringen eller till den myndighet som regeringen bestämmer.¹² Regeringen svarar därefter för att förhandsanmäla åtgärden till EU-kommissionen. Med medlemsstat avses i fördragshänseende inte enbart staten på central nivå utan även regionala och lokala offentliga organ. En kommun och dess myndigheter omfattas enligt EU-domstolens praxis¹³ därmed av statsbegreppet.

För att en åtgärd överhuvudtaget ska anses medföra statligt stöd krävs dock att den sker på icke marknadsmässiga villkor. Enligt den s.k. *principen om en privat investerare* (MEIP)¹⁴ i EU-domstolens fasta praxis¹⁵ ska nämligen en åtgärd, i form av exempelvis en investering, som sker på normala marknadsvillkor inte betraktas som *stöd*. Detta innebär att om en skattefinansierad aktör agerar på en marknad vid sidan av kommersiella aktörer måste den kräva i princip samma avkastning som en privat investerare skulle ha gjort i en motsvarande situation. Även ett avstående från avkastningskrav kan betraktas som ett stöd. Vidare krävs att det föreligger en genomarbetad och realistisk affärsplan.¹⁶ Det är alltså inte tillräckligt att investeringen kalkyleras för att nå kostnadstäckning, utan den ska generera en normal avkastning enligt en realistisk affärsplan.¹⁷ Bedömningen av om den skattefinansierade aktören har agerat som en försiktig marknadsinvesterar ska göras på grundval av förhållandena vid tidpunkten för åtgärderna, mot bakgrund av då tillgänglig information och utifrån en bedömning av investeringens troliga utveckling.¹⁸

Från svenskt nationell rättspraxis kan nämnas ett avgörande där en kommun hade lämnat kapitaltillskott till sina kommunala bostadsbolag i syfte att finansiera en utbyggnad för lägenheternas anslutning till bredbandsnätet. Av utredningen framgick att investeringen skulle finansieras genom framtida hyresintäkter. Enligt domstolen räckte emellertid inte detta, eftersom det i kommunens handlingsplan saknades uppgift om på vilket sätt bostadsbolagen skulle finansiera utbyggnaden intill dess att hyresintäkter flyter in, vilken kalkylränta som användes eller vilka avkastningskrav som gällde för projektet. Det framgick således inte när investeringen kunde antas bli självbärande. Investeringen ansågs därigenom inte klara en prövning enligt MEIP och var därmed gynnande för mottagarna.¹⁹

Om ett företags ekonomiska situation förbättras till följd av en statligt finansierad åtgärd uppkom-

⁸ Se faktura av den 24 maj 2012 från Vänersborgsfastigheter till Hammar avseende återbetalning av otillåtet utgivet statsstöd.

⁹ Se avtal av den 8 och 18 juni 2012 om nedsättning av pengar hos Länsstyrelsen i Stockholms län, mellan Hammar och Vänersborgsfastigheter, länsstyrelsens dnr. 18500-2012. På kontot fanns per den 2 februari 2016 totalt 17.248.529,23 kronor, varav 17.017.292 kronor avser kapitalbelopp och 231.237,23 avser ränta.

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

¹¹ Se art 108.3 FEUF samt 12 § statsstödslagen.

¹² För närvarande handläggs aktuella anmälningssärenden av Regeringskansliet (Näringsdepartementet).

¹³ EU-domstolens dom i målet *Tyskland mot kommissionen* (C-248/84) EU:C:1987:437.

¹⁴ Förkortningen MEIP härleds ur principens engelska beskrivning: *Market Economy Investor Principle*.

¹⁵ Se EU-domstolens dom i *Italien och SIM 2 Multimedia mot kommissionen* (C-328/99) EU:C:2003:252, p. 37 jämte där angiven rättspraxis; jfr. även *Frankrike mot kommissionen* (C-482/99) EU:C:2002:294 och *Italien mot kommissionen* (C-305/89) EU:C:1991:142, p. 18-19.

¹⁶ Jfr. EU-kommissionens beslut i *Citynet Amsterdam* (C 53/2006)

¹⁷ Jfr. EU-kommissionens meddelande om tillämpning av art. 92 och 93 EEG och art. 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag i tillverkningsindustrin (EUT nr. C 307, 13.11.1993, s. 3-14).

¹⁸ Se EU-domstolens dom i *Stardust Marine* (C- 482/99) EU:C:2002:294, p. 70-71.

¹⁹ Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 16 februari 2009 i mål nr. 4514-07.

mer det en fördel för företaget ifråga.²⁰ Varje sådan ekonomisk fördel som företaget inte skulle ha fått enligt normala marknadsvillkor, dvs. utan statligt ingripande, anses medföra stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Centralt för en MEIP-bedömning är således åtgärdens effekt på det berörda företaget och inte ingripandets orsak eller syfte i sig.

För att pröva förekomsten av ett statligt stöd ska en bedömning göras i följande fyra avseenden. Stödet ska (a) ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel och (b) innebära en selektiv fördel som gynnar ett visst företag eller en viss produktion. Stödet ska även (c) snedvrider eller hota att snedvrider konkurrensen samt (d) påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Alla åtgärder som kan klassificeras som statligt stöd enligt art. 107.1 FEUF måste genomgå det ovan beskrivna kontrollförfarandet och, om de inte omfattas av något generellt undantag, ytterst anmälas till EU-kommissionen för godkännande. Generella undantag från denna notifieringsskyldighet föreligger om (1) stödet är av mindre betydelse, dvs. det samlade värdet av alla planerade eller genomförda stödåtgärder understiger (som regel) 200.000 euro per stödmottagare under en period av tre beskattningsår,²¹ (2) om stödet avser tjänster av allmänt intresse eller omfattas av något uttryckligt undantag enligt en särskild EU-bestämmelse (gruppundantagsförordningen)²² eller (3) om de särskilda s.k. *Altmark-kriterierna* är uppfyllda.²³

För svenskt vidkommande har unionsrättens statsstödsbestämmelser genomförts genom den ovan angivna statsstödslagen. Enligt 2 och 3 § denna lag är den eller de som har lämnat ett *olagligt stöd* skyldiga att återkräva stödet och den som har tagit emot ett olagligt stöd är skyldig att betala tillbaka stödet, såvitt inte återkrav och återbetalning får underlåtas enligt unionsrätten.²⁴

Av 4 § statsstödslagen följer vidare att den som är skyldig att återföra ett olagligt stöd även ska utge ränta på stödbeloppet,²⁵ från den dag då stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag då stödet betalas tillbaka.

²⁰ Bedömningen enligt MEIP ska således utgå från om den offentliga aktören får ett utbyte av sin utbetalning, investering eller lån motsvarande det som en privat investerare under marknadsmässiga villkor skulle kräva för samma åtgärd. Om den offentliga aktörens utbyte av transaktionen motsvarar vad en privat investerare skulle acceptera, innebär åtgärden således inte något gynnande av mottagaren, medan det omvänt – om åtgärden inte har genomförts på normala marknadsmässiga villkor enligt en i förväg upprättad affärsplan – är fråga om ett sådant gynnande som medför statligt stöd i unionsrättslig mening.

²¹ Se Kommissionens direktiv (EU) nr 1407/2013; EUT nr L 352, 24.12.2013, s. 1. Samt Kommissionens förordning (EU) nr 1408/2013; EUT nr L 352, 24.12.2013, s. 9 (*de minimis-förordningen för jordbrukssektorn*), förordningen (EU) nr 360/2012 (EUT nr L 114, 26.4.2012, s. 8 (*SGEI-de minimis-förordningen*)) samt förordningen (EG) nr 875/2007 (EUT nr L 193, 25.7.2007, s. 6 (*de minimis-förordningen för fiskerisektorn*)).

²² Se Kommissionens förordning (EU) nr 651/2014 av den 17 juni 2014 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den inre marknaden enligt artiklarna 107 och 108 i fördraget (nya *allmänna gruppundantagsförordningen*).

²³ Se EU-domstolens dom i *Altmark Trans* (C-280/00), EU:C:2003:415, pp. 87-95 enligt vilken en statlig åtgärd inte utgör ett statsstöd enligt nuvarande art. 107.1 FEUF (tidigare art. 87.1 EG-fördraget) om de innefattar ersättning för allmännyttiga tjänster och det mottagande företaget därmed inte gynnas ekonomiskt genom en mer fördelaktig konkurrensställning än sina konkurrenter. EU-domstolen uppställer därvid fyra kriterier vilka samtidigt ska vara uppfyllda: (1) det mottagande företaget ska faktiskt ha ålagts klart definierad skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, (2) kriterierna för ersättningsberäkningen ska vara fastställda i förväg på ett objektivt och öppet sätt, (3) ersättningen får inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de självkostnader som har uppkommit för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid erhållits och till en rimlig vinst, samt (4) om det företag som givits ansvar för att tillhandahålla allmännyttiga tjänster inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande, ska storleken av ersättningen ha fastställts på grundval av en (s.k. *benchmark*-) undersökning av kostnaderna vid fullgörandet av tjänsterna för ett motsvarande genomsnittligt och välskött företag, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid erhållits och till en rimlig vinst.

²⁴ 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 domar i *Residex Capital* (C-275/10) EU:C:2011:814, p. 35, *SFEI m.fl.* (C-39/94) EU:C:1996:285, p. 1 och i det ovannämnda målet *CELF/SIDE*, 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.

²⁵ Enligt art. 14.2 procedurförordningen (659/1999/EG) ska ränta på otillåtet utbetalt statsstöd beräknas enligt en viss modell, där EU-kommissionen fastställer den vid varje tidpunkt lämpliga räntesatsen – se kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004, jfr. prop. 2012/13:84, s. 36 f. Dessa grunder för ränteberäkning ska även tillämpas om kommissionen inte har fattat något beslut i det aktuella ärendet.

Yttrande

Kommunen har 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.

Kommunen har fört över 9 miljoner kronor i aktieägartillskott till sitt helägda företag, Vänersborgsfastigheter, som är kommersiellt verksamt i konkurrens med andra företag på fastighetsmarknaden. Utan detta tillskott hade Vänersborgsfastigheter redovisat underskott till följd av den fastighetsaffär där Topp-frysfabriken i Brålanda förvärvades och såldes vidare till ett värde långt under anskaffningsvärdet. Utifrån ett statsstödsrättsligt perspektiv utgör därmed Vänersborgsfastigheter ett ”företag” som med stöd av allmänna medel erhållit en selektivt inriktad förbättring av sin ekonomiska situation.

I enlighet med vad som tidigare konstaterats i samband med att åtgärden prövats skatterättsligt har det inte framkommit annat än att fastighetsaffären innefattat en avsiktlig underprisförsäljning, motsvarande Kommunens aktieägartillskott. Det kan således inte ha förelegat någon marknadsmissig analys om full kostnadstäckning och en normal avkastning för Kommunen som investerare. Någon sådan affärsplan har heller inte ens påståtts föreligga, utan Kommunens betalning till Vänersborgsfastigheter saknar sådana affärsmässiga motiv som en *privat investerare* skulle ha uppställt i en motsvarande situation (MEIP).

Kommunens utbetalning av nio miljoner kronor av allmänna medel till Vänersborgsfastigheter kan därmed utgöra ett icke affärsmässigt grundat selektivt *stöd* i enlighet med art. 107.1 FEUF eftersom *åtgärden* kommit att medföra en ekonomisk fördel för Vänersborgsfastigheter på ett sätt som kan medföra betydelse för företagets möjlighet att hävda sig i konkurrensen med andra fastighetsföretag och därmed påverka handeln mellan medlemsstaterna.

Fråga uppkommer därefter om förfarandet är förenligt med EU:s statsstödsregler. Det sammanlagda stödvärdet överstiger den s.k. *de-minimis*-värdegränsen för stöd av mindre värde (200.000 euro). Någon annan grund för undantag från anmälningsskyldigheten föreligger varken enligt EU-gruppundantagsförordning eller med en tillämpning av de s.k. Altmark-kriterierna.

Kommunens aktieägartillskott till Vänersborgsfastigheter skulle därmed ha anmälts till regeringen för inhämtande av förhandsgodkännande av EU-kommissionen. Så har emellertid inte skett.

Åtgärden strider därmed mot det s.k. genomförandeförbudet och ska anses utgöra ett olagligt statligt stöd i sig.

När det olagliga stöd som redan konstaterats av EU-kommissionen och -domstolen i samband med den s.k. Topp-frysaffären nu ska betalas tillbaka till Vänersborgsfastigheter är det viktigt att Kommunen ser till att bolaget med ränta²⁶ återbetalar aktieägartillskottet till Kommunen. I annat fall riskerar den således uppkomna otillbörliga konkurrensfördelen för Vänersborgsfastigheter att snedvrider konkurrensen på fastighetsmarknaden.

²⁶ Enligt vad Lagrådet konstaterat i yttrande den 15 mars 2016 föreligger det en unionsrättslig skyldighet att betala ränta för den period som ett stödatgärd varit rättsstridig och EU-kommissionen har uttalat att den nationella beräkningsmetoden inte får vara mindre sträng än vad som följer vid kommissionsbeslut (se vidare fotnot 25, ovan).